

Revista Jurídica



Universidad de
San Andrés

N°6 | Jul 2018

ISSN 2314-3150

REVISTA JURÍDICA

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2019



N° 6 | 2018

CUERPO EDITOR

Directora

Felicitas Lacioppa

Editores

Francisca Raffo

Felicitas Lacioppa

Valentina Folatelli

Lucrecia Villanueva

Correctores

Agustín Colque

Francisco Reynal

Federico Szalkowicz

Joaquín Augustoni

Antonella Carminati Woll

Julia Rosenkrantz

Julieta Cervetti

Guillermica Muñoz de Toro

ISSN 2314-3150

COORDINACIÓN
ACADÉMICA

Jimena Báez Breard

AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS

Rector

Lucas S. Grosman

Vicerrector

Martín Rossi

Directora del Departamento de Derecho

Florencia Saulino

ÍNDICE

ARTÍCULOS | ENSAYOS

ARTÍCULOS

- Reestructuración empresarial y financiamiento en el proceso concursal. Problemas y propuestas
Por Pedro de Elizalde..... 1
- Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo
Por Andrés Rosler 21
- Políticas públicas de cara al futuro: ¿Fin del Régimen de Promoción de la Industria del Software?
Por Delfina Chain..... 56
- La distribución de riesgos en los proyectos de participación público-privada
Por Jimena Vega Olmos y Juan Cruz Azzarri 96

ENSAYOS

- An Analysis of Cicero's Pro *Caecina*: Piso's Argument Viewed From a Statutory Interpretation Perspective
Por Mark Remete 120
- Modificación de la Ley de Impuesto a las Ganancias y el aumento de los montos mínimos de punibilidad. Aplicación (o no) del principio de la ley penal más benigna.
Por Matías Valongo 139

Reestructuración empresarial y financiamiento en el proceso concursal. Problemas y propuestas

Pedro de Elizalde*

Resumen

El presente artículo examina las problemáticas existentes en materia de reestructuración empresarial con especial foco en el financiamiento necesario para asegurar el éxito de muchas de estas reestructuraciones en el marco del proceso concursal argentino. Se describen y consideran tanto las principales y típicas fuentes de financiamiento prevalecientes en el mercado, así como las limitaciones a éstas establecidas por la normativa aplicable cuando una sociedad comienza a tener problemas de solvencia y/o se concursa. Luego, se analizan las estructuras de incentivos generadas por el régimen argentino de concursos y quiebras y sus efectos sobre las posibilidades de una compañía de reestructurarse exitosamente, especialmente en razón de las limitaciones establecidas por la normativa aplicable en materia de financiamiento.

Palabras clave: Reestructuración empresarial – proceso concursal – ley de concursos y quiebras – flujo de fondos – garantías – financiamiento – *debtor-in-possession financing*

Abstract

This paper examines the existing problems regarding the structuring of corporate reorganizations in Argentina, with a special focus on the financing that is many times indispensable to ensure the success of these restructurings within the Argentine legal framework. The article describes and considers the main and typical sources of financing prevailing in the market, as well as the limitations when a company becomes increasingly insolvent and/or files for bankruptcy or reorganization. Lastly, the incentive structures generated by the Argentine bankruptcy and reorganization regime and their effects on a company's prospects are examined, with especial regard for the limitations established by the regulations applicable to financing.

Key Words: Corporate restructuring – reorganization proceedings – bankruptcy law – cash flows – guarantees – collateral – financing – debtor-in-possession financing

* Pedro de Elizalde es abogado por la Universidad de San Andrés y Master in Law and Economics por la Universidad Torcuato Di Tella. Actualmente trabaja como asociado en servicios financieros.

Introducción

a. Consideraciones iniciales

La Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras (de ahora en más, LCQ) regula el procedimiento del concurso preventivo de sociedades insolventes, estableciendo los requisitos indispensables para la negociación del deudor con sus acreedores y el arribo a un “acuerdo preventivo” (arts. 41 y ss., LCQ). Dicho acuerdo consiste generalmente en una reestructuración de los pasivos de la sociedad a través de ciertas quitas, esperas y/o ajustes (Cámara, 2006). Sin embargo, la reestructuración constituye a menudo solo una parte de la solución que permitirá a la sociedad superar sus dificultades económicas. Consecuentemente, el acuerdo preventivo debe integrarse frecuentemente con la obtención de sumas significativas de capital que permitan a la sociedad continuar desarrollando su actividad comercial y/o reestructurar su negocio.

El financiamiento post-concursal (llamado comúnmente “*debtor-in-possession financing*” en el derecho comparado¹) puede resultar indispensable para que la sociedad cumpla con las obligaciones asumidas en el acuerdo. Para financiarse, las fuentes más usuales a las que recurre un deudor concursado son: (i) préstamos bancarios y/o no bancarios; (ii) contribuciones de los accionistas de la sociedad o de sociedades vinculadas (en caso en que la concursada forme parte de un “conjunto económico”); (iii) enajenación de activos; y (iv) financiación a través del mercado.

En caso en que el financiamiento provenga de un tercero no vinculado a la concursada, este normalmente querrá evaluar la estructura de negocios de la compañía y sus posibilidades de generar ganancias en el futuro, a fin de determinar si su inversión será rentable en el mediano-largo plazo. Es decir, a fin de que la sociedad concursada obtenga financiación externa, será indispensable que esta pueda demostrar la existencia –o al menos posibilidad– de generación de flujos de fondos (“*cash flow*”) suficientes para cumplir con las obligaciones asumidas al reestructurar sus pasivos. Adicionalmente, no es extraño que el tercero exija a la sociedad concursada la

¹ Véase, por ejemplo, Baird, D. & Rasmussen, R. (2003). Chapter 11 at Twilight. *Stanford Law Review*, 56(3), pp. 673-699.

constitución de ciertas garantías que aseguren privilegios en el cobro del crédito en una eventual situación de quiebra.

b. Reestructuración y financiamiento en Argentina

En Argentina, aun cuando la sociedad concursada cuente con una sólida estructura de negocios, las fuentes de financiamiento son limitadas. La ley no reconoce normalmente privilegios al financiamiento concedido en el marco de un concurso preventivo, lo que dificulta que el concursado obtenga sumas significativas de capital de terceros.

Los sujetos con mayor predisposición a otorgar financiamiento a una sociedad concursada son: (i) los actuales acreedores de la sociedad, que se verían perjudicados por la quiebra de esta y por tanto tienen un interés particular en que la compañía supere sus dificultades financieras; y (ii) los accionistas de la sociedad y/o sociedades vinculadas que forman parte del mismo conjunto económico (Araya, 2015).

Sin embargo, los acreedores existentes y las sociedades vinculadas corren altos riesgos al otorgar financiamiento. En virtud de ciertas regulaciones bancarias, las entidades financieras son reticentes a otorgar préstamos a deudores que no cuenten con una impecable calidad crediticia. El resto de los acreedores de la concursada son generalmente sus socios comerciales, ciertos acreedores laborales y la Administración Federal de Ingresos Públicos, ninguno de los cuales se encuentra habitualmente en condiciones de prestar sumas significativas de capital.

Respecto de las contribuciones de los accionistas y/o sociedades vinculadas, su cobro en un escenario de quiebra quedará probablemente subordinado al pago de los créditos del resto de los acreedores. Todo ello limita las posibilidades de las sociedades en concurso de superar sus dificultades económicas. La inexistencia de un régimen legal que incentive el financiamiento a sociedades que se encuentran o aproximan a la insolvencia dificulta que el deudor, junto con los terceros interesados (y sus actuales acreedores), pueda diseñar un esquema de reestructuración de pasivos y estructuración de financiamiento (probablemente condicionado al cumplimiento de ciertos *convenants* y al pago programático de parte de la deuda reestructurada) que permita a la sociedad evitar la quiebra.

c. Garantías en el proceso concursal

Como contraposición a la situación en Argentina, existen en el derecho comparado regímenes jurídicos que estimulan la financiación de sociedades con dificultades económicas. Particularmente, el régimen estadounidense contiene una regulación sumamente detallada² que otorga flexibilidad al concursado para constituir –previa autorización judicial– ciertas garantías a favor de aquellos créditos que tengan por objeto facilitar la reestructuración de su deuda.

Así, existe en Estados Unidos un mercado sumamente desarrollado de financiamiento post-concursal. Entidades financieras, acreedores y otros terceros prestan regularmente capital a sociedades que se aproximan o encuentran en estado de insolvencia ya que tienen la certeza de que, en un escenario de quiebra, cobrarán con preferencia a la mayoría de los acreedores.

Aun cuando la ley argentina no tiene un régimen específico de privilegios post-concursales, parecería posible, en virtud de la flexibilidad de la normativa concursal, constituir ciertas garantías al financiamiento post-concursal, similares a aquellas otorgadas en el marco del *debtor-in-possession financing* estadounidense.

Si bien existe escasa jurisprudencia y doctrina en la materia, la legislación vigente permite la constitución de garantías a través del requerimiento y obtención de autorización judicial (art. 16, LCQ). El otorgamiento de garantías post-concursales puede facilitar enormemente la obtención de financiamiento externo y el éxito de la reestructuración empresarial ya que constituye un incentivo a que terceros ajenos al concurso financien las actividades de la sociedad concursada.

En el capítulo siguiente, examinaremos: (i) la situación financiera en que pueden encontrarse las sociedades que ingresan al proceso concursal; (ii) las fuentes de financiamiento comúnmente utilizadas en las reestructuraciones empresariales y sus limitaciones en Argentina; y (iii) el régimen jurídico estadounidense de privilegios post-concursales, sus ventajas y diferencias con la normativa argentina.

***Cash flow* y estructura de capital del concursado**

² “Chapter 11”, U.S. Code, Estados Unidos, § 364.

Las razones por las cuales una sociedad puede entrar en estado de cesación de pagos y verse impedida de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones pueden resumirse en: (i) la existencia de un *cash flow* negativo que resulte en pérdidas continuas y significativas para la compañía; y (ii) ciertos desequilibrios en la situación patrimonial de la sociedad, vinculados a su estructura de capital³.

Si la compañía genera pérdidas y no existen perspectivas de revertir su situación, ello generalmente se debe a que la estructura del negocio ha dejado de ser rentable. Por un lado, la falta de rentabilidad puede deberse a razones vinculadas a la propia estructura de la compañía como el pobre desempeño del *management* o las ineficiencias operativas. Por otro lado, la causa también puede basarse en razones ajenas a ella como la mayor competitividad en el mercado y aumento de costos de producción.

No obstante, puede que la sociedad, aun cuando genere ganancias, no sea capaz de afrontar sus deudas y deba presentarse en concurso. Este es el caso de sociedades que toman deuda en exceso y/o se expanden agresivamente. Asimismo, es posible que, en virtud de alguna situación en particular (supuestos de fuerza mayor) la compañía pierda transitoriamente liquidez y se vea impedida de cumplir puntualmente con sus obligaciones.

En estos casos, la estructura del negocio puede ser sumamente rentable y sin embargo la sociedad puede encontrarse en una difícil situación económica. Estas compañías son ideales para una reestructuración a través del proceso concursal. Dado que la sociedad se encuentra al borde de la insolvencia por errores estratégicos (solucionables) o situaciones que le son ajenas (pero transitorias), una refinanciación de sus pasivos y obtención de financiamiento adicional podría permitir a la compañía recuperarse, evitando así la quiebra.

En cambio, la situación de aquellas sociedades con flujos de fondos negativos es distinta. Si bien deben distinguirse los casos en que la generación de pérdidas es transitoria o circunstancial (por ejemplo, *start-ups* que no han alcanzado aún su *break-even*) o se debe a razones inherentes a la estructura de la compañía que podrían

³ Véase López Tilli, A. (2010). *Financiamiento de la empresa*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. “La estructura de capital de una sociedad es la combinación de los recursos propios y de los diversos títulos de deuda que puede emitir dicha compañía” (p. 54).

solucionarse (en los cuales sí es viable una reestructuración), muchas de ellas cuentan con una estructura de negocios que ha dejado de ser rentable en el mediano-largo plazo. Las pocas perspectivas de generación de ganancias sostenidas dificultarán la obtención de financiamiento y, por tanto, la probabilidad de superar su estado de insolvencia.

Fuentes de financiamiento post-concursal

a. Cuestiones preliminares

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “el procedimiento concursal [...] se refiere [...] a obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso; consecuentemente, quedan fuera de dicho procedimiento las obligaciones asumidas con posterioridad a ello, las cuales, en su caso, serán motivo de reclamo por vía individual”⁴.

Los créditos post-concursales (cualquiera sea su causa u origen) están entonces, en principio, excluidos del fuero de atracción del concurso preventivo y su reclamo se realizará por vía individual.

Sin embargo, ya que el otorgamiento de sumas significativas de capital a una sociedad en concurso difícilmente pueda clasificarse como un acto del “giro ordinario” de la administración de dicha sociedad, el art. 16 LCQ exige que la compañía solicite autorización judicial para asegurar la “eficacia” de los actos a través de los cuales obtendrá el financiamiento (Rivera, Roitman y Vítolo, 2005).

Tal como señala Heredia (2000), el deudor deberá requerir autorización judicial, bajo pena de ineficacia de pleno derecho de sus actos (art. 17, LCQ). Los actos ineficaces serán válidos entre las partes, pero inoponibles a los acreedores del concursado. Esto dificultará el cobro del crédito, lo que hará sumamente improbable que un tercero otorgue financiamiento a una sociedad concursada si esta no ha obtenido previamente la correspondiente autorización judicial celebrar el acto.

b. Regulaciones bancarias

⁴ CSJN (1999), “Cioffi, Miguel Joaquín c/ Maspro S.A. s/despido”, *Fallos*: 322:201.

En virtud de ciertas restricciones establecidas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), las entidades financieras –ya sean acreedores existentes del concursado o terceros ajenos al concurso– son reticentes a otorgar financiamiento a sociedades que se aproximan a un estado de insolvencia y a aquellas que se encuentran en concurso preventivo.

La Comunicación “A” 2729 del BCRA clasifica los préstamos otorgados por estas en seis categorías (en función de la calidad crediticia del prestatario) y dispone que, si los préstamos son otorgados a deudores con “alto riesgo de insolvencia” (tercera categoría), la entidad financiera deberá “previsionar”⁵ el 50% del monto prestado (o el 25% en caso en que se constituyan garantías preferidas “A”⁶ para asegurar el crédito). Esto significa que, por cada préstamo otorgado a una sociedad en concurso, la entidad financiera deberá registrar como pérdida al menos el 25% o 50% del crédito otorgado y no podrá considerarlo como parte de su activo.

Por otro lado, la Comunicación “A” 3002 y sus modificatorias establecen que la capacidad de la entidad financiera de otorgar préstamos estará limitada por su “responsabilidad patrimonial computable” (RPC) (básicamente, su patrimonio neto, calculado como el valor neto de los activos de la entidad una vez deducidos sus pasivos exigibles y ajustado en función de cierta normativa del BCRA⁷) y la RPC de la prestataria.

A fin de otorgar un préstamo, el máximo prestable será, en principio, equivalente al 100% de la RPC de la prestataria. Sin embargo, la entidad financiera podrá prestar un 200% adicional (300% total) en caso en que ello no supere el 2,5% de su propia RPC. Es decir, cuanto mayor sea la RPC del banco, más probable será que este pueda otorgar un préstamo equivalente al 300% y no al 100% del RPC de la prestataria.

⁵ Véase Roitman, H. (2006). *Ley de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. “Una previsión es aquella partida del pasivo que [...] representa importes estimados para hacer frente a situaciones contingentes que probablemente originen obligaciones para el ente” (p. 65).

⁶ Las garantías preferidas “A” consisten en la cesión o caución de derechos respecto de documentos de cualquier naturaleza que aseguren que la entidad podrá disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente sin necesidad de requerir previamente el pago al deudor. Véase BCRA (1999). *Comunicación “A” 2932* (y sus modificatorias).

⁷ Véase BCRA (1998). *Comunicación “A” 2740* (y sus modificatorias).

A fines de calcular el RPC de las entidades financieras, el BCRA permite que ciertas provisiones originadas en créditos concedidos por estas no sean computadas como pasivos, sino “revertidas” y computadas como parte del activo, al fin específico de calcular el RPC. Esto permite aumentar el valor total del RPC del banco y por tanto aumentar su capacidad para otorgar préstamos.

Sin embargo, la normativa también dispone que solo podrá “revertirse” y contabilizarse como activo el monto provisionado si el préstamo otorgado se encuentra en "situación normal" (primera categoría de la clasificación) y/o si se encuentra garantizado con garantías preferidas “A” sin superar el 1,25% de los activos ponderados por riesgo de crédito. Es decir, las provisiones efectuadas respecto de aquellos préstamos con algún inconveniente o que se encuentren en situaciones próximas a la incobrabilidad (como es el caso de los préstamos otorgados a sociedades concursadas) no podrán ser computadas como parte del activo a fin de determinar el RPC.

Como consecuencia de ello, las entidades financieras tienen grandes incentivos para otorgar financiamiento a deudores que puedan asegurar su solvencia, ya que esto les permitirá mantener un RPC alto. Cuando más alto sea el RPC de un banco, mayor será su capacidad de préstamo.

c. Contribuciones de partes relacionadas. Conjuntos económicos. Accionistas de la sociedad

El art. 65 de la LCQ dispone que “cuando dos o más personas físicas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, pueden solicitar en conjunto su concurso preventivo”.

Ante la insolvencia de una de las sociedades del grupo, este podrá optar entonces entre: (i) participar activamente de la reestructuración de dicha sociedad, presentándose en concurso conjuntamente con esta como agrupamiento o contribuyendo económicamente para que la sociedad supere sus dificultades financieras; o (ii) dejar que dicha sociedad resuelva sus problemas de forma independiente (o no lo haga, en cuyo caso se declarará la quiebra).

Las sociedades insolventes que integran el grupo (ya sea que participen en el concurso individualmente o como agrupamiento), encuentran en las contribuciones de sociedades relacionadas, sean estas controlantes, afiliadas o controladas del concursado, una de las formas más usuales de financiación post-concursal.

Las contribuciones de sociedades vinculadas suelen estructurarse a través de: (i) aumentos de capital; (ii) “aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones”; y/o (iii) préstamos “intra-grupales”.

i. Aumentos de capital

Los aumentos de capital suscritos por los accionistas de la sociedad concursada (ya sea que formen o no parte de un conjunto económico) son una fuente habitual de financiamiento post-concursal.

Estos permiten obtener sumas significativas de capital sin necesidad de recurrir a financiación externa, la cual probablemente sería otorgada a tasas de interés particularmente altas en razón de la situación financiera del concursado.

Sin embargo, no es extraño que surjan conflictos (especialmente en aquellos casos en que el grupo o accionista integra la sociedad concursada con un socio externo) en el seno de la sociedad, en donde los socios discutirán las mejores formas de estructurar la reorganización concursal.

Si uno de ellos pretende realizar un aumento de capital, en tanto el otro u otros favorecen otro tipo de financiamiento, una emisión de acciones podría fácilmente devenir en un conflicto societario, en razón de la licuación que causaría sobre los socios que no suscribieran el aumento.

Por tanto, si bien el financiamiento a través de aumentos de capital es una herramienta sumamente útil (siempre que el grupo o algún accionista estén dispuestos a suscribirlos e integrarlos), existen ciertos escenarios en donde podría dificultar aún más la reestructuración de la sociedad concursada.

Asimismo, en una eventual situación de quiebra, la suscripción de un aumento no otorgará a los accionistas derecho alguno sobre el activo de la sociedad, sino hasta después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del proceso.

ii. Aportes irrevocables

Cabanellas explica que los “aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones” son aquellos que ingresan al activo de la sociedad no con carácter de crédito, sino como una contribución en el que el ingreso al activo tiene como elemento correlativo al aumento del patrimonio neto de la compañía y no su endeudamiento. Asimismo, es indispensable que estos sean realizados a cuenta de un futuro aumento de capital y utilizados para la suscripción del mismo (Cabanellas, 2013).

Esta figura carece de soporte normativo y ha sido únicamente regulada por la Inspección General de Justicia⁸, la cual ha determinado que cualquier aporte irrevocable realizado a cuenta de futuras suscripciones se encontrará subordinado –en caso de insolvencia– al pasivo existente al momento de realizar la contribución. Asimismo, la sociedad concursada tendrá 180 días, contados desde la aceptación del aporte por su directorio, para que la asamblea decida que hará con este. En caso de no capitalizarlo en el plazo establecido, la contribución será considerada un préstamo cuyo pago estará subordinado al cumplimiento de las obligaciones de la compañía con el resto de sus acreedores.

Si bien los aportes irrevocables pueden resultar útiles para la obtención de financiamiento post-concursal, encuentran las mismas limitaciones que los aumentos de capital. La necesaria subordinación del aporte al resto del pasivo concursal hace improbable que el controlante que ha realizado el aporte recupere su inversión si la sociedad no logra revertir su situación. Por lo tanto, aquel que contribuya a una sociedad concursada a través de la figura de los aportes irrevocables deberá evaluar los riesgos que podrían surgir en un escenario de quiebra.

⁸ Inspección General de Justicia [IGJ] (2015). *Resolución General 7/2015. Normas de la Inspección General de Justicia*, Sección Quinta, art. 96.

iii. Préstamos “intra-grupales”

Manóvil señala que “la cabeza del grupo a menudo funciona como administrador de una especie de banco interno del grupo, como tesorería única, donde, indiferenciadamente, cualquier sociedad integrante del mismo es obligada a aportar su liquidez”. Sin embargo, “el sujeto dominante no puede pura y simplemente retirar sumas de la caja de ciertas sociedades para afectarlas a las necesidades de otras [...] por ello, le será necesario recurrir al recurso del contrato” (Manóvil, 1998, pp. 596-597).

Los llamados préstamos “intra-grupales” (préstamos otorgados por sociedades vinculadas) pueden ser autorizados por el juez concursal de la misma forma en que este autoriza cualquier otro tipo de financiamiento post-concursal (art. 16, LCQ).

Sin embargo, estos difícilmente serán admitidos bajo una calificación distinta a “endeudamiento subordinado” y por tanto la sociedad prestamista cobrará su crédito –en caso de quiebra– únicamente una vez se hayan satisfecho los créditos del resto de los acreedores.

Tal como lo estableció el fallo “Díaz y Quirini S. A.”⁹, los préstamos otorgados por un conjunto económico y/o los accionistas de la sociedad –al igual que los aumentos de capital y los aportes irrevocables– financian un “emprendimiento empresario propio” y por tanto, en caso de fracasar, “deben ser colocados, en orden al cobro, después que los acreedores verificados”.

En suma, el conjunto económico (o en su defecto, los accionistas de la sociedad) deberá considerar que, cualquiera sea la forma bajo la cual contribuya a la sociedad concursada, será improbable recuperar su contribución en caso en que esta no logre superar finalmente sus dificultades económicas.

d. Enajenación de activos

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial [CNCom – Sala C] (2012). “Díaz y Quirini SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Revisión (Promovido por Quirini, Agosto)”, IJ-LXV-621.

La enajenación de activos es una de las formas más simples de obtener sumas significativas de capital para facilitar una reestructuración empresarial. El adquirente del bien no necesita evaluar la estructura de negocios de la compañía, sino que es suficiente con que realice algún tipo de *due dilligence* sobre el activo adquirido para determinar su valor y las posibles contingencias.

Incluso, el concursado podría requerir autorización judicial para que la enajenación fuera realizada libre de todo gravamen y pasivo o limitada a ciertas contingencias asumidas expresamente en el acuerdo de compraventa¹⁰.

Las ventajas de la enajenación de activos como forma de financiar una reestructuración son evidentes. El concursado obtendrá rápidamente fondos líquidos para desarrollar su actividad comercial y/o reformar la estructura de su negocio y el adquirente obtendrá bienes a precios que difícilmente conseguiría en otras situaciones.

Sin embargo, aun cuando la financiación a través de la enajenación de activos tiene numerosas ventajas, esta se encuentra limitada a la venta de aquellos bienes que no son indispensables para el desarrollo de las actividades de la sociedad. La concursada difícilmente podrá superar sus dificultades económicas y restablecerse en el mercado si enajena aquellos activos esenciales para desarrollar su actividad comercial.

El caso “Formatos Eficientes SA” resulta sumamente ilustrativo. En esta sentencia, el juez autorizó (a través del art. 16, LCQ) la enajenación de la mayor parte de los activos de las concursadas (una cadena de supermercados del interior del país) a Inc. S.A. (Carrefour), sociedad que se comprometió a su vez a asumir ciertos pasivos del concurso.

Aun cuando la venta de los activos permitió la continuación de la actividad productiva a manos de terceros, las concursadas debieron declarar su quiebra el año siguiente, ya que la enajenación de sus activos más importantes impidió que continuaran desarrollando actividades comerciales.

¹⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 22 [Sec. N° 44] (2012), “Formatos Eficientes SA y Comercios Rioplatenses SA s/ Concurso Preventivo”, Expediente N° 054803.

Si bien podría argumentarse que en “Formatos Eficientes SA” las sociedades se encontraban en un estado tal que la superación de sus dificultades financieras era imposible y la compraventa era la mejor forma de asegurar la continuación de la actividad productiva, el caso sí permite entrever que la enajenación de los activos esenciales de una sociedad concursada es generalmente incompatible con el éxito de su reestructuración.

En suma, aun cuando la enajenación de activos puede ser una gran herramienta para la obtención de sumas significativas de capital, esta: (a) se encontrará normalmente limitada a la venta de activos no esenciales para el desarrollo de la actividad de la sociedad; y (b) generalmente deberá complementarse con otras formas de financiación post-concursal.

a. Financiación a través del mercado

i. Oferta pública de valores negociables

La Ley de Mercado de Capitales define el término “oferta pública” como la “invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, [...] por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, [...] o cualquier otro procedimiento de difusión”¹¹.

Cualquier sociedad puede, en principio, obtener financiamiento a través de la oferta pública de valores negociables en el mercado de capitales. Las sumas obtenidas suelen ser utilizadas, entre otros, para inversiones en activos, proyectos a mediano o largo plazo, la integración de capital de trabajo o incluso para la refinanciación o cancelación de ciertos pasivos¹².

Al ingresar al régimen de oferta pública, la compañía puede elegir entre el ofrecimiento de títulos de deuda (obligaciones negociables) o la cotización de parte de su capital social (emisión de acciones). La elección entre uno u otro (o eventualmente la oferta de

¹¹ Ley N° 26831 de Mercado de Capitales, *B. O.* del 28/12/2012, art. 2.

¹² Ley N° 23576 de Obligaciones Negociables, *B. O.* del 27/07/1988, art. 36, inc. 2.

ambos) dependerá de una decisión estratégica de la compañía en función de su plan de negocios y su estructura de capital.

Como señalan Villegas y Villegas (1992), la obtención de sumas significativas de dinero a través de la emisión de títulos de deuda en el mercado financiero permitirá a la sociedad reducir los costos y riesgos de otorgamiento del crédito, endeudándose así a una tasa de interés inferior a la que podría acceder a través de préstamos de entidades financieras. Por el contrario, la oferta pública de parte de sus acciones no implicará tomar deuda, sino la incorporación del público inversor como socio en la compañía.

ii. Reestructuración y calificación crediticia

En Argentina, el acceso y utilización del mercado de capitales en el proceso concursal se ha limitado históricamente a la realización de ofertas de canje a los acreedores del concurso (principalmente ofreciendo la capitalización de sus créditos) y a la enmienda de los términos y condiciones de títulos de deuda existentes. Es inusual la oferta de nuevos valores negociables como fuente de financiamiento para facilitar una reestructuración empresarial.

La principal razón de ello es que el concursado se encuentra frente a un importante problema al ofrecer nuevos valores negociables al público inversor: la “calificación de riesgo” de la emisión.

Una “calificación de riesgo” es, según Standard & Poors Rating Services, una “opinión prospectiva sobre la calidad crediticia de un deudor respecto a una obligación financiera específica, una clase u obligaciones financieras específicas, o un programa financiero específico”¹³. Estas son emitidas por “calificadoras de riesgo” debidamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores y utilizadas por el público inversor para elegir entre aquellos valores negociables en que invertirán su capital.

¹³ Standard & Poors Rating Services (abril, 2018). “Calificaciones crediticias para propósitos generales”, §5. En *Definiciones de Calificaciones de S&P Global Ratings*. Recuperado de: https://www.standardandpoors.com/es_LA/delegate/getPDF?articleId=2057909&type=COMMENTS&subType=RATING%20DEFINITION el 23 de junio de 2018.

Las calificaciones crediticias se basan en el análisis de: (i) la probabilidad de pago (capacidad y voluntad del emisor de cumplir con sus compromisos financieros); (ii) la naturaleza, disposiciones y condiciones de la emisión; y (iii) la protección de la obligación en caso de quiebra, reorganización u otros acuerdos.

La capacidad de repago de una compañía será inferior cuanto menor sea su solvencia, situación que se agrava si la sociedad se encuentra en un concurso que dificulta la obtención de una buena calificación de riesgo.

Si bien la nueva Ley de Mercado de Capitales eliminó la obligatoriedad de la calificación crediticia para la oferta pública de valores negociables, una mala calificación o la inexistencia de esta dificultará la colocación de los títulos emitidos entre el público inversor. Aquellos terceros ajenos al concurso tendrán pocos incentivos para invertir en una compañía que ha incumplido con sus obligaciones actuales y que no puede probar una alta probabilidad de cumplimiento de aquellas que asume con la emisión.

Más aún, el marco normativo que regula las inversiones que puede realizar la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS, uno de los principales inversores institucionales del mercado financiero) a través del Sistema Integrado Previsional Argentino y el Fondo de Garantía de Sustentabilidad, exige la existencia de una calificación de riesgo como condición esencial para que dicho organismo pueda invertir en valores negociables ofrecidos en el mercado¹⁴.

En definitiva, una mala calificación crediticia o la inexistencia de ella dificultarán la colocación exitosa de los valores negociables emitidos, ya que el público inversor será renuente a invertir en títulos con poca probabilidad de repago y uno de los principales inversores institucionales del mercado tendrá prohibido por ley invertir en ellos. Como resultado de ello, la obtención de financiamiento post-concursal a través del mercado de capitales argentino ha sido históricamente muy limitado.

Garantías post-concursales

a. Argentina. El artículo 16 de la LCQ

¹⁴ Ley N° 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, *B. O.* del 18/10/1993, art.79.

El régimen jurídico argentino no reconoce privilegios especiales a los préstamos o contribuciones de terceros en el proceso concursal. Sin embargo, el art. 16 de la LCQ sí permite la constitución de ciertas garantías, condicionadas a la previa autorización del juez del concurso.

Si bien ha habido escasa utilización de esta norma en materia de garantías post-concursales, el art. 16 considera incluidos entre los actos sujetos a autorización judicial a aquellos “relacionados con bienes registrables [...] los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial”.

Recientemente, en “Industrias Alimenticias Mendoza S.A. (IAMSA) – concurso preventivo s/ incidente transitorio”, IAMSA solicitó una autorización para la suscripción y otorgamiento de garantías en el marco de un préstamo por \$ 150.000.000 con el Fondo para el Desarrollo Económico Argentino (FONDEAR) a ser pagado en un plazo de 36 meses.

En el caso, el juez estimó que “el financiamiento requerido con el objeto de orientarlo a producir capital de trabajo parece beneficioso para la actividad de la empresa, en tanto posibilitará destinarlo a la producción, lo que generará mayor actividad comercial en el plan de negocios que se ha propuesto” y consideró “la conveniencia de la operación, incluso con las garantías pretendidas”¹⁵.

Si bien el tribunal destacó que IAMSA había logrado homologar recientemente un acuerdo preventivo y por ello el caso no ameritaba evaluar el pedido con la “rigurosidad y estrictez” típicas del art. 16, el juez sí dejó entrever que, aun ante la falta de homologación del acuerdo, la autorización a la sociedad a través de dicho artículo hubiese sido posible, aunque sometida a mayores controles.

Así como la autorización del art. 16 puede utilizarse para el otorgamiento de préstamos, esta también puede facilitar la financiación a través del mercado de capitales. La constitución de garantías post-concursales en la emisión de títulos de deuda permite obtener mejores calificaciones de riesgo para los valores negociables ofrecidos por las

¹⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 1 [Sec. N° 2]. “Industrias Alimenticias Mendoza S.A. – Concurso Preventivo s/ Incidente Transitorio”, C.I.J. N° 41229/2010.

concuradas, ya que –como indica Standard & Poors– uno de los principales factores evaluados en la calificación crediticia es la protección de la obligación en caso de quiebra.

En suma, aun cuando el art. 16 no regule detalladamente los supuestos en que puede otorgarse financiamiento post-concursal y constituirse garantías sobre los activos del concursado, este sí permite al juez autorizar la celebración de este tipo de transacciones siempre que pueda demostrarse que servirán a la sociedad para revertir su situación económica y continuar su actividad comercial.

b. Estados Unidos. “Chapter 11”

A diferencia del régimen jurídico argentino, el “Chapter 11” del *U.S. Code* que describe los escenarios bajo los cuales un deudor insolvente puede otorgar privilegios o constituir garantías post-concursales en Estados Unidos a favor de aquellos que le prestan sumas significativas de capital.

Dicha norma permite al concursado otorgar privilegios clasificados como “gastos administrativos” (“*administrative expenses*”, similares a los “gastos de conservación y justicia” del art. 240 LCQ) a cualquier crédito post-concursal, sin necesitar autorización judicial, siempre que este sea realizado en el giro ordinario de la administración de la sociedad.

Asimismo, si fuese necesaria la obtención de sumas significativas de capital, el concursado puede solicitar autorización judicial para que las sumas prestadas sean calificadas como gastos administrativos.

En caso en que la calificación del financiamiento como “gasto administrativo” no fuese suficiente para incentivar a terceros a que otorguen financiamiento post-concursal, el juez podrá conceder a cualquier crédito otorgado tres tipos distintos de privilegios: (i) privilegios por sobre los gastos administrativos del concurso; (ii) la constitución de garantías reales de primer grado sobre bienes del deudor que no se aun encontraren gravados; o (iii) la constitución de garantías reales de segundo grado sobre bienes que ya estuvieren gravados con garantías de primer grado.

Finalmente, si lo establecido anteriormente fuese insuficiente para obtener financiamiento, el juez podrá autorizar la constitución de garantías reales de primer grado sobre bienes que ya estuvieren gravados. Sin embargo, estas únicamente podrán autorizarse si: (i) el deudor no pudiese obtener financiamiento de ninguna otra manera; y (ii) se asegura el cobro mediante adecuados mecanismos de protección del acreedor sobre cuya garantía se está constituyendo una garantía de grado superior.

La flexibilidad de *Chapter 11* permitió el desarrollo en Estados Unidos de un gran mercado de financiamiento post-concursal que ha dado lugar a las más variadas reorganizaciones empresariales.

Los casos paradigmáticos de reestructuración son Chrysler y General Motors, dos de las compañías automovilísticas más grandes del mundo. En 2009, estas sociedades reestructuraron sus deudas de más de veintitrés mil millones de dólares y noventa y cuatro mil millones de dólares, respectivamente. El proceso concursal incluyó la obtención de *debtor-in-possession financing* por montos de más de cinco mil millones de dólares y treinta y tres mil millones de dólares, respectivamente, de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá¹⁶.

El financiamiento post-concursal fue decisivo para el éxito de ambas reestructuraciones. No solo permitió a las sociedades continuar con sus actividades comerciales cotidianas, sino que facilitó la implementación de un plan de reorganización del negocio que permitió que estas pudieran generar nuevamente un *cash flow* positivo. Los gobiernos estadounidense y canadiense únicamente accedieron a otorgar dichos préstamos bajo la condición de que estos se encontrasen garantizados con sustancialmente todos los activos de las concursadas.

Aun cuando ambos procesos fueron controversiales en razón de ciertas modificaciones que se realizaron a los privilegios de algunos acreedores concursales (si bien las reorganizaciones fueron apeladas y dichas apelaciones rechazadas), los casos evidencian lo indispensable de un régimen concursal sumamente flexible respecto a la obtención de

¹⁶ Véase Roe M. & Skeel, D. (2010). Assessing the Chrysler Bankruptcy. *Michigan Law Review*, 108(5), pp. 727-771.

financiamiento y otorgamiento de garantías para asegurar el éxito de las reestructuraciones empresariales.

Consideraciones finales

Como forma de protección del crédito, las garantías post-concursales son indispensables para incentivar a terceros ajenos a un concurso a que financien la reorganización de sociedades insolventes que cuentan con estructuras de negocio viables y/o *cash flow* positivos.

El art. 16 de la LCQ puede ser una herramienta sumamente útil para la incorporación de garantías al financiamiento concedido en el marco del concurso y la superación de las limitaciones existentes actualmente en Argentina, particularmente en lo que hace al otorgamiento de préstamos y la financiación a través del mercado de capitales.

La inexistencia de un mercado desarrollado de financiamiento post-concursal y la escasa utilización de garantías para proteger dicho financiamiento no parecen surgir entonces de una prohibición normativa expresa o tácita, sino más bien del poco uso que se le ha dado al art. 16 en este ámbito.

Ello puede explicarse –al menos parcialmente– por la poca elaboración que hace la norma en materia de constitución de garantías. A diferencia del régimen estadounidense, el cual contiene reglas específicas para las distintas situaciones en que puede encontrarse el concursado, el art. 16 funciona como un “*catch all*” que describe concisamente y sin extenderse todos los actos que la concursada podrá realizar con autorización judicial.

De esta forma, la interpretación de la norma queda librada al exclusivo criterio de los tribunales argentinos, los cuales suelen ser renuentes a autorizar transacciones de gran envergadura cuando existen pocos precedentes.

De la misma manera, las partes intervinientes en el concurso no siempre están dispuestas a experimentar con nuevas formas de instrumentación del crédito, especialmente cuando no existe un mercado desarrollado para el otorgamiento de préstamos o cotización de valores negociables de sociedades insolventes.

En suma, las sociedades concursadas que busquen financiar su reestructuración pueden utilizar el art. 16 para constituir de garantías a favor de aquel que las financie, siempre

que demuestren que el financiamiento servirá a la sociedad para superar sus dificultades económicas y continuar con su actividad comercial. Sin embargo, la escasa experiencia en el uso de la normativa concursal y el poco desarrollo del mercado en este ámbito ha causado que la LCQ no haya sido utilizada con frecuencia para este tipo de transacciones.

En definitiva, una reforma de la norma y la inclusión de supuestos específicos de financiamiento y constitución de garantías podría incentivar a terceros a otorgar financiamiento post-concursal y permitir que un mayor número de compañías pueda superar su estado de insolvencia.

Bibliografía citada

- Araya, T. (2015). Argentine Chapter. En Baer, G & O'Flynn, K., *Financing Company Group Restructurings*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Cámara, H. (2006). *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Rivera, J.; Roitman, H. y Vítolo, D. (2005). *Ley de Concursos y Quiebras*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Heredia, P. (2000). *Tratado Exegético de Derecho Concursal*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Cabanellas, G. (2013). Los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (261).
- Manóvil, R. (1998). *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Villegas, C. G. y Villegas, C. M. (1992). *Régimen de Obligaciones Negociables*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo*

Andrés Rosler[†]

CONICET – UBA

Resumen

Si bien es innegable que la repercusión del interpretativismo, tanto en el ámbito académico como en el forense, ha sido formidable, se trata de una posición que tiene serias dificultades para acomodar un ingrediente fundamental de todo sistema jurídico, a saber, la autoridad. A continuación entonces, nos centraremos en *Law's Empire*, la obra en la cual Dworkin expone la versión interpretativista de su pensamiento jurídico, y describiremos los tres grandes pilares del interpretativismo dworkiniano para luego mostrar algunas de sus deficiencias. Dicho sea de paso, la repercusión del interpretativismo ha sido tal que da la impresión de que, para poder identificar sus tesis principales, ni siquiera hace falta recurrir a la obra de Dworkin, sino que es suficiente observar la práctica judicial actual. De ahí que incluso si, por alguna razón, nuestro retrato no fuera fiel a la obra de Dworkin, sino que resultara ser un 'hombre de paja' – como se suele decir en inglés–, no por ser de paja, este hombre dejaría de ser de interés.

Palabras clave: Interpretativismo - Ronald Dworkin - positivismo - iusnaturalismo

Abstract

Even though the repercussion of interpretativism in the forensic and academic fields has been undeniably formidable, it is a posture that has serious difficulties to accommodate a fundamental ingredient of every legal

* Le agradezco mucho a Guillermo Jensen por sus valiosos comentarios a una versión anterior de este trabajo.

[†] Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master en Ciencia Política y Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford. Actualmente es profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires e investigador del CONICET.

system, authority. in the following article, we will center on Dworkin's Law's Empire, in which he exhibits the interpretativist version of his legal thought, and we will describe the three pillars of Dworkinian interpretativism, to later show some of its deficiencies. In addition, the repercussion of interpretativism has been such, that it could give the impression that, to identify the main thesis, it is not necessary to use Dworkin's writings, but that it is enough to observe the ongoing legal practice. According to this line of thought, even if, for some reason, our portrait was not faithful to Dworkin's work, but a mere "straw man" it would not mean it loses its value.

Key Words: Interpretativism - Ronald Dworkin - Positivism

Durante siglos, la discusión iusfilosófica giró esencialmente alrededor del debate iusnaturalismo *vs.* positivismo. Mientras que el primero, en principio, aboga por una conexión necesaria entre el razonamiento moral y el derecho, a tal punto que una disposición jurídica (gravemente) inmoral no puede ser considerada jurídica, el segundo se caracteriza por sostener exactamente lo contrario, a saber, que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral y, a decir verdad, que ni siquiera existe una conexión contingente entre ambos (al menos si entendemos dicha conexión apropiadamente). Según el positivismo, si el derecho recurre a la moral, por ejemplo, para determinar la validez de un contrato, no es la moral la que está a cargo de lo que sucede, sino que es el derecho mismo el que la invita a participar. Por el contrario, el iusnaturalismo tradicional sostenía que, aunque el derecho tomara recaudos para impedir que la moral ingresara en el edificio jurídico, esta última irrumpiría de todos modos.

Sin embargo, el positivismo y el iusnaturalismo no son posiciones necesariamente inconciliables, al menos, si entendemos al iusnaturalismo a la manera de John Finnis. En efecto, según Finnis, la tradición clásica del derecho natural jamás entendió el famoso eslogan “ley injusta no es derecho” (*lex iniusta non est lex*) de modo literal (Finnis, 2011, pp. 363-366), lo que sería una notoria contradicción, equivalente a sostener que “el malvado de mi tío no es mi tío”. Para Finnis, el iusnaturalismo no es solamente una teoría sobre la normatividad del derecho, sino, además, una robusta filosofía práctica que incluye una ética –a saber, una explicación de las razones que tenemos para actuar sobre la base de una teoría del bien humano–, una teoría política y, finalmente, una teoría del derecho (Finnis, 2011, p. v). En realidad, Finnis cree que “derecho natural” es un “término infeliz” o una “etiqueta inconveniente” ya que, propiamente hablando, el derecho natural no es ni “derecho” ni “natural” (Finnis, 2011, pp. 374, 437)¹. Además, es al iusnaturalismo al que le debemos, en gran parte, la idea

¹ “Derecho natural” parece ser entonces una expresión ideal para el recordado programa de Linda Richman. Los iniciados recordarán al personaje de Mike Myers que a principio de los años noventa conducía el programa de TV “Coffee Talk” dentro del programa de TV “Saturday Night Live” de NBC.

misma de “derecho positivo”. En efecto, Tomás de Aquino, un pensador que rara vez ha sido considerado como positivista, fue uno de los primeros en desplegar el concepto de derecho positivo “como una categoría y materia de estudio propiamente distintas por derecho propio” y, de este modo, como significativamente autónomo frente a los requerimientos de la moralidad (Finnis, 1996, pp. 195-196).

Ronald Dworkin también está de acuerdo en que el iusnaturalismo y el positivismo están mucho más cerca de lo que los defensores de ambas posiciones suelen creer aunque, según el autor, la razón del acercamiento se debe a que ambas posiciones han sido picadas por el mismo “agujón semántico” (Dworkin, 1986, p. 45): tanto el iusnaturalismo como el positivismo se han lanzado a la búsqueda de un concepto de derecho capaz de explicar qué es el derecho y cómo funciona. La diferencia entre ambos consiste en que mientras que el iusnaturalismo suele operar con una noción prescriptiva o moral de derecho –o, al menos, según la historia oficial–, el positivismo, por el contrario, prefiere un concepto del derecho puramente descriptivo. El interpretativismo de Dworkin, en cambio, sostiene que toda pretensión de pureza conceptual, sea moral o meramente descriptiva, es ingenua ya que no existen conceptos listos para usar, sino que hasta el mejor de los conceptos –y el derecho no es una excepción– requiere ser interpretado. Es por eso que Dworkin tiene razón cuando sostiene que, si deseamos encontrar al verdadero enemigo natural del positivismo, debemos alejarnos del iusnaturalismo para mirar en dirección a su teoría interpretativista del derecho.²

Si bien es innegable que la repercusión del interpretativismo, tanto en el ámbito académico como en el forense, ha sido formidable, se trata de una posición que tiene

Linda Richman era una conductora de TV que parodiaba a la suegra de Mike Myers y que cuando hablaba de Barbra Streisand se emocionaba tanto que no podía hablar (quedaba “verklemt”). Por eso entretenía a su público proponiéndole temas de discusión cuya estructura típica era: “XY (v.g., la guerra fría): no es X (guerra) ni Y (fría). Discutan”. Sobre el iusnaturalismo de John Finnis en general v., v.g., Rosler, 2011a).

² Dado que Dworkin ha acaparado el mercado interpretativista, la expresión “interpretativismo dworkiniano” suena redundante. Sin embargo, si recordamos que el interpretativismo es anterior a Dworkin, quizás no lo sea tanto. En todo caso, en este trabajo por interpretativismo hacemos referencia a la filosofía del derecho tardía de Dworkin, de tal forma que la expresión “interpretativismo dworkiniano” debe ser entendida en términos enfáticos antes que especificativos.

serias dificultades para acomodar un ingrediente fundamental de todo sistema jurídico, a saber, la autoridad. A continuación, entonces, nos centraremos en *Law's Empire*, la obra en la cual Dworkin expone la versión interpretativista de su pensamiento jurídico, y describiremos los tres grandes pilares del interpretativismo dworkiniano para luego mostrar algunas de sus deficiencias. Dicho sea de paso, la repercusión del interpretativismo ha sido tal que da la impresión de que, para poder identificar sus tesis principales, ni siquiera hace falta recurrir a la obra de Dworkin, sino que es suficiente observar la práctica judicial actual. De ahí que incluso si, por alguna razón, nuestro retrato no fuera fiel a la obra de Dworkin, sino que resultara ser un “hombre de paja” – como se suele decir en inglés–, no por ser de paja, este hombre dejaría de ser de interés.³

Tres tesis

Una primera tesis del interpretativismo dworkiniano es la que le da nombre, precisamente, a esta posición, a saber, *cada vez* que los jueces desean identificar el derecho vigente, tienen que interpretarlo:

justo como los críticos literarios necesitan una teoría operativa, o al menos un estilo de interpretación, para construir [*construct*] el poema detrás del texto, así los jueces necesitan algo así como una teoría de la legislación para hacer esto con las leyes. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en la ley sufren de un defecto semántico o cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Pero *también es necesaria una teoría de la legislación cuando estas palabras son impecables desde el punto de vista lingüístico*. (Dworkin, 1986, p. 17, énfasis agregado)

Como se puede apreciar, ni siquiera un “caso fácil” puede eximirnos de interpretar. La diferencia de hecho entre un “caso fácil” y otro “difícil” consiste, en realidad, en que estamos en presencia del segundo cuando hay más de una interpretación que se ajusta al material disponible (Dworkin, 1986, pp. 230-231, 255-256, 285).

³ Nótese que no estoy afirmando que existe necesariamente una relación de causalidad entre el interpretativismo dworkiniano y el discurso jurídico imperante, sino que la similitud estructural es notable. Habría que precisar si dicha similitud se debe a una relación causal, pero eso lamentablemente quedará para otra oportunidad.

Los jueces, antes de poner en marcha la interpretación, atraviesan una etapa, de naturaleza esencialmente fáctica, que Dworkin, por razones bastante comprensibles, llama “preinterpretativa” (Dworkin, 1986, pp. 65-66). En ella, queda establecido cuál es el texto del derecho vigente o, si se quiere –dado que Dworkin a menudo compara el derecho con la literatura–, de la obra en cuestión. El punto de Dworkin es que, aunque sepamos de memoria el texto, sea de, v.g., el Código Penal o de los sonetos de Shakespeare, eso no significa que los entendamos. Para hacerlo, necesitamos pasar al segundo gran momento, que es de carácter interpretativo. Es en este momento que el derecho, o la literatura, cobran realmente vida y podemos hablar de derecho, o de obra, en sentido efectivo (Dworkin, 1986, p. 66).⁴

La interpretación que Dworkin tiene en mente es “creativa” y “constructiva”, ya que ella trata de “imponer propósito en un objeto o práctica para hacer de eso el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece” (Dworkin, 1986, p. 52). Según Dworkin, el propio autor de la obra estaría de acuerdo en que la interpretación es una empresa colaborativa entre el autor y el lector (en el caso de que se tratara de un libro), ya que ambos quieren hacer de la obra la mejor de su clase (Dworkin, 1986, pp. 285, 230-231). En este sentido, para Dworkin, una lectura “pertenece a la intención del autor (...) cuando encaja con e ilumina sus propósitos artísticos en una manera que él habría reconocido y respaldado aunque todavía no lo hubiera hecho” (p. 57). Es por eso que la intención del intérprete y la del autor son básicamente la misma (Dworkin, 1986, p. 57). De ahí que en la famosa escena de *Dos Extraños Amantes* de Woody Allen –en la que Marshall McLuhan es convocado para determinar si la interpretación que un profesor de Columbia estaba haciendo de su obra en la cola del cine era correcta– McLuhan habría estado de acuerdo en que la interpretación correcta es aquella que no solo coincide con lo que él quiso decir sino que, además, es aquella que muestra a su propia obra en su mejor luz.

⁴ Esta tesis en realidad no es una creación de Dworkin. Se trata de un tópico de la teoría renacentista de la interpretación y del significado que, de hecho, provenía del *Digesto*. Véase, v.g., Maclean, 1991, pp. 87, 144: “Saber derecho no es atenerse a las palabras de las leyes sino a su vigencia y poder”. Los bartolistas medievales también fueron típicos representantes del interpretativismo. (Kelley, 1987, p. 59).

De modo similar, el material que proviene de la historia de la práctica legal en cuestión ofrece varias alternativas y debemos quedarnos con la que muestra dicha práctica en su mejor luz. El derecho es una práctica social valorativa y, para poder entenderlo correctamente, es indispensable tener en cuenta cuál es el valor o meta que inspira dicha práctica (Dworkin, 1986, pp. 87-88). Esto explica por qué, para Dworkin, el derecho jamás se agota en la fuente constitucional, sino que incluye todo aquello que el juez infiere a partir de dicha fuente y muestra al derecho en su mejor luz. El derecho, entonces, no es solamente un conjunto de reglas estipuladas por el derecho positivo (Constitución, códigos, leyes, etc.), sino, además, un conjunto de principios, derechos y deberes que, con independencia de cuándo fueron advertidos, eran siempre ya parte del derecho, debido a que muestran al derecho en su mejor luz y solo requieren que algún juez salga a su encuentro para que los declare como tales. Después de todo, los principios morales se valen por sí mismos en términos de su contenido, no debido a su fuente.

El carácter interpretativo del derecho explica la ubicuidad del desacuerdo jurídico. Precisamente, en sus *Ensayos*, Michel de Montaigne se refiere a la existencia de

un juez, el cual cuando encontraba un conflicto áspero entre Bartolo de Sassoferrato] y Baldo [de Ubaldi]” –los dos más grandes juristas italianos del siglo XIV– “y alguna materia agitada por varias contradicciones, ponía al margen de su libro: ‘cuestión para el amigo’, es decir que la verdad estaba tan embrollada y debatida que en una causa parecida él podría favorecer a aquella de las partes que le pareciera bien (Montaigne, 2007, p. 608).

Si este juez no “ponía por todos lados ‘cuestión para el amigo’”, era solamente por “falta de espíritu y de suficiencia”. En realidad, agrega Montaigne,

[l]os abogados y jueces de nuestro tiempo en todas las causas encuentran bastantes sesgos para acomodarlas como les parezca bien. En una ciencia tan infinita, dependiente de la autoridad de tantas opiniones y de una materia tan arbitraria, no puede ser que no nazca una confusión extrema de juicios. Así, no existe un proceso tan claro en el que las opiniones no

se encuentren diversas: lo que una corte ha juzgado, la otra lo juzga al contrario y ella misma al contrario otra vez. (Montaigne, 2007, p. 618; 537-538, 556)⁵

Por supuesto, a diferencia del juez que no solamente era conocido de Montaigne sino que alimentaba el escepticismo de este último, la posición de Dworkin sobre la existencia de desacuerdos interpretativos está significativamente acotada por la robusta defensa de respuestas valorativas correctas. En primer lugar, según Dworkin “la historia o la forma de una práctica u objeto constriñe las interpretaciones disponibles de eso” (Dworkin, 1986, p. 52). En segundo lugar, Dworkin explica que a todo desacuerdo valorativo genuino subyace la pretensión de la corrección de la posición de los participantes en dicho desacuerdo que, a su vez, explica la existencia misma del desacuerdo. Es por eso que el Héctor de Shakespeare tiene razón cuando sostiene que “el valor no reside en la voluntad particular”, sino que es “apreciable en sí mismo y en el apreciador” (Shakespeare, 1982, p. 92).

En efecto, debatimos porque estamos en desacuerdo, v.g., sobre el valor del aborto o sobre la guerra. Si el valor fuera completamente libre, los argumentos esgrimidos en los debates estarían vaciados de contenido. O, en todo caso, tendrían contenido como preferencias o proposiciones acerca de nuestro estado de ánimo, sobre las que no tiene sentido discutir. Si alguien dijera que se siente bien y otra persona dijera que se siente mal, no se pondrían a debatir al respecto. A comienzos del siglo XX, G. E. Moore ya había indicado que los valores son estructuralmente diferentes de nuestras preferencias subjetivas, decir que “esto es bueno” es completamente diferente a decir “esto me gusta”: “Cualquiera que considerará atentamente por sí mismo qué es lo que está delante de su mente cuando se formula la pregunta, ‘¿Es el placer (o lo que fuera) bueno después de todo?’, puede quedarse satisfecho en que no está meramente preguntándose si el placer es placentero” (Moore, citado en Nuttall, 2007, p. 216)

En la terminología de Dworkin, entonces, el escepticismo de quien participa en un debate sobre valores es bastante acotado o *interno*, tal como lo designa Dworkin, ya que

⁵ Quizás sea por eso que Martín Fierro, revelando de este modo sus lecturas de Montaigne, recomienda: “Hacéte amigo del juez; / No le des de que quejarse; / Y cuando quiera enojarse / Vos te debés encoger, / Pues siempre es güeno tener / Palenque ande ir a rascarse” (La vuelta del Martín Fierro, XV).

en el fondo reconoce la existencia de valores que inspiran la discusión por los cuales se opone, precisamente, a lo que dice la otra persona. El que dice “estás equivocado” supone, al menos, que existen respuestas correctas y, por eso, su escepticismo es interno a la discusión y, en consecuencia, el escéptico interno, más que escéptico, es un creyente en valores.⁶ En cambio, el verdadero escéptico es el que afirma o niega la existencia de un valor sin pretensión alguna de tener razón y/o de que los demás se equivoquen, ya que para él no existen respuestas valorativas correctas. Este escéptico es *externo* a la discusión porque solamente habla de sus gustos y sus preferencias, nos cuenta que algo le cae bien o mal y eso es todo (Dworkin, 1986, pp. 78-80). Esto se debe a que, para un escéptico externo, solamente tiene sentido discutir sobre hechos, jamás sobre valores. En realidad, a un escéptico externo le sería muy difícil poder distinguir entre una discusión sobre valores y la “Clínica de la Discusión” de Monty Python. Nótese, entonces, que si alguien quisiera hacerle daño a un escéptico externo coherente, lo único que este escéptico externo podría objetar es que a él no le cae bien que le hagan daño, o que tiene preferencias en contrario, pero no podría decir que lo que le van a hacer es *moralmente* malo. En todo caso, este escéptico externo podría fingir que cree en valores morales, aunque sea solamente para convencer a su agresor, siempre y cuando, por supuesto, su agresor estuviera motivado por razones morales.

En lo que atañe al derecho, la interpretación judicial en búsqueda de la respuesta jurídica correcta tiene que ser puesta a prueba teniendo en cuenta dos dimensiones. La primera es la que Dworkin denomina como “dimensión de ajuste [*fit*]”. Esta dimensión es particularmente relevante, si hay más de una interpretación que se ajusta al texto o a la práctica tal como han sido recibidos por el intérprete. La segunda dimensión de la interpretación requiere que juzguemos “cuál de las lecturas elegibles hace que sea mejor la obra en progreso, habiendo considerado todo” (Dworkin, 1986, pp. 230-231). Después de todo, “una interpretación exitosa no solo debe ajustarse a la práctica que interpretar sino que debe justificarla” (Dworkin, 1986, p. 285).

⁶ En rigor de verdad, si existe una respuesta correcta no tiene sentido hablar de desacuerdos genuinos -no *ex-post* al menos- ya que la idea misma de una respuesta correcta implica que al menos uno de los participantes en el desacuerdo estaba equivocado.

Según Dworkin, ni una “libertad creativa total”, ni la “restricción textual mecánica” describen apropiadamente la situación del intérprete, ya que se trata de dos alternativas que, en el fondo, interactúan entre ellas. En verdad, en comparación con la traducción de un texto, la interpretación podrá dar la impresión de ser bastante creativa o libre. Pero si la comparamos con la creación de una obra nueva, como si se tratara de una novela enteramente propia escrita por el intérprete, la interpretación hará que sintamos un grado considerable de restricción (Dworkin, 1986, p. 234).

La teoría dworkiniana entiende, entonces, a los jueces del mismo modo que el rey francés San Luis impartía justicia en Vincennes, es decir, destilando los principios esenciales del sistema jurídico en búsqueda de la justicia o la equidad, sin tener que depender de un código o de una fuente particular (Pocock, 1975, 23).⁷ Los jueces son caballeros en el sentido de que no necesitan reglas, aunque sí recurren a principios. En esta misma tradición, se inscribe la idea del derecho como *ratio scripta*, una expresión que se solía utilizar para hacer referencia al derecho romano y que combina las dos dimensiones a las que se refiere el interpretativismo. El derecho es un hecho textual (*scripta*), pero que requiere ser interpretado para que la razón (*ratio*) expresada en dicho texto salga completamente a la luz. Dicha interpretación exige apelar, finalmente, al razonamiento moral.

Sobre la base de esta robusta teoría de la interpretación judicial, no nos puede sorprender que Dworkin crea que los jueces no solo interpretan siempre el derecho vigente y al hacerlo lo muestran en su mejor luz, sino que, en tercer lugar, los jueces además son coautores de dicho derecho. En efecto, como habíamos visto, para Dworkin el propio autor de la obra, que es la ley, estaría de acuerdo en que la interpretación de esta obra en cuestión es una empresa colaborativa entre el autor y el juez, ya que ambos quieren hacer de la obra la mejor de su clase. En este sentido, para Dworkin, otra vez, una lectura “pertenece a la intención del autor (...) cuando encaja con e ilumina sus propósitos artísticos en una manera que él habría reconocido y respaldado aunque

⁷ Juan Escoto Erígena creía a su vez que “si el derecho es reflejo de la creación, la jurisprudencia se torna coparticipación en esa creación y búsqueda de la imagen divina en el mundo; por tanto, el jurista es quien extrae de la materia prima –la justicia, el derecho o la ‘rudis equitas’– el derecho en su forma concreta” (Prodi, 2008, pp. 106-107).

todavía no lo hubiera hecho”. Es por eso que la intención del intérprete y la del autor son básicamente la misma (Dworkin, 1986, p. 57).⁸ Precisamente en el momento postinterpretativo, luego de que el texto haya sido establecido y la interpretación haya tenido lugar, la interpretación resultante de la decisión del juez se vuelve sobre la práctica misma a la que pertenece y la modifica a su vez. De ahí que el derecho cambie debido a la acción de los jueces, a pesar de que los jueces crean estar siguiéndolo o descubriéndolo, en todo caso (Dworkin, 1986, pp. 225, 229).

La metáfora que utiliza Dworkin para ilustrar cómo los jueces son a la vez intérpretes (o críticos) y coautores del derecho es la de una novela en cadena. Los jueces se comportan como intérpretes del derecho existente hasta el momento en que tienen que dictar sentencia, como autores de un nuevo capítulo que se agrega a esa novela en cadena que están interpretando. Se trata de dos caras de la misma moneda. En tanto intérprete de lo acontecido hasta ese momento, el juez debe ser fiel a la novela escrita por los anteriores jueces que han obrado a su vez como autores. Pero, además, cada juez agrega un capítulo propio a dicha novela, que seguramente servirá de base a las decisiones de futuros jueces, y así sucesivamente. Los jueces, entonces, tal vez se sientan constreñidos como traductores respecto a las disposiciones jurídicas anteriores y, a la vez, como dotados de una libertad considerable respecto a su propia decisión en tanto autores de un nuevo capítulo (Dworkin, 1986, p. 234). Sin embargo, la insistencia dworkiniana en que los jueces no inventan sino que descubren el derecho parece corresponderse mejor con el primer momento antes que con el segundo (Dworkin, 1986, pp. 225, 234).

La novela en cadena de Dworkin puede ser ilustrada haciendo referencia a las miniseries de televisión (por ejemplo, “Los Soprano”) que emplean diferentes autores que escriben, a su vez, los distintos episodios de una misma trama. Tal vez una comparación todavía más apropiada sea con Wikipedia, en la que varios autores agregan nuevas voces a una enciclopedia existente y considerablemente horizontal. Después de todo, tal como sucede en el derecho judicial característico de los países del *common law*, en Wikipedia “las entradas han sido escritas y libremente editadas por varios

⁸ No es muy distinto a lo que Aristóteles dice sobre la equidad: es “lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo” (Aristóteles, 2001, p. 178 [1137b23-24]).

usuarios de Internet, a menudo en contraposición, siendo el resultado cualquier cosa que ‘sobrevive’ hasta que el próximo período de edición y re-escritura es emprendido por otro ‘visitante’ en el sitio ‘www.wikipedia.org’” (Livingston, 2007, p. 79).

O, si se quiere, podríamos invocar una obra de teatro isabelina, que, definitivamente, era una obra colaborativa “que pertenecía tanto a la compañía teatral que la representaba cuanto al dramaturgo que la escribió” (Bate, 1997, p. 6), de tal forma que el autor era muy frecuentemente uno de los actores que la interpretaban. Por otro lado, al famoso conductor Arthur Nikisch le encantaba contar que luego de un ensayo que él había dirigido de una obra de Brahms, el propio Brahms refunfunó: “¿Es posible? ¿Yo realmente escribí eso?”. Pero una vez que los miembros de la orquesta se retiraron, Brahms se le acercó a Nikisch para decirle: “Ud. ha cambiado todo. Pero tiene razón. Debe ser así” (Lebrecht, 1997, p. 30). En este mismo sentido y, a diferencia por ejemplo de Arturo Toscanini, Wilhelm Furtwängler creía que una sinfonía, por ejemplo, no existía en el papel sino que “el significado de la música todavía reside en que la toquemos”. Furtwängler se entendía a sí mismo como un socio en el acto creativo, de tal forma que nacía una obra de arte cada vez que conducía. Según él, la obra “solo podía ser reconstituida formándola enteramente de nuevo” (Lebrecht, 1997, p. 84).

Pasemos ahora a examinar estos tres grandes supuestos del interpretativismo. Como veremos a continuación, adolecen de no pocas dificultades aunque la más importante de ellas es la de ser incompatible con uno de los rasgos más distintivos del derecho, a saber, su pretensión de autoridad.

No sé si me interpreta

Empecemos por el principio. La idea de que la interpretación en el derecho es inexorable oscila entre la redundancia y, algo irónicamente, la incomprensión de la diferencia que existe entre comprender e interpretar. En efecto, si el punto del interpretativismo es que el derecho no es un fenómeno natural, sino cultural y, por lo tanto, su significado es convencional o, para decirlo en otras palabras, el derecho es un fenómeno estudiado por las así llamadas “ciencias del espíritu” o “comprehensivas”, entonces el interpretativismo no solo tiene absolutamente razón sino que, de hecho, dice exactamente lo mismo que el positivismo. Por ejemplo, un prócer del positivismo como

Hans Kelsen es plenamente consciente de que el derecho es un “esquema de interpretación” (Kelsen, 2008, pp. 18-19). Después de todo, si bien la teoría pura de Kelsen quería mantener al derecho lejos del influjo de la moral, no debemos olvidar que antes de separar la moral del derecho, primero Kelsen separa tajantemente el derecho de la naturaleza (Kelsen, 2008, cap. 1).

Suponemos, entonces, que un interpretativista se verá forzado a distinguir entre la comprensión kelseniana y la interpretación dworkiniana, si más no fuera para evitar que el interpretativismo no colapse por redundancia. Sin embargo, por más que el interpretativista conceda la distinción entre comprender e interpretar, si desea continuar siendo interpretativista deberá insistir en que hay que interpretar siempre. Veamos, entonces, los problemas a los que conduce la ubicuidad interpretativa primero, en la comunicación en general y luego, en el derecho en particular. Después de todo, el derecho es un acto comunicativo, aunque con ciertos aspectos peculiares, por supuesto.

Decimos que interpretamos a X cuando no lo comprendemos y, para hacerlo, lo explicamos en términos de Y, que sí comprendemos, obviamente sin tener que interpretarlo y, al menos, si deseamos evitar una regresión al infinito. De ahí que, cada vez que deseamos interpretar, debe haber algo que ya entendemos y que nos sirve como cabecera de playa para poder, de hecho, empezar con nuestra interpretación, como, por ejemplo, cuando aprendemos otro idioma. Existe, entonces, un círculo hermenéutico asegurado por nuestras capacidades naturales y por las convenciones sociales. Es en estos términos que podemos hablar de un “nivel cero” de interpretación. Después de todo, es sobre la base de lo que ya comprendemos que podemos interpretar, del mismo modo que es sobre la base de lo que estamos de acuerdo que podemos saber que tenemos un desacuerdo sobre otra cosa.

Por alguna razón, sin embargo, nos hemos habituado a hablar de la interpretación como el género al que pertenece la actividad en la cual nos embarcamos cada vez que deseamos conocer el significado de algo. Es por eso que debemos estar alertas y distinguir entre la interpretación en sentido amplio –que prefiero llamar “comprensión”– y la interpretación en sentido estricto –que prefiero llamar “interpretación” precisamente–. La diferencia no se debe a que una actividad sea “natural” y la otra “convencional”, ya que el significado por sí mismo jamás puede ser natural. La

distinción se debe, en realidad, al diferente esfuerzo intelectual que exigen ambas actividades. En efecto, decimos que *comprendemos* que alguien nos está saludando si nos dice “hola”, ya que no hace falta preguntarle a esta persona “¿desde dónde lo decís?”⁹; pero, por otro lado, afirmamos que estamos *interpretando* un soneto mientras leemos la obra poética de Shakespeare y, en este último caso, es inevitable preguntarse qué, dónde, cuándo, por qué, cómo dice Shakespeare lo que dice. Obviamente, la cuestión no es terminológica sino ontológica, por así decir, ya que se trata de dos actividades diferentes. Las podemos llamar como queramos, pero conviene mantenerlas separadas.

Vayamos al derecho.¹⁰ Después de todo, tal vez sea cierto que podemos distinguir entre comprensión e interpretación por fuera del derecho pero no dentro de él. Según el interpretativista, *cada vez* que deseamos conocer el derecho vigente debemos interpretarlo, como si el derecho fuera la puerta de un baño en un restaurante del barrio de Palermo. De ahí que si mostráramos un solo caso en el cual el derecho fuera comprensible sin tener que interpretarlo, mostraríamos a la vez que el interpretativismo se equivoca. Pensemos, entonces, en la prohibición de cruzar un semáforo en rojo. Por supuesto, el punto no es que hay algo en el color rojo que explica naturalmente el significado de la prohibición. Después de todo, no hace mucho en China, el semáforo en

⁹ Le agradezco mucho a Silvina Giaganti por haberme hecho notar este punto.

¹⁰ Por razones de espacio, a continuación voy a hablar de la interpretación en general, sin distinguir entre la interpretación legal y la interpretación constitucional. En efecto, en la medida en que tanto la Constitución cuanto las leyes son parte del derecho y, por lo tanto, pretenden tener autoridad, ambas caen bajo una misma caracterización de la interpretación jurídica. Sin embargo, ya que la Constitución es –si no es que debe ser– más abstracta, por un lado, y mucho más moral y política, por el otro, –ya que contiene los lineamientos fundamentales tanto de la organización del Estado cuanto de los derechos fundamentales–, las leyes parecen ser mucho más concretas. Es por eso que vamos a encontrar mucha más interpretación en el caso del razonamiento constitucional que en el del judicial. Sin embargo, no tendría sentido sostener que cada vez que deseamos identificar la Constitución necesitamos interpretarla (Marmor, 2005, p. 167). Si fuera cierto, no solamente sería imposible abrir siquiera el Congreso o poner en funcionamiento cualquiera de los poderes del Estado, sino que la Constitución en su conjunto no existiría. Por otro lado, el propio Carl Schmitt creía en la independencia judicial y, por eso, sostenía que para que los jueces pudieran defenderla no debían meterse con cuestiones políticas como lo son generalmente las constitucionales (Rosler, 2011b).

rojo significaba que el tránsito debía avanzar. El punto es que existe una convención que explica el significado del semáforo en rojo, sea detenerse o avanzar.¹¹ Quizás un extranjero no conozca la convención legal, pero no tendría sentido que un abogado o un juez se comportaran como si fueran antropólogos recién llegados que estudian una cultura extranjera, aunque a veces eso es exactamente lo que parecen estar haciendo.

Bastante antes de que en nuestra época algunos filósofos, como Wittgenstein, sensatamente distinguieran entre la comprensión y la interpretación (Marmor, 2005, pp. 15, 17, 64, 93), Tomás de Aquino ya había sostenido que “la interpretación tiene lugar en caso de que existan dudas [*Interpretatio locum habet in dubiis*]” ya que “ante lo que es manifiesto no es necesario interpretar sino ejecutar [*In manifestis no est opus interpretatione sed executione*]” (*Summa Theologica*, II-II, qu. CXX, art. 1, 2; II-II, qu. CXX, art. 1, ad 3 m., citado en Bastit, 2005, pp. 152-153). Bartolo de Sassoferrato, un jurista conocido por su simpatía hacia la interpretación, creía, así y todo, que los jueces podían interpretar la ley “a menos que las palabras fueran claras, porque entonces no se puede interpretar de otro modo que lo que dicen las palabras” (citado en Maclean, 1992, p. 89). Andrei Marmor argumenta algo muy similar: “el derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede ser simplemente entendido, y entonces aplicado. La interpretación es el modo excepcional, no estándar, de entender el lenguaje” (Marmor, 2005, p. 93).

La interpretación jurídica entonces no tiene lugar *siempre*, sino solamente cuando no comprendemos el significado de la ley. Puede ser que la comprensión sea una *rara avis*, pero no por eso es imposible. A menos que estemos dispuestos a reconocer la distinción entre comprensión e interpretación en el derecho, la misma regresión al infinito que amenaza la posibilidad de comunicación alguna en el mundo extrajurídico. puede emerger en el mundo jurídico.

Tomemos por ejemplo el tan controvertido fallo “Muiña” de la Corte Suprema de la Nación, que gira alrededor del artículo 2 del Código Penal debido a la así llamada ley

¹¹ Para que podamos decir que existe una regla convencional, la misma debe ser efectivamente observada. Hablar de una regla convencional que existe pero no es obedecida es una contradicción en sus términos. Toda regla convencional entonces viene con performatividad de fábrica (Marmor, 2011, p. 76).

del “2 x 1” (Ley N° 24.390). Gran parte de la discusión se debe a que el artículo 2 del Código Penal prescribe que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará *siempre* la más benigna” (énfasis agregado) y a que la así llamada ley del “2 x 1” no excluye los crímenes de lesa humanidad del alcance del beneficio del cómputo de la pena. Da la impresión, entonces, de que el artículo 2 del Código Penal y la Ley 24.390 no necesitan ser *interpretados* sino que puede ser *comprendidos* sin mayor dificultad.

En todo caso, la dificultad puede surgir si los jueces no solo deben entender el significado de las normas jurídicas, sino que además deben valorarlas para poder determinar su normatividad jurídica. Vamos a volver dentro de muy poco a este punto. Lo que me interesa destacar aquí es que (a) la ola interpretativista ya ha alcanzado las otrora sagradas aguas del derecho penal y (b) mucha gente –incluyendo al Gobierno y a la casi totalidad del Congreso de la Nación (literalmente todos los representantes salvo uno)– creyó que la solución a este aparente conflicto interpretativo era sancionar una “ley de interpretación auténtica” o, para ser más sencillos, una “ley interpretativa” en materia penal, a pesar de que es retroactiva y no precisamente más benigna; en otras palabras, a pesar de que es evidentemente inconstitucional.¹²

Ahora bien, salta a la vista que para un interpretativista hablar de una “ley interpretativa” no solo está al borde de la redundancia, ya que se supone que por definición *todas* las leyes deben ser interpretadas, sino que además, por esa misma razón, una “ley interpretativa” jamás puede ser la solución sino que es parte precisamente del problema. El interpretativista debería hacer entonces una excepción para las leyes interpretativas y conceder que ellas no deben ser interpretadas, sino que podemos comprenderlas sin más, pero semejante concesión sería fatal para la idea de que el derecho debe ser interpretado siempre, amén de que nos haría reflexionar acerca de por qué las leyes que no son interpretativas no podrían recibir el mismo trato.

¹² En una época, Eugenio Zaffaroni creía lo mismo: “las llamadas ‘leyes interpretativas’ o [de] ‘interpretación auténtica’” [son] “modificaciones a las leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2° [del Código Penal sobre la ley más benigna]” (Zaffaroni, 1980, p. 472).

El interpretativista podría sostener que no le teme a la regresión interpretativa al infinito ya que cuenta con una teoría de la interpretación correcta, tal como hemos visto más arriba. Sin embargo, es el propio interpretativista el que, con mucha razón, insiste en la ubicuidad del desacuerdo en el derecho y por lo tanto, no debería extrañarle que las diferentes interpretaciones sobre las leyes e incluso las sentencias persistan incluso luego de que las instituciones autorizadas se hayan pronunciado al respecto. Las instituciones autoritativas –como por ejemplo, las judiciales–, sin embargo, si bien en principio tratan de persuadirnos con los fundamentos de sus decisiones, debido a nuestra propia obstinación, con frecuencia se ven forzadas a recordarnos que no es la corrección misma de sus decisiones la que nos obliga, sino su autoridad. Después de todo, las decisiones autoritativas de los tribunales no pueden ser interpretadas, al menos, no en el sentido dworkiniano.

Por otro lado, a veces exageramos el papel del desacuerdo en el derecho. Por un lado, como explica Andrei Marmor, ya a partir de la segunda semana de clases, los estudiantes de derecho de primer año a menudo se sorprenden de la indeterminación del derecho. En efecto, los estudiantes se inscriben en la carrera de derecho pensando que existe un conocimiento determinado sobre el derecho que es precisamente lo que van a aprender, y que puede ser hallado en un conjunto de leyes y decisiones judiciales. Por el otro, al final del primer año de la facultad, da la impresión de que “casi nada es claro sobre el derecho, todo depende de cómo lo interpretan los tribunales, y lo mejor que puede hacer un abogado es hacer una estimación fundamentada sobre lo que harán los tribunales relevantes. Tienden a pensar que todo está permitido” (Marmor, 2011, p. 137).

Sin embargo, una vez que los estudiantes se convierten en abogados y empiezan a ejercer, las cosas cambian radicalmente.

Los abogados aprenden rápidamente que la mayor parte de la litigación no es sobre las especies de cuestiones legales difíciles que han estudiado en la Facultad de Derecho sino sobre rutinarias cuestiones de hecho –qué es lo que realmente pasó, quién dijo esto o hizo aquello–. Y entonces ven que en la vasta mayoría de los casos que ellos manejan las disputas son resueltas extrajudicialmente, y fundamentalmente porque el derecho es lo suficientemente claro; usualmente son los hechos los que están en disputa (Marmor, 2011, p. 137).

En conclusión, tanto la visión lega sobre la determinación del derecho cuanto la impresión del estudiante de derecho acerca de la indeterminación del derecho están distorsionadas:

El derecho es mucho menos claro de lo que la gente tiende a pensar, pero es mucho más claro de lo que se les hace creer a los estudiantes de derecho, porque pasan la mayor parte de sus estudios enfocando casos difíciles o problemáticos que tienden a alcanzar los tribunales de apelación, (Marmor, 2011, p. 137)

A media luz

Un segundo ingrediente de la receta interpretativista es la necesidad de que la interpretación muestre al derecho en su mejor luz. Alguien podría sostener entonces que si bien el interpretativismo no puede mostrar que haya que interpretar el derecho *siempre*, si no tenemos otra alternativa que interpretar el derecho, es indispensable recurrir al razonamiento valorativo. En otras palabras, si asumiéramos que el rechazo de la ubicuidad interpretativa no le inflige un golpe de *knock-out* al interpretativismo, alguien podría sostener que, así y todo, la interpretación –si existe, obviamente– debe ser valorativa, lo cual explica por qué, según el antipositivismo, la moralidad política irrumpe en las fiestas del derecho incluso cuando tiene la entrada prohibida, y no solamente por invitación o “incorporación” (Raz, 2009, pp. 182-202).

Ciertamente, para poder hablar de la interpretación de, por ejemplo, un cuadro como “El Grito” de Edvard Munch, no es suficiente indicar que se trata de una persona que se está agarrando la cabeza. En todo caso, esto último es una descripción, como lo es decir que esta persona está vestida de negro y cruzando un puente. Para que podamos empezar una interpretación, es indispensable señalar la importancia de la descripción indicada, qué es lo que representa, por qué es significativa en el sentido de ser importante para que conozcamos su significado, etc., todo lo cual nos hace incurrir en cierto razonamiento valorativo.¹³

¹³ Hay imágenes que sí parecen explicarse a sí mismas por así decir, como el dibujo de Rembrandt que ilustra la parábola del siervo despiadado (Mateo XVIII, p. 21-35) que puede ser considerado auto-

Sin embargo, del hecho de que percibamos la existencia de un valor no se sigue que estemos formando nosotros mismos un juicio valorativo al respecto (Marmor, 2001, pp. 155-157; Marmor, 2011, pp. 128-129; Marmor, 2005, pp. 39, 43). Un teólogo ateo entiende la existencia del valor de Dios porque se da cuenta de que muchas personas creen en Dios, pero por supuesto de ahí no se sigue que el teólogo ateo comparta dicho valor. Algo similar se puede decir de un antropólogo que estudia cierta cultura o práctica social, o de cualquiera que intente entender la o una realidad social en general. Si la queremos comprender, no nos queda otra alternativa más que percibir su valor de modo distanciado, pero de ahí no se sigue que lo compartamos o que nuestro juicio sea valorativo en el sentido “militante” que le da Dworkin. Quizás, la interpretación deba mostrar el objeto en su peor luz, si es eso lo que el objeto merece. En todo caso, la valoración judicial no puede afectar la autoridad del derecho. El juez tiene que aplicar el derecho, no valorarlo. Por supuesto, ocasionalmente el juez deberá desobedecer el derecho por razones morales, pero no tiene sentido decir entonces que el juez está aplicando el derecho mediante una interpretación.

En rigor de verdad, cuando Dworkin propone que el juez, primero, debe ver el derecho en su mejor luz y, luego, interpretarlo, está poniendo el carro adelante de los caballos. La valoración debe ser posterior a la comprensión y no al revés, ya que llamaría la atención que alguien pudiera valorar algo antes de haber entendido su significado, como si ya conociera el atractivo –o la falta de él– de algo que no entiende.

Alguien podría salir en defensa de la necesidad de interpretar en la mejor luz (o de modo “militante”, para usar nuestra propia terminología) apelando al principio de caridad precisamente interpretativa (Hollis, 1996, p. 215, n. 14), que en cierto sentido muestra el significado de una práctica en su mejor luz. Sin embargo, el principio de caridad no solo puede tener connotaciones relativistas ajenas a las intenciones de Dworkin, sino que además es bastante minimalista. Lo único que exige es que aquello

explicativo: “Se puede apreciar al señor en el día del Juicio Final, con su asistente buscando las deudas del siervo en un gran libro contable. Vemos a partir de la manera en que se para el siervo, su cabeza agachada, su mano hurgando profunda en su bolsillo, que el siervo no puede pagar. La relación de estas tres personas entre ellas, el asistente ocupado, el señor dignificado y el siervo culpable, está expresada con unos pocos trazos del lápiz” (Gombrich, 2006, p. 323).

que estamos tratando de entender tenga sentido, sea inteligible, o sea visto a cierta luz, sin que dicha luz sea la mejor. Por ejemplo, una creencia ritual P es racional si y solo si existe una creencia Q tal que Q provee una razón para sostener P y P no implica la falsedad de Q (Hollis, 1996, 215). De esta forma, desde los sacrificios aztecas hasta los rituales azande, por no mencionar los genocidios del siglo XX, pueden ser considerados racionales y comprendidos caritativamente. Es inteligible que estaban cometiendo una matanza, pero eso no muestra dicha práctica en su “mejor luz”.

Un interpretativista tal vez esté dispuesto a conceder –nuevamente, se trata de una concesión que pone otro clavo en el cajón del interpretativismo– que un filósofo del derecho que desea solamente entender el derecho no tiene por qué valorarlo en su mejor luz, debido a que el interpretativismo tal vez sea una filosofía del derecho que no está dirigida a quienes principalmente desean entender el derecho, sino a quienes se dedican fundamentalmente a aplicarlo. Además, el iluminismo dworkiniano es intencionalista ya que, como hemos visto, el juez cuando interpreta el derecho en su mejor luz está haciendo lo mismo que habría deseado hacer el legislador. Por supuesto, la intención particular o histórica del legislador bien puede haber sido otra (por ejemplo, criminalizar el aborto), pero la intención general o hipotética, por así decir, era la de hacer la mejor ley posible y, si la mejor ley era en realidad despenalizar el aborto, entonces el juez al declarar, por ejemplo, inconstitucional la prohibición del aborto, en el fondo, no hace sino seguir la intención del legislador.

Esta clase de iluminismo tiene al menos dos grandes problemas, conectados entre sí. En primer lugar, habría que ver si los legisladores mismos desean que los jueces apliquen las disposiciones legislativas en su mejor luz, esto es, que los jueces entiendan al derecho no como una práctica institucional autoritativa que tiene en cuenta las intenciones reales de los legisladores, sino como una *ocasión* para dar con la respuesta correcta –lo cual, se supone, es lo que los legisladores desean hacer–. Esto equivaldría a usar el derecho como inspiración, pero no como una fuente en sentido estricto. En segundo lugar, y quizás a eso se deba la eventual reticencia legislativa al respecto, esta posición no puede explicar la pretensión autoritativa del derecho.

Esta apertura dworkiniana a la valoración lo único que hace es agravar el problema, sobre todo en relación al derecho. Mal que mal, una intención particular o realmente

existente sigue siendo un hecho —el autor quiso hacer las cosas de este u otro modo—, pero la intención general (o hipotética) de que las cosas salgan bien o lo mejor posible hace que la obra misma se vuelva redundante o, en todo caso, una ocasión para que el intérprete valore el atractivo de la obra, cuando se supone que el significado o mensaje de la obra, especialmente en el caso del derecho, existe para hacer una diferencia práctica, no para dar con la respuesta correcta acerca de cuál es el mejor derecho posible. Después de todo, es el desacuerdo sobre la respuesta correcta lo que explica la existencia del sistema institucional autoritativo, que es el derecho.¹⁴ En otras palabras, la búsqueda de la mejor luz es un discurso típicamente moral, inmediato, en el que lo que vale es el contenido de nuestras razones, no la autoridad de una institución, y por lo tanto dicha búsqueda tiende a confundir el derecho existente con el que debería existir. Aunque es indudable que el derecho persigue ciertos valores y/o está justificado merced al razonamiento valorativo (Raz, 1990, p. 76), si cada vez que identificamos el derecho tenemos que interpretarlo y cada interpretación tiene que mostrar al derecho en su mejor luz, estamos reintroduciendo el desacuerdo moral que precisamente nos llevó a contar con autoridades institucionales como las jurídicas para tratar de resolverlo.

Por otro lado, es innegable que según Dworkin, para que tenga sentido hablar de “interpretación”, “los hechos crudos de la historia legal” tienen que “limitar el papel que las convicciones personales del juez jugarán en sus decisiones” (Dworkin, 1996, p. 255). Sin embargo, el propio Dworkin agrega, en relación al juez, que “la historia política real de su comunidad *a veces* mantendrá a raya sus otras convicciones políticas en su juicio interpretativo total” (Dworkin, 1996, p. 255, énfasis agregado). Con esto, la idea misma de interpretación se desdibuja bastante, a tal punto que el dworkinianismo puede llegar a aceptar que X es una interpretación de Y y muestra por lo tanto en su

¹⁴ El intencionalismo hipotético funciona de un modo bastante similar al discurso contractualista tal como ha sido invocado por la teoría política contemporánea de raigambre fundamentalmente rawlsiana. El contrato en cuestión no se refiere a una decisión histórica, esto es una decisión que ocurre en cierto espacio y lugar, tal como sucede con cualquier contrato realmente existente, sino que hace referencia a lo que los agentes harían si fueran realmente razonables, o si absolutamente nada indebido interfiriera en su decisión autónoma. Es por eso que los agentes quedan protegidos tras un velo de ignorancia de toda distorsión social, económica, cultural, etc., que impida que su verdadero yo llegue a actuar autónomamente. El contrafáctico puede ser útil para la teoría moral, pero no para la teoría del derecho.

mejor luz a Y, a pesar de que X no esté presente en Y. Un juez dworkiniano, entonces, podría decir que cierto principio moral es parte del derecho, a pesar de que su existencia no puede ser rastreada hasta una fuente o autor particular. Después de todo, los principios morales se valen por sí mismos en términos de su contenido, no debido a su fuente. De ahí que los principios dworkinianos sean como los personajes en la obra de Pirandello, que existen y están en búsqueda de un juez coautor (lo cual no es una metáfora, tal como veremos más abajo).

En realidad, la insistencia sobre la visión con la mejor luz haría que, por ejemplo, algunos creyeran que en Argentina el aborto está permitido porque tal autorización muestra al derecho en su mejor luz, a pesar de que el Código Penal claramente considera que el aborto, salvo excepciones, es un delito y a pesar de que hasta ahora tribunal alguno haya considerado inconstitucional dicha prohibición. Un dworkiniano que se dejara llevar por el entusiasmo que le inspira la tesis de la respuesta correcta, no solo podría sino que debería decir incluso que la inconstitucionalidad de una disposición es anterior a su declaración como tal por parte de un tribunal. Y al revés, si alguna vez el aborto se convirtiera finalmente en un derecho de la mujer, un juez podría invocar argumentos no menos interpretativistas, aunque en el sentido contrario, esto es, declarando inconstitucional dicha despenalización. Cabe recordar que no han faltado jueces antiabortistas que adujeron *more hermeneutico* que, para que el aborto no sea punible en el caso del artículo 85 del Código Penal, la mujer en cuestión debía ser violada y a la vez “idiota o demente”, como si se tratara de aquel episodio de Porky en el que el Pato Lucas le vende una póliza de seguros contra accidentes domésticos con condiciones casi imposibles de cumplir. Por alguna razón, hoy en día, el interpretativismo suele ser acompañado por el progresismo, pero, como se puede apreciar, no hay nada que impida que el interpretativismo juegue para el equipo contrario.

Un juez dworkiniano, entonces, con tan solo invocar la intención general e hipotética del legislador de sancionar la mejor ley posible, podría apartarse de la ley y todo en aras de la intención misma del legislador. De este modo, muchas desobediencias pueden ser redescritas en términos de la más fiel obediencia. En este mismo sentido, Brünnhilde trata de convencer a su padre Wotan en *Walküre* III.3 de que, al haber ayudado a Siegmund (y a Sieglinde), ella lo había obedecido de todos modos, a pesar de que

desobedeció la orden de Wotan: “fiel a él [Wotan] desafié su orden” (Wagner, 1997, p. 172).

El arte nos ofrece ejemplos bastante similares. En una muy reciente versión de la ópera “Carmen”, la protagonista no muere en la obra y, sin embargo, no pocos se refieren a dicha versión como si perteneciera a dicha obra y no a otra diferente. Por otro lado, no es la primera vez que la corrección política ocasiona fenómenos semejantes. Pensemos si no en el caso de *King Lear* de Shakespeare, que, a fines del siglo XVII, había perdido popularidad debido a que su trama adolecía de la caída de la monarquía y la falta de una historia de amor. Entonces Nahum Tate reescribió la obra para ajustarla al paladar contemporáneo. No solamente cambió el lenguaje de la obra sino que cambió la estructura, la trama de la obra, varios de sus personajes, introdujo uno nuevo y eliminó al Tonto o Bufón. Incluso restauró el final feliz de la leyenda de Lear en la que se había inspirado Shakespeare, haciendo que Cordelia no solamente sobreviviera sino que se enamorara de Edgar e incluso se casara con él, lo cual nos hace dudar de si lo que Tate tenía en mente era un final feliz después de todo (Halio, 1992, p. 36).

Ahora bien, salta a la vista que modificar una obra en aras de la justicia poética no es interpretarla sino escribir una nueva.¹⁵ Por supuesto, eso es exactamente lo que hizo Shakespeare con la leyenda de King Lear, e irónicamente a Shakespeare le hicieron lo mismo que él le hizo a la leyenda original. Pero nadie cree que, al hablar de la leyenda, la obra de Shakespeare y la reescritura de Tate, estamos hablando de lo mismo. ¿Por qué sería diferente en el caso del derecho, sobre todo teniendo en cuenta la proximidad que tiene el derecho con la literatura para el interpretativismo? Grandes escenas de la historia del cine también han salido de una improvisación. Pero el derecho no es un taller de improvisación, ni un guión que se puede mejorar, sino que se trata de un sistema normativo que pretende tener autoridad y debemos obedecerlo con independencia de si aprobamos la norma jurídica en particular.

¹⁵ La idea amplia de “interpretación” se parece mucho a aquella vieja historia de dos personas que se encuentran en la calle. Una le dice a otra: “Qué cambiado que estás. Antes eras alto, ahora eres más bajo. Antes eras flaco, ahora has aumentado de peso. Antes tenías pelo oscuro ahora estás completamente encanecido. Es increíble, Pepe”. A lo cual la otra le responde: “Yo no me llamo Pepe”. Y obviamente la primera le contesta: “Es increíble, hasta el nombre te has cambiado”.

Por otro lado, si bien la comparación entre el derecho y el arte puede ser muy enriquecedora, hay un aspecto de esta comparación que impide una comprensión adecuada del derecho. Se trata de la relación que guarda el concepto de “derecho” en relación al de “arte”. En efecto, el arte es un concepto “esencialmente contestado”, para utilizar la terminología de W. B. Gallie. Basta recordar la reacción de un periodista francés ante las primeras exhibiciones de los impresionistas en 1876:

Un exhibición acaba de ser inaugurada en Durand-Ruel, la cual supuestamente contiene pinturas. Entro y mis ojos horrorizados contemplan algo terrible. Cinco o seis lunáticos, entre ellos una mujer, se han asociado y exhibido sus obras. (...). Estos supuestos artistas se llaman a sí mismos revolucionarios, ‘Impresionistas’. Ellos toman un pedazo de tela, témperas y pincel, embadurnan unos pocos parches de tela en él al azar, y firman toda la cosa con su nombre. (Gombrich, 2006, p. 398)

Como se puede apreciar, la definición de arte incluye necesariamente componentes valorativos, que provocan en gran parte la discusión acerca de la definición de arte en primer lugar. Muchos se resisten a decir que cierto objeto es “artístico” porque temen estar contribuyendo a su defensa. Además, algo puede ser más o menos artístico.

En cambio, el derecho no es en sí mismo un concepto contestable. En efecto, el derecho es una práctica institucional autoritativa, que suele ser atacada por razones morales, pero dicho ataque presupone que el blanco del ataque ha sido claramente identificado, por ejemplo, debido a que tiene autoridad. No tendría sentido criticar algo que, en el fondo, uno no sabe exactamente qué es o que no ha comprendido. La identificación del derecho entonces es razonablemente conceptual, tal como suele insistir el positivismo, que se propone fundamentalmente entender qué es el derecho, no justificarlo. Además, las normas son o no son válidas, pertenecen o no al sistema jurídico, no son más o menos válidas que otras normas. La validez legal, entonces, no es un logro que admite variedades o tonalidades, a diferencia del arte o de la justicia (Marmor, 2011, p. 133).

Finalmente, supongamos que, por alguna razón, el derecho mismo contuviera una disposición según la cual los jueces, al fallar, deben mostrar al derecho en su mejor luz. En primer lugar, para explicar este fenómeno, no necesitaríamos recurrir al interpretativismo, ya que la luz en este caso sería parte del derecho positivo vigente. En segundo lugar, la disposición sería redundante, si apuntara a lograr que los jueces tomen la decisión correcta (eso es lo que alegan los jueces de todos modos) o autofrustrante, ya

que en última instancia el derecho vigente se caracteriza por tener autoridad, no por haber dado con la respuesta correcta.

Coautor e intérprete

La combinación de la ubicuidad de la interpretación y de la valoración del derecho por parte del juez arroja como resultado un tercer componente de la receta interpretativista. El juez no solamente es un intérprete, sino que además es coautor de aquello que interpreta, que es a la sazón una novela en cadena. Como habíamos visto, el juez interpreta los capítulos anteriores y agrega como coautor un capítulo nuevo a dicha novela. Como coautor, el juez modifica la obra que precisamente está interpretando. Esto plantea una primera dificultad: ¿puede una interpretación modificar su objeto? Dado que la interpretación de X es por definición *sobre X*, ¿tiene sentido que se trate de una interpretación a pesar de que, como resultado de dicha interpretación, la obra misma resulte modificada?

Pensemos en el caso de Ginóbili, quien de hecho suele escribir notas sobre sus propios partidos. En cierto sentido, se trata del propio autor que interpreta su obra. Sin embargo, a diferencia de los jueces dworkinianos –que están más cerca del fútbol total de Holanda 74, en el cual los jugadores no tenían posiciones fijas, sino que jugaban en toda la cancha–, Ginóbili no es coautor e intérprete *a la vez*. Además, sus notas explican y, por lo tanto, reflejan los partidos que él juega, sin modificarlos. Si lo hicieran (por ejemplo, si Ginóbili en su interpretación dijera que ganó un partido que, en realidad, había perdido, o que su equipo jugó de contraataque cuando, en realidad, tuvo la iniciativa durante todo el partido), estarían hablando de otro partido, en cuyo caso no tendría sentido hablar de interpretación.

Cabe recordar, además, que Justiniano y Napoleón se equivocaron al creer que podían deshacerse de la interpretación, no porque esta última fuera inevitable, sino porque entra en escena, aunque solamente cuando el significado de la norma no es claro. En otras palabras, existen casos en los que no hay otra alternativa que obtener lo que Raz llama una “interpretación innovadora” (v.g., Raz, 2009, p. 257). Ahora bien, la interpretación innovadora debido a una ambigüedad, vaguedad, etc., sin embargo, no modifica en sentido estricto su objeto, sino que lo aclara y de este modo el significado sigue siendo

sobre el original. Comprendemos, otra vez, el final de *King Lear*, que es paradigmáticamente trágico, lo cual era precisamente el punto de Shakespeare, particularmente tratándose de una tragedia. Llamar “interpretación” entonces a una modificación de la obra precisamente *porque la hemos comprendido* no tiene mayor sentido. *Mutatis mutandis*, comprendemos cuál es el contenido del artículo 2 del Código Penal, pero entonces no podemos decir que lo estamos “interpretando” cuando, en realidad, lo estamos modificando porque no nos parece bien lo que dice.

La hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, uno de los pocos autores citados por Dworkin en *Law's Empire*, también confunde la comprensión con la interpretación: “La interpretación [*Auslegung*] no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que *comprender es siempre interpretar*, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (Gadamer, 1990, p. 312, énfasis agregado). No es casualidad entonces que Gadamer proponga una concepción de interpretación claramente transformadora: “El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente sino siempre. Por eso la comprensión [*Verstehen*] no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo” (1990, p. 301). En efecto,

Cada época entiende un texto transmitido de una manera peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época tiene un interés objetivo y en la que intenta comprenderse a sí misma. El verdadero sentido de un texto tal como éste le habla [*anspricht*] a su intérprete no depende del aspecto puramente ocasional que representan el autor y su público originario. (Gadamer, 1990, p. 301)

Para Gadamer, entonces, en toda “comprensión [*Verstehen*]” opera “un proceso de una historia efectual [*wirkungsgeschichtliche*]” (Gadamer, 1990, p. 306). El significado, entonces, no es recuperado, sino creado por la recepción de la obra por parte del intérprete.

Es digno de ser destacado que, para Gadamer, la interpretación jurídica no es un ejemplo más de la hermenéutica, sino que, antes bien, es el paradigma de la hermenéutica: “La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando” (Gadamer, 1990, pp. 331-332,333). En conclusión, “si el texto, ley o mensaje de la salvación, ha de ser entendido

adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta” (Gadamer, 1990, p. 314).

Antoine Compagnon, un profesor francés muy consciente de la batalla que la teoría literaria particularmente francesa ha librado durante años contra el sentido común, con mucha razón compara la discusión sobre la interpretación literaria con la jurídica:

[S]e oponen, a propósito de cualquier problema social, los partidarios de una ‘constitución viva’, constantemente reinterpretada para satisfacer las exigencias de hoy en día, susceptibles de garantizar los derechos de los que las generaciones pasadas no tenían conciencia, como el derecho al aborto, y los adeptos a la ‘intención original’ de los padres fundadores, para los cuales se trata de determinar y de aplicar el sentido objetivo que el lenguaje de la constitución tenía en el momento en que fue aprobada. Como de costumbre, las dos posturas –alegorista y originalista– son tan insostenibles la una como la otra. *Si cada generación puede redefinir los primeros principios a su gusto, entonces es como si no hubiera constitución. Pero ¿cómo aceptar, en una democracia moderna, que como consecuencia de la fidelidad a la intención original, suponiendo por lo demás que ésta sea verificable, los derechos de los vivos sean rehenes de la autoridad de los muertos? [...]. ¿Habrá que perpetuar, por ejemplo, los prejuicios raciales de finales del siglo XVIII, y ratificar las intenciones esclavistas y discriminatorias de los redactores de la constitución estadounidense? (Compagnon, 2015, pp. 66-67, énfasis agregado)*

Supongamos ahora que el originalismo contra el que combate Dworkin conduce a resultados inaceptables, ya que exigiría fidelidad a disposiciones que datan de hace siglos y que adolecen de muy serios defectos morales (esclavitud, discriminación, etc.). La hermenéutica jurídica a la que se refiere Gadamer enfrentaba problemas bastante similares, aunque en relación al derecho romano. Era precisamente por eso que Hegel se refería a “la triste necesidad que tiene un juez frente a malas leyes de introducir ennegreciendo [*einzuschwärzen*] con astucia y clandestinamente lo racional, por lo menos en alguna de sus consecuencias” (Hegel, 1988, p. 256, traducción ligeramente modificada). Sin embargo, las constituciones modernas, como la nuestra, no tienen varios siglos de antigüedad, como la estadounidense por no mencionar el derecho romano. Además, nuestro sistema jurídico, de hecho, se compone de normas jurídicas que, a lo sumo, se remontan hasta la generación anterior. Por otro lado, en cierto sentido, todo derecho implica que “los muertos” tengan autoridad sobre “los

vivos” o, para decirlo en términos menos dramáticos, que las generaciones anteriores ejerzan autoridad sobre las posteriores.¹⁶

En realidad, la cuestión debería ser la inversa, al menos, si no nos interesa deshacernos del constitucionalismo. Si una constitución como la Argentina de 1994 no puede reclamar autoridad, ¿qué sentido tiene hablar de la autoridad de una constitución? Por otro lado, es indudable que hay casos en los cuales el derecho ha de ser desobedecido por razones morales. Pero no tiene sentido hablar de “interpretación” en un caso semejante, entre otras cosas, debido a que diluye la autoridad del derecho en general y no solamente la de ese sistema jurídico en particular.

Sin duda, creer en la existencia de un ubicuo “nivel cero” de interpretación a la manera de Justiniano o Napoleón tiene tanto sentido como creer en el interpretativismo. De hecho, semejante “nivel cero” suena “demasiado judío”, como diría Woody Allen. En efecto, para los Padres de la Iglesia, “aquellos que entienden el texto a la letra según la caparazón (...) se dice que entienden a la manera judía [*Judaice*], así como los judíos entienden el Antiguo Testamento (...). Pues los judíos nunca quieren apartarse de las palabras” (véase Maclean, 1992, p. 142). Sin embargo, George Steiner cree que, en realidad, las cosas son exactamente al revés. En efecto, “para mí”, dice Steiner, “ser judío es ser alguien (...) que, cuando está leyendo un libro, lápiz en mano, está convencido de que él ‘escribirá uno mejor’. Es esa maravillosa arrogancia judía respecto a las posibilidades de la mente: ‘yo lo haré todavía mejor’” (Steiner, 2017, p. 35). Podríamos decir entonces que el juez interpretativista tiene la *jutzpa* de creer que él puede y tiene

¹⁶ Chesterton dice algo parecido en relación a la tradición: “Se puede definir la tradición como una extensión del electorado. Tradición significa darle votos a la más oscura de las clases, nuestros ancestros. Es la democracia de los muertos. La tradición rehúsa someterse a la pequeña y arrogante oligarquía de esos que meramente sucede que están caminando por ahí. Todos los demócratas objetan que los hombres sean descalificados por el accidente de su nacimiento; la tradición objeta que sean descalificados por el accidente de su muerte. La democracia nos dice que no descuidemos la opinión de un buen hombre, incluso si él es nuestro peón; la tradición nos pide que no descuidemos la opinión de un buen hombre, incluso si él es nuestro padre” (Chesterton, 1919, p. 221). Le agradezco mucho a Juan Ignacio Serrano por haberme hecho recordar este pasaje.

que mejorar el derecho, en lugar de obedecerlo y/o, llegado el caso, interpretarlo, si fuera necesario.

Volviendo a la coautoría por parte del juez dworkiniano, ella oscila entre ser redundante y contraproducente. Los jueces son “coautores” del derecho en un sentido muy amplio, ya que, por lo general, a juzgar por los diseños institucionales usuales, los jueces o algunos de ellos tienen la última palabra sobre cuál es el derecho vigente. Pero de ahí no se sigue que operen en el mismo nivel que los creadores del derecho.

En efecto, si el punto del interpretativismo fuera que no podemos saber *ex ante* cuál es el derecho vigente, esta creencia podría volverse contraproducente o una petición de principios. Después de todo, la interpretación es siempre *de algo*, en este caso *del derecho*, y debemos poder saber o entender algo del derecho con anterioridad a la interpretación. De otro modo, no solamente no estaríamos interpretando el derecho sino algo diferente, sino que tampoco sería una interpretación, por las razones que hemos visto más arriba.

Tal vez el punto interpretativista sea que la necesidad de la interpretación en coautoría se debe a cierta deficiencia epistémica del derecho en el sentido de que es típico del derecho cierta incertidumbre. Por ejemplo, da la impresión de que una norma jurídica puede ser derrotada por otra, fundamentalmente en el momento de su aplicación por los tribunales. Sin embargo, del hecho de que una norma pueda ser objeto de revisión no se sigue que el derecho sea incierto. Sin duda, desde el punto de vista de los practicantes el derecho puede ser incierto, incluso cuando es claro lo que el derecho exige. Pero esto es, en verdad, típico del derecho y proviene del hecho de que los jueces tienen un poder normativo de, por así decir, cambiar el derecho y revisarlo en numerosas ocasiones (como ocurre con el control de constitucionalidad), y dicho poder normativo proviene del mismo sistema jurídico, no de la interpretación valorativa de los jueces. Si los jueces, a veces, tienen que recurrir a la interpretación valorativa, eso se debe a una indicación del derecho, por así decir, no a que los jueces sean coautores del derecho, con independencia de que el derecho les confiera literalmente una *autorización*. En realidad, sabemos en general cuál es el derecho vigente, aunque no estemos seguros de si los jueces lo van a poner en práctica (Marmor, 2001, pp. 79-80).

Como dice Platón, la ley entonces es “déspota de los magistrados”, y los magistrados no son coautores sino “esclavos de las leyes” (Platón, 1999, p. 145; Maclean, 1992, pp. 62-63). Por supuesto, hasta los esclavos a veces tienen que interpretar las órdenes de sus amos, si es que no las entienden. Por supuesto, muchas veces la esclavitud en relación a la ley se presta a repetidas y conocidas hipocresías. Pero si hablamos todavía de hipocresía, eso se debe a que aquello que es burlado precisamente todavía existe, o a que, al menos, tiene sentido.

El derecho también puede ser descripto como una especie de Wikipedia, con la salvedad de que se trata de algo más que una página de Internet, ya que cuenta con instituciones con autoridad encargadas de que consultemos dicha enciclopedia obligatoriamente. Es una enciclopedia que debemos consultar y obedecer, incluso si supiéramos que el conocimiento que obtenemos de ella es erróneo, ya que la idea misma de autoridad consiste en que tendríamos razones para cumplir con ella, aun cuando supiéramos que la acción prescrita fuera errónea, y la única explicación de que debemos hacerlo es que ha sido prescrita por una autoridad. En cambio, lo que tal vez sea bastante frecuente, no tendría sentido decir que trataríamos como una autoridad a Wikipedia si nos diéramos cuenta de que lo que dice está equivocado. La razón es clara: mientras que Wikipedia es principalmente una fuente de conocimiento o de razones para creer, el derecho es esencialmente una fuente de razones para actuar independientes de contenido (Marmor, 2001, p. 101).

O si se quiere, podemos insistir con la obra en cadena, aunque en términos muy laxos. En efecto, se trata de una obra encadenada verticalmente, ya que la creación del derecho obedece un orden piramidal y, por lo tanto, sus eslabones no están horizontalmente encadenados como si fuera una poesía de E. Cummings y cada palabra tuviera exactamente el mismo peso o valor, o una composición dodecafónica en la cual las doce notas de la escala cromática son tratadas como equivalentes. En cambio, las instituciones jurídicas siguen cierta autoridad, siempre merced a una primera fuente indicada convencionalmente, que, a su vez, indica un autor particular con la capacidad de crear derecho, el que será aplicado por los tribunales. De ahí que, *desde el punto de vista legal o intrasistémico*, el derecho es un ejemplo de lo que Rawls llama “justicia

procedimental pura”, ya que no existe un criterio independiente de la forma jurídica que nos permita identificar cuál es el resultado correcto (Rawls, 1999, pp. 74-75).¹⁷ En cierto sentido, la última palabra la tienen los tribunales, pero eso se debe a que el propio sistema normativo lo ha dispuesto de ese modo, no a que haya un tribunal del cual podamos estar seguros de que nos proveerá de una respuesta correcta que muestra el derecho en su mejor luz. En todo caso, al menos modernamente, los jueces dan con una respuesta que es tomada como correcta porque corresponde al sistema normativo que los antecede, y no al revés. Insistir en la necesidad de interpretar y, sobre todo en la interpretación valorativa, hace que el derecho quede *completamente* en manos de los jueces.

Hermes: ¿Antígona o Creonte?

El interpretativismo no solo tiene serios problemas para acomodar la autoridad del derecho, sino que además no está exento de ciertas incoherencias internas. Una primera dificultad interna surge incluso si asumimos que el interpretativismo tiene razón cuando sostiene que el derecho es un fenómeno interpretativo en el sentido fuerte de la expresión. En efecto, en tal caso, deberíamos preguntarnos por qué no podríamos interpretar en su mejor luz las decisiones de los tribunales, siendo fieles al espíritu interpretativista. Si la respuesta fuera que la decisión del tribunal tiene autoridad, ella sería autofrustrante, ya que derribaría la tesis que esta corriente trata de defender.

En segundo lugar, supongamos una variación del mismo tema: un tribunal arriba a una decisión D, bastante controversial, sobre un caso en particular, y el derecho queda modificado por ley para hacer lugar a la nueva interpretación. Por ejemplo, supongamos que un tribunal haya decidido que, para reconocer una garantía penal en un caso correspondiente a un delito atroz, el acusado o condenado primero debe pasar por un test moral de cierta clase y que, luego, dicho test fuera incorporado por el derecho penal vigente. Un interpretativista coherente debería sostener que semejante cambio

¹⁷ Como dice Legendre (2005) en derecho “la respuesta final importa mucho menos que la liturgia puntual” (p. 97).

legislativo no haría gran diferencia, ya que el derecho es interpretativo de todos modos, y, por lo tanto, un juez mediante la interpretación valorativa podría llegar a una conclusión diferente sobre el derecho vigente. En este caso, si el interpretavista, otra vez, se hiciera positivista –esto es si dejara de hacer énfasis en la interpretación valorativa y en la coautoría de los jueces para empezar a privilegiar la autoridad del derecho– porque está de acuerdo con esa solución particular, en tal caso sería muy difícil evitar la conclusión de que está haciendo trampa. Por momentos, entonces, da la impresión de que al interpretativista le cabe lo que Renan decía a propósito de san Pablo: “era protestante para sí mismo, católico para los demás. Él se reservaba la revelación, el comercio sin intermediario con Cristo, la total libertad de conciencia, el rechazo de toda jerarquía. A los demás les tocaba obedecer sin rechistar, obedecer a Pablo porque Cristo le había encomendado que los guiase” (Carrère, 2015, p. 209). Daría la impresión, entonces, de que el interpretativista utiliza la tesis de la respuesta correcta para él y la tesis de la autoridad contra los demás.

En tercer lugar, y quizás esto sea más importante todavía, si el derecho es un fenómeno interpretativo por definición, cabe preguntarse: ¿por qué se interpretan solamente la Constitución y las leyes y, no se hace lo mismo con las sentencias, las fuentes mismas del derecho, los tribunales y los que los componen, etc.?

El interpretativismo tiene mucha razón al enfatizar la necesidad de prestarle atención al desacuerdo jurídico. Sin embargo, es ese desacuerdo precisamente el que explica la necesidad de que las decisiones legales tengan autoridad. Hablar de “interpretación” de una ley, cuando la comprendemos pero estamos en desacuerdo con ella y, por eso, la modificamos, no solamente es un error sobre la naturaleza del derecho, sino que es un error sobre qué es una interpretación. La interpretación supone cierta comunicación de un mensaje que proviene de un autor particular y que estamos tratando de entender, no de modificar. Los tribunales no son “talleres” en los que el derecho está sujeto a una continua revaluación y experimentación, sino que son instituciones cuya tarea consiste en entender y obedecer la autoridad de la Constitución y de las disposiciones

sancionadas por el poder legislativo. El “taller” del derecho, en todo caso, es el poder constituyente.¹⁸

En conclusión, el interpretativismo de Dworkin se presenta como una tercera posición entre el positivismo y el iusnaturalismo. Sin embargo, debido a su celo antipositivista, dicho interpretativismo termina acercándose peligrosamente a la posición de Antígona, confundiendo el derecho “en su mejor luz” o tal como debería ser, con el derecho realmente vigente –aunque sin dejar de hacer pie en las instituciones realmente existentes–, transformándose, de este modo, en la continuación de Antígona por medios institucionalistas. Esta manera de entender al derecho no solamente niega la pretensión de autoridad que caracteriza a todo derecho que se precie de ser tal, sino que, además, irónicamente consagra el derecho vigente al acercarlo demasiado a la moral. Si nos interesa dar cuenta de cómo funciona realmente el derecho y salvaguardar particularmente la autoridad del Estado de Derecho, es hora de alejarse de Antígona y de Hermes –el dios olímpico de la interpretación¹⁹– y de acercarse a Creonte, el vilipendiado antagonista de Antígona. En otras y muy pocas palabras, tal vez sea hora de pedir “menos Antígona y Hermes, y más Creonte”.

¹⁸ Quizás entonces el interpretativismo dworkiniano se sienta más cómodo *hasta cierto punto* en países del common law, pero tiene serias dificultades para explicar los sistemas continentales o de derecho civil.

¹⁹ Cabe recordar sin embargo que según Platón Hermes era un dios olímpico “‘intérprete’ (*‘hermênea’*) y mensajero, así como ladrón, mentiroso y mercader” (Platón, 2010, p. 565 [407e-408a]).

Bibliografía

- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. (J. L. Calvo Martínez, trad.). Madrid: Alianza.
- Bastit, M. (2005). *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez* (Trad. de N. Pereyro). Buenos Aires: EDUCA.
- Bate, J. (1997). *The genius of Shakespeare*. London: Picador.
- Carrère E. (2015). *El reino* (Trad. de J. Zulaika). Buenos Aires: Anagrama.
- Compagnon, A. (2015). *El demonio de la teoría* (Trad. de M. Arranza). Barcelona: Acantilado.
- Chesterton, G. K. (1919). *Heretics and Orthodoxy* (Paul A. Boer, Sr., ed.). New York: John Lane Company.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Finnis, J. (1996). The truth in legal positivism. En R. P. George (Ed.), *The autonomy of law* (pp. 195-214). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights* (2da. ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Gadamer, H.G. (1990). *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (6ta. ed.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gombrich, E. H. (2006). *The story of art* (16ta. ed.). Londres: Phaidon.
- Halio, J. L. (1992). "Introduction", En William Shakespeare, *The Tragedy of King Lear*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hegel, G.W.F. (1988). *Principios de la filosofía del derecho* (J. L. Vermal, trad.). Barcelona: EDHASA.
- Hollis, M. (1996). *Reason in action. Essays in the philosophy of social science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelley, D. (1987). Civil science in the Renaissance: the problem of interpretation. En Anthony Pagden (Ed.), *The languages of political theory in early-modern Europe* (pp. 57-79). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre* (1ra ed., Matthias Jestaedt, ed.), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lebrecht, N. (1997). *The Maestro myth*. Londres: Pocket Books.
- Legendre, P. (2005), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique* (2da. ed.), París: Éditions du Seuil.
- Livingston, P. (2007), *Art and intention*. Oxford: Oxford University Press.

- Maclean, I. (1992). *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Marmor, A. (2001). *Positive law and objective values*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory* (2da. ed.). Oxford: Hart Publishing.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of law*. Princeton: Princeton University Press.
- Montaigne, Michel de (2007). *Les essais*. (Jean Balsamo, Michel Magnien y Catherine Magnien-Simonin eds.). París: Gallimard.
- Moore, G. E. (1962). *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nuttall, A. D. (2007). *Shakespeare the thinker*. New Haven: Yale University Press.
- Platón (1999). *Las leyes* (3ra. ed., trad. J. M. Pabón y M. Fernández-Galiano). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Platón (2010). *Crátilo*, en *Platón I* (José Luis Calvo, trad.). Madrid: Gredos.
- Pocock, John G. A. (1975). *The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic tradition*. Princeton: Princeton University Press.
- Prodi, P. (2008). *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (Trad. L. Padilla López). Buenos Aires: Katz Editores.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice* (ed. rev.), Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Raz, J. (1990). *Practical reasons and norms* (2da. ed.). Princeton: Princeton University Press.
- Raz, J. (2009), *Between authority and interpretation. On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosler, A. (2011a). Reasonableness, thy name is nature. *Jurisprudence*, 2, 529-545.
- Rosler, A. (2011b). El constitucionalismo político de Carl Schmitt. En AA.VV., *Cuadernos de derecho constitucional* (pp. 17-54). Buenos Aires: Hydra.
- Shakespeare, W. (1982). *Troilus and Cressida*. (Kenneth Muir ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Steiner, G. (2017). *A Long Saturday. Conversations* (Laura Adler ed.). Chicago: The University of Chicago Press.
- Wagner, R. (1997). *Die Walküre*. (Trad. R. Sabor). Londres: Phaidon.
- Zaffaroni, E. (1980). *Tratado de Derecho Penal. Vol. 1* (1ra. ed.), Buenos Aires: Ediar.

Políticas públicas de cara al futuro: ¿Fin del Régimen de Promoción de la Industria del Software?

Delfina Chain¹

Resumen

El inminente vencimiento del Régimen de Promoción de la Industria del Software con posible fecha de finalización en diciembre del 2019 plantea un nuevo escenario en la Industria del Software local. Previo a su fecha de finalización y ante sus implicancias, en un contexto político y económico actual sustancialmente distinto a aquel cuando el mismo se impulsó, se buscará exponer la temática para su respectivo debate. El objetivo del presente artículo será mostrar la importancia y necesidad de apoyar a la Industria del Software mediante diversos mecanismos de política pública y especialmente mediante la continuidad del Régimen de Promoción de la Industria del Software, no sólo como herramienta para aumentar la competitividad de la Industria en particular, sino como apoyo a la transformación digital que nos permitirá posicionar a la Argentina ante los desafíos planteados por la era digital.

Para ello, se analizará la ley vigente y los programas complementarios de promoción, y se presentarán datos estadísticos que mostrarán el impacto generado por el Régimen de Promoción y por la inversión en tecnología. Al mismo tiempo, se analizarán casos de éxito a nivel mundial y se evaluarán factores claves y necesarios para el desarrollo de la Industria de Software Argentina a considerar al iniciar una posible nueva etapa de Promoción a la Industria.

Abstract

The imminent expiration of the Software Industry Promotion Regime with possible finalization in December 2019 poses a new scenario in the local Software Industry. Prior to its culmination and due to its implications, in a current political and economic context substantially different from that when it was promoted, we will seek to expose the theme for its respective debate. The objective of this article will be to show the importance and need to support the Software Industry through various public policy mechanisms and especially through the continuity of the Software Industry Promotion Regime, not only as a tool to increase the competitiveness of the Industry in particular, but to support the digital transformation that will position Argentina against the challenges presented by the digital age.

For this purpose, the current law and complementary promotion programs will be analyzed. At the same time, statistical data will be presented to show the positive impact generated by the Promotion Regime and by investment in technology. Moreover, global success cases will be introduced, and key factors will be evaluated for the development of the Argentine Software Industry. Factors that should be considered before a possible new instance of promotion of the Software Industry.

¹ Abogada Cum Laude Universidad de San Andrés. Consultora en materia de Tecnología y Ciberseguridad para organismos públicos y privados.

Políticas públicas de cara al futuro: ¿Fin del Régimen de Promoción de la Industria del Software?

El inminente vencimiento del Régimen de Promoción de la Industria del Software adoptado originalmente mediante Ley 25.922, con posible fecha de finalización en diciembre del 2019 plantea un nuevo escenario en la Industria del Software local. Previo a la fecha de finalización y ante sus implicancias, en un contexto político y económico actual sustancialmente distinto a aquel cuando el mismo se impulsó, resulta menester un profundo análisis y debate entre los distintos actores involucrados respecto a su posible continuidad.

Realizada esta breve introducción, es que plantearé la pregunta central de este análisis ¿Resulta conveniente y necesaria la continuidad de un Régimen de Promoción de la Industria del Software en Argentina? El objetivo de este artículo será mostrar la importancia y necesidad de continuar con el mismo, no sólo como herramienta para aumentar la competitividad de la Industria en particular, sino como apoyo a la transformación digital que nos permitirá posicionar a la Argentina ante los desafíos planteados por la era digital.

Para ello, el análisis será planteado en cinco secciones. En una primera sección “Políticas públicas en una industria de alto impacto”, se desarrollará la relación entre el Estado y las políticas públicas, se presentarán diferentes conceptos de políticas públicas y sus posibles clasificaciones, ofreciendo un marco teórico para el análisis específico a desarrollarse en las siguientes secciones. Al mismo tiempo se buscará mostrar porque se considera a la industria de la tecnología, y específicamente del software como una industria de “alto impacto”. Se hará referencia a estudios realizados y se mencionarán aspectos positivos generados por la industria del software que han sido identificado a lo largo de estos años.

En la segunda sección se describirá y analizará la ley de software y el desarrollo de la legislación y programas complementarios en materia de promoción de la Industria.

En la tercera sección se buscará mostrar mediante datos estadísticos: el crecimiento de la industria del software, su relación con la aplicación del Régimen de Promoción de la Industria del Software, el impacto generado en el empleo y sus implicancias a nivel

costo fiscal. Es decir, se buscará a través de distintos datos mostrar como la Ley de Software contribuye al desarrollo tecnológico Argentino.

En una cuarta sección, se presentará el “Modelo Oval” para Naciones exportadoras de Software y se hará referencia a tres casos de éxito a nivel mundial en el desarrollo de la industria del Software para exportación: Irlanda, Israel e India.

Por último, a modo de conclusión, en la quinta sección se evaluarán próximos focos y objetivos a desarrollar en una nueva instancia de Promoción de la Industria y se presentará proyecto presentado por senadores para la continuidad del Régimen de Promoción de la Industria del Software.

I) Políticas públicas en una industria de alto impacto

En una situación a nivel país en el cual la economía exige un importante ajuste en los gastos, resulta necesario evaluar con especial atención qué regímenes de promoción ameritan continuidad. Más específicamente, qué industrias prueban hacer un uso eficiente de dichos regímenes, creando mayor valor de aquellos costos acarreados por su promoción.

Antes de realizar una evaluación respecto al régimen de promoción de la industria del software es menester hacer hincapié en ciertos conceptos teóricos que servirán de marco contextual para el presente análisis. En primer lugar, surge como íntimamente ligado a un régimen de promoción el término “*política pública*”. Como primera aproximación al concepto de política pública cabe destacar la sucinta pero muy clara definición elaborada por Thomas Dye “Todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer”¹ Esta definición de política pública adquiere resonancia al considerar el no accionar, por parte de un gobierno, como política pública. Más específicamente y teniendo en cuenta el objetivo del presente análisis, cabe considerar a los autores Melo y Rodríguez quienes definen a las “*políticas de desarrollo productivas*” como “políticas tendientes a fortalecer la estructura productiva de un país. Incluyen cualquier medida, política o

¹ Estévez, Alejandro. “Políticas públicas como dominio de estudios”, *Revista Venezolana de Gerencia* 20, no. 72, (2015) 583: disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/290/29044047001.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

programa tendiente a mejorar el crecimiento y la competitividad de grandes sectores (industria, agricultura, servicios); sectores específicos (textiles, software, etc); o el crecimiento de ciertas actividades (I&D y otras actividades de innovación, exportaciones, IED, Encadenamientos productivos)”² Por último, y teniendo en cuenta la confirmación de la producción de software como actividad industrial, resulta elocuente ahondar en el concepto de “*políticas industriales*” como “el paquete de medidas que determina el Estado, buscando desarrollar industrias o sectores industriales, con el objetivo claro de aportar al crecimiento de la economía, a la generación de fuentes de empleo, a la ampliación del mercado y sobre todo a la acumulación de excedentes que posibiliten el aumento de la inversión productiva en un país”³

Presentadas dichas definiciones, resulta necesario identificar las distintas clasificaciones, para ello se tomarán las clasificaciones abordadas por Dughera, Ferpozzi y otros.⁴ En primer lugar, se pueden clasificar en horizontales que impactan a todos los sectores económicos, u verticales que están dirigidas un subsector específico. Las políticas industriales tienden a ser clasificadas como verticales. Una segunda clasificación puede darse en términos del objeto al que estimulan. Así, hay políticas industriales que buscan incentivar la oferta, la producción de un bien o servicio, y otras que buscan incentivar la demanda, mediante la estimulación del consumo de determinados bienes o servicios. Por último, los autores refieren a las políticas industriales de coordinación de agentes económicos, ya sea mediante la presencia u ausencia de intervención por parte del Estado.

De este modo con las definiciones abordadas y los tipos de clasificación de políticas presentadas es que se buscará analizar el Régimen de Promoción de la Industria del Software como política industrial vertical, que por las características intrínsecas de

² González, Ricardo Monge, “Importancia de las Políticas de Desarrollo Productivo (PDPs)” (Ponencia presentada en Seminario Ecoanálisis Comercio Exterior. Hotel Intercontinental. San José 26 de marzo 2014).

³ Oliveros, Gustavo Ortega. “Algunos conceptos de política industrial” *Revista Semestre Económico*, 2, no 4 (1999). Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/viewFile/1434/1519> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

⁴ Dughera, Lucila; Ferpozzi, Hugo; Gajst, Natalia; Mura, Nahuel; Yannoulas, Mario; Yansen, Guillermina; Zukerfeld, Mariano, “Una aproximación al subsector del Software y Servicios Informáticos (SSI) y las políticas públicas en la Argentina” (Ponencia presentada en 10 Simposio sobre la Sociedad de la Información, La Plata, Argentina, agosto 2012)

dicha industria y las externalidades generadas en otras industrias, tiene cierto grado de horizontalidad. Por otra parte, a lo largo del análisis se verá como el Estado puede adoptar mediante su presencia la coordinación de agentes económicos e incentivar la industria ya sea mediante la demanda u la oferta.

El Régimen de Promoción de la Industria del Software: ¿Política industrial vertical?

Laura Sallstrom y Robert Damuth sostienen y han probado en “El Papel Fundamental de la Industria del Software en el Crecimiento Económico”⁵ que los países con economías sub invertidas en capital de tecnología de la información (TI) tienen menores niveles de productividad. Y que, las inversiones en TI y la acumulación de capital de TI generan un aumento en el PIB⁶ y de la productividad. Los autores desarrollaron un modelo, con datos desde el año 1992 hasta el 2000 de 29 países, en el que buscaron cuantificar el impacto de la acumulación de capital de TI. La fórmula utilizada se indica a continuación:

$$\begin{aligned} \text{Ln (PIB}_{\text{País } i, \text{ Año } t}) = & \text{ Constante} & + \beta_1 \text{ Ln (Capital de TI}_{\text{País } i, \text{ Año } t}) \\ & & + \beta_2 \text{ Ln (Otro Capital}_{\text{País } i, \text{ Año } t}) \\ & & + \beta_3 \text{ Ln (Horas de Mano de Obra}_{\text{País } i, \text{ Año } t}) \\ & & + \text{Otros factores} \end{aligned}$$

Tabla 1

Impacto estimado del capital y la mano de obra sobre el PIB

Factor de producción	Todos los países [a]	Países con un mayor % de capital de TI [b]	Países con un menor % de capital de TI [c]
Capital de TI	0,955	1,883	0,562
Otro capital	2,486	0,636	4,634
Mano de obra	4,621	6,443	2,706

Nota: Los valores indican el cambio porcentual en el PIB por cada 10% que se modifica alguno de los factores de producción, manteniendo los otros dos factores fijos

a. Todos los impactos son significativos al nivel del 1%.

b. El impacto de la mano de obra y del capital de TI es significativo al 1%. El impacto del capital no-TI no es significativo al nivel del 10%.

⁵ c. El impacto del capital de TI es significativo al nivel del 5%. El impacto del capital no-TI es significativo al nivel del 1%. El impacto de la mano de obra es significativo al nivel de 10%.

^f Fuente: Nathan Associates Inc.

por primera vez el 10 de junio de 2010)

⁶ Producto Interno Bruto

El modelo, tal como lo muestra la tabla, indica que el impacto que ejerce el capital de TI sobre el PIB es positivo y significativo en todos los países. Los resultados del estudio indican que por cada 10% de aumento en el capital de TI, el PIB se eleva un 0,955%. Al aumentar la medida en que los países acumulan capital de TI, aumenta el impacto que ejerce el capital de TI sobre el PIB. Los resultados arrojaron que en los países subinvertidos en capital de TI (C), por cada 10% de aumento en el capital de TI, el PIB se eleva un 0,562%. Mientras que, en los países con un mayor porcentaje de capital de TI por cada 10% de aumento en el capital de TI, el PIB se eleva un 1,883%. Por último el estudio indicó que aún con pequeños aumentos en la inversión en capital de TI es posible incrementar de manera efectiva el PIB.

Por otra parte, los autores han demostrado que las inversiones en hardware⁷ y software difieren según el grado de capital total invertido en TI del país. En aquellos países con menores inversiones totales en TI, se invierte más en hardware y una menor proporción en software, mientras que en aquellos países con mayores inversiones en TI la proporción invertida en software aumenta.

El rol de las nuevas tecnologías y su impacto en la economía ha sido advertido por organizaciones, analistas y creadores de políticas públicas, tal es el grado de efecto positivo en aquellos países que han sabido fomentar el uso de nuevas tecnologías que el World Economic Forum también ha identificado una correlación entre la inversión en digitalización, el aumento del PIB y el descenso de la desocupación. El World Economic Forum⁸ señala que un aumento del 10% en la digitalización de un país genera un crecimiento del 0.75% en el PIB per cápita. Y que un aumento de 10 puntos en el índice de digitalización, lleva a un descenso de 1.02 % en las tasas de desempleo.

⁷ Hardware: Hace referencia a todos los componentes materiales y físicos de un dispositivo, es decir, aquellos que se pueden ver y tocar.

Software: Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas que el equipo requiere para funcionar. Valor Top. “¿Qué es hardware y software? Definición y diferencias”. Disponible en <http://www.valortop.com/blog/que-es-hardware-y-software-definicion-y-diferencias> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

⁸ Karim Sabbagh, Roman Friedrich, Bahjat El- Darwiche, Miling Singh, Alex Koster. “Digitization for Economic Growth and Job Creation: Regional and Industry Perspectives” *The Global Information Technology Report 2013 World Economic Forum*, disponible en http://www3.weforum.org/docs/GITR/2013/GITR_Chapter1.2_2013.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Diversos son los índices y estudios que muestran el impacto positivo, a nivel de productividad y competencia de la digitalización. Pero más allá de los impactos puntuales y cuantitativos, la transformación digital debiera entenderse no sólo como una herramienta para alcanzar dichas metas cuantitativas, sino como un proceso imprescindible para la supervivencia de un país que quiere estar a la altura de los desafíos planteados por lo que hoy se denomina 4ta Revolución Industrial.

Específicamente en referencia al objeto del presente análisis, la Industria del Software, debe estudiarse como medio, no sólo para la generación de empleos de calidad y mejora de la competitividad, sino para transformar transversalmente todas las industrias que hacen a la economía permitiendo a la Argentina enfrentar y aprovechar los desafíos que conlleva esta nueva Revolución Industrial. Es decir, el Estado al fomentar el Régimen de Promoción de la Industria del Software, pareciera estar implementando una política industrial vertical, con foco en una industria en particular, cuando si se ahonda en las características intrínsecas de la industria del software y en las externalidades generadas por la misma, se puede observar que dicha política tiene una gran cuota de horizontalidad.

Tal como se desarrolló en el Foro de Software y Servicios Informáticos (2005) por diversas razones la Industria del Software y Servicios Informáticos prueba ser una Industria que amerita ser respaldada por los gobiernos de aquellos países que aspiran un desarrollo sostenible a largo plazo.

A lo largo de los años, la Industria del Software y los Servicios Informáticos ha probado ser la responsable de grandes externalidades sobre otras industrias al generar mayores niveles de eficiencia y productividad, reducción de costos, niveles de calidad superiores, y una mejora generalizada de la competitividad ante el mundo. Al mismo tiempo, es una industria de alto valor agregado, que crea empleos de alta calidad con salarios por encima de la media. Por otra parte, la industria del software puede ser utilizada como medio para lograr incrementar el comercio internacional aumentando las divisas disponibles mediante la exportación de servicios y/o productos. Por último, y como parte del objeto del presente estudio, la industria del software está probando ser una gran oportunidad con potencial a largo plazo para países en desarrollo.

II) Ley de Promoción a la Industria del Software y normativa complementaria

El 4 de diciembre del 2003, fue sancionada la Ley N 25.856 que establece que “la actividad de producción de software debe considerarse como una actividad productiva de transformación asimilable a una actividad industrial a los efectos de la percepción de los beneficios impositivos, crediticios y de cualquier otro tipo que se fijen para la industria por parte del Gobierno Nacional”.

El 18 de agosto del 2004 es sancionada la ley N 25.922 que implementó el Régimen de Promoción de la Industria del Software cuya finalidad era impulsar la creación e implementación de Software a través de importantes beneficios impositivos. Dicho Régimen tenía una vigencia original de diez años, pero en agosto del 2011 mediante la Ley N 26.692, reglamentada por el Decreto N 1315/13 en septiembre del 2013, fue extendido hasta el 31 de diciembre del 2019.

En primer lugar, la normativa define *software* como “la expresión organizada de un conjunto de órdenes o instrucciones en cualquier lenguaje de alto nivel, de nivel intermedio, de ensamblaje o de máquina, organizadas en estructuras de diversas secuencias y combinaciones, almacenadas en medio magnético, óptico, eléctrico, discos, chips, circuitos o cualquier otro que resulte apropiado o que se desarrolló en el futuro, previsto para que una computadora o cualquier máquina con capacidad de procesamiento de información ejecute una función específica, disponiendo o no de datos, directa o indirectamente”⁹

Para acceder al Régimen de Promoción de la Industria del Software la ley exige una serie de requisitos:

- Más del 50% de la facturación anual total debe representar las actividades promovidas.
- Más del 50% de los empleados totales anuales de la empresa deben encontrarse afectados a las actividades promovidas, y

⁹ Ley 25.922. Ley de Promoción de la Industria del Software. B.O. 09/09/04

- Más del 50% de la masa salarial anual debe representar a los empleados afectados a las actividades promovidas.

Al mismo tiempo, el Régimen exige que los beneficiarios cumplan al menos 2 de las 3 siguientes condiciones:

- Acreditar gastos en actividades de investigación y desarrollo de software. Se considerará que se realizan actividades de Investigación y desarrollo de software cuando los gastos anuales efectivamente realizados a tal fin representen como mínimo el 3% del gasto total anual de las actividades definidas. Y a partir del 2016, dicho porcentual se modificó según el tipo de empresa (micro, PyMES y Grandes), aumentándose el grado de exigencia. Esta última modificación fue realizada mediante el Decreto 1315/2013.
- Acreditar la inscripción de una norma de calidad reconocida aplicable a los productos o procesos de software, o el desarrollo de actividades tendientes a la obtención de la misma.
- Realización de exportaciones de software. Se entendía como que habían exportaciones de software y servicios informáticos cuando las ventas anuales totales de las actividades realizadas al exterior por el beneficiario representen como mínimo el 8% de las ventas anuales totales. Dicha condición se modificó a partir del 2016. Actualmente el beneficiario debe cumplir con los niveles establecidos por tipo de empresa (micro, PyMES, Grandes). Los niveles exigidos aumentan cada año para cada tipo de empresa.

Por otra parte, resulta importante destacar que el Régimen excluye como actividades promovidas las de autodesarrollo de software, es decir aquel software realizado para su propio uso o para el uso por parte de empresas vinculadas societaria y/o económicamente. No se considera autodesarrollo al desarrollo de software que se elabore para ser incorporado en procesadores, aún cuando su incorporación en un bien físico sea realizada por empresas vinculadas societaria y/o económicamente al desarrollador del software, siempre que el usuario final del bien no posea vínculos societarios y/o económicos con el desarrollador del software.

Los beneficiarios del Régimen deberán inscribirse en el Registro Nacional de Productores de Software y servicios informáticos dependiente de la Secretaría de Industria del Ministerio de Producción.

Los beneficios impositivos otorgados por el Régimen serán aplicados respecto de los ejercicios generados con posterioridad a la inscripción otorgada por la Autoridad de Aplicación debidamente publicada en el Boletín Oficial. Los mismos constan de:

- Estabilidad fiscal: Por el término de la vigencia del marco promocional. La estabilidad fiscal alcanza a todos los tributos nacionales, (impuestos directos, tasas y contribuciones impositivas). La estabilidad fiscal significa que los beneficiarios no podrán ver incrementada su carga tributaria total nacional a partir de su inscripción en el registro de beneficiarios del Régimen de Promoción de la Industria del Software. Dicho régimen no alcanza a los derechos de importación y exportación ni a los reintegros a las exportaciones.
- Bono de Crédito Fiscal: Los beneficiarios podrían convertir en un bono de crédito fiscal intransferible hasta el 70% de las contribuciones patronales que hayan efectivamente pagado sobre la nómina salarial total de la empresa con destino a los sistemas y subsistemas de seguridad social. Los beneficiarios podrán utilizar dichos bonos para la cancelación de tributos nacionales que tengan origen en la industria del software, en particular el impuesto al valor agregado y otros impuestos nacionales y sus anticipos, en caso de proceder, excluido el impuesto a las ganancias. Sin perjuicio de ello, los beneficiarios podrán aplicar dichos bonos de crédito fiscal para la cancelación del impuesto a las ganancias únicamente en un porcentaje no mayor al porcentaje de exportación informado por los mismos en carácter de declaración jurada, conforme a las condiciones establecidas por la autoridad de aplicación. Por otra parte, el bono de crédito fiscal establecido no será computable para sus beneficiarios para la determinación de la ganancia neta en el impuesto a las ganancias.
- Desgravación del 60% en el monto total de impuesto a las ganancias correspondientes a las actividades promovidas determinado en cada ejercicio.

Dicho beneficio será aplicable a las ganancias de fuente argentina como las de fuente extranjera.

- Los beneficiarios no serán sujetos pasibles de retenciones ni percepciones del impuesto al valor agregado.

Una vez inscriptos y otorgados los beneficios, anualmente las empresas deben cumplir una serie de requisitos:

- Cumplir las 3 exigencias de superar en un 50% los índices de facturación, masa salarial, y empleados abocados a la actividad promovida.
- Cumplir y mantener al menos dos de las tres condiciones (exportaciones, certificaciones, gastos en investigación y desarrollo)
- Al tercer año computado a partir de la fecha de publicación en el Boletín Oficial del acto administrativo que la declara inscripta en el Registro Nacional de Productores de Software y Servicios Informáticos, el beneficiario deberá presentar el certificado que acredite la obtención de la certificación de calidad.
- Mantener como mínimo la cantidad total anual de personal en relación de dependencia registrado al momento de presentación.
- Acreditar el cumplimiento del requisito de gastos de Investigación y Desarrollo conforme a las escalas exigidas según el tipo de empresa.
- Deber de informar cambios sustanciales a las condiciones informadas al momento de inscripción.
- Deber de presentar informe de cumplimiento anual.
- Deber de abonar el 7% del monto del Bono de Crédito Fiscal obtenido mensualmente, en concepto de Tasa de verificación y control.
- Anualmente se llevarán a cabo auditorías que evaluarán los niveles de cumplimiento técnicos y contables por parte de los inscriptos.

Cabe destacar que, la Ley de Promoción de la Industria del Software 25.992 no sólo estableció un mecanismo de beneficios impositivos y/o fiscales sino que también creó el

Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software conocido como FONSOFT.

El mismo está integrado por:

- 1) recursos anualmente asignados mediante la de presupuesto
- 2) ingresos por las penalidades previstas ante incumplimiento de la ley
- 3) ingresos por legados o donaciones
- 4) fondos provistos por organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales.

El Fondo se crea con el fin de financiar:

- 1) Proyectos de investigación y desarrollo relacionadas a la industria del software
- 2) Programas de nivel terciario o superior para la capacitación de recursos humanos
- 3) Programas para la mejora en la calidad de los procesos de creación, diseño, desarrollo y producción de software.
- 4) Programas de asistencia para la constitución de nuevos emprendimientos.

Cabe destacar, que la ley fija un orden de preferencias en la asignación de financiamiento. Tienen prioridad quienes:

- a) se encuentren radicados en regiones del país con menor desarrollo relativo
- b) registren en Argentina los derechos de reproducción de software
- c) generen mediante los programas mencionados un aumento cierto y fehaciente en la utilización de recursos humanos
- d) generen mediante los programas promocionados incrementales de exportación
- e) adhieran al régimen de promoción.

Actualmente el FONSOFT tiene diversos instrumentos de promoción.

- 1) Becas: con el fin de fomentar el espíritu emprendedor y reducir la deserción del alumnado.
- 2) Subsidios a emprendedores

- 3) Aportes No Reembolsables para cofinanciar proyectos de innovación tecnológica realizados por micro, pequeñas y medianas empresas a través de subvenciones que cubren un porcentaje del costo del proyecto.
- 4) ANR FONSOFT I+D: Tiene como objetivo financiar parcialmente y hasta la etapa precompetitiva proyectos de Investigación y Desarrollo de procesos de software, productos, servicios, sistemas y soluciones en tecnología y/o telecomunicaciones, que contemplen la formulación completa de un producto o proceso original y su materialización en un prototipo. Este mecanismo de promoción se encontraría en proceso de redefinición.
- 5) Crédito Exporta (CE) Otorga financiamiento a través de créditos para la iniciación o consolidación de la actividad exportadora de empresas PyMES dedicadas a la producción de software.
- 6) ANR FONSOFT Internacional (ANR INT) Financia parcialmente proyectos que tengan como meta mejorar las estructuras productivas y la capacidad innovadora de las empresas PyMEs productoras de bienes y servicios del área de Software y Servicios Informáticos.
- 7) ANR FONSOFT Capacitación: Brinda financiamiento parcial a proyectos de formación continua del sector de Software y Servicios Informáticos

Aquí es menester destacar la ya existencia del Fondo Argentino Tecnológico, FONTAR¹⁰, que data desde 1994, y cuyo fin es apoyar proyectos de mejoramiento de la productividad del sector privado a través de la innovación tecnológica.

Resulta interesante analizar las primeras leyes 25.856 y 25.922 comprendiendo el contexto bajo el cual fueron sancionadas. Ambas, surgieron mientras se desarrollaba el programa “Foros de Competitividad Industrial de las Cadenas Productivas” lanzado por el Ministerio de Economía y Producción de la Nación en noviembre del 2003 mediante

¹⁰ Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica. “Consolidando la producción y el desarrollo nacional a través de la innovación tecnológica” Disponible en <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fontar> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

la Resolución No 148/2003 de la Secretaría de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa (SICPyME).

El Programa consistió en convocar a los principales actores de cadenas de valor en orden de canalizar las distintas políticas para el desarrollo industrial sectorial y regional y el crecimiento de las exportaciones con el objetivo de a) Incrementar la agregación de valor y el valor total de la oferta exportable hacia el resto del mundo desde todos los eslabones de cada cadena productiva. b) Aumentar la sustitución competitiva de importaciones.

El Foro de Software y Servicios Informáticos (SSI) sirvió como espacio de debate y negociación entre los distintos actores de la industria. Participaron agentes del ámbito público, privado, académico, y miembros de cámaras y asociaciones. Estuvo comprendido por distintos grupos de trabajo que se especializaron en diversas materias puntuales, Recursos Humanos; Investigación y Desarrollo (I&D); Mercados Internos/Observatorio de Oferta y Demanda de TICs; Mercados Externos/Exportaciones; Calidad; Financiamiento e inversiones; Propiedad Intelectual y Software Libre/Marco Jurídico; Estado y Desarrollo del Software y Software Embebido e Industria Electrónica. Cada grupo identificó las principales problemáticas encontradas, y posibles alternativas para su superación. Los grupos trabajaron en reuniones realizadas en la sede de los organismos nacionales a cargo de las políticas específicas para cada ámbito particular. Ello habría facilitado la comunicación y vinculación con los organismos públicos encargados de ejecutar las políticas públicas requeridas. Al mismo tiempo, se realizaron Foros regionales en las ciudades de Rosario, Córdoba, Neuquén, Bahía Blanca, Tandil y Jujuy.

Más allá de los resultados concretos de dicho Foro, y las necesidades puntuales identificadas por cada grupo de trabajo, que serán analizadas en otra sección, es menester entender el contexto bajo el cual se sancionaron ambas leyes en materia de Promoción de la Industria del Software. Ante la falta de una estrategia nacional a largo plazo y de la iniciativa de sus principales actores, se reconoce la necesidad de generar políticas públicas específicas. Fueron los actores involucrados, públicos y privados, que establecieron un espacio de discusión y construcción respecto al establecimiento de estrategias para el desarrollo de la industria.

Tal como afirma Barbara Couto, “Además de contener en su diseño metas vinculadas con exportaciones, su exitosa operatoria se debe a una eficaz interacción entre sector público y privado. Esta vinculación entre actores estatales y económicos se da desde la etapa de prediseño del programa, involucrando al sector en la gestión misma de la política. Más que un modelo de intervención se asemeja a un modelo de interacción entre partes”¹¹

Al mismo tiempo, resulta importante destacar que el sistema establecido por el Régimen con objetivos y plazos específicos para su cumplimiento, definidos entre los actores hace del mismo un modelo a replicar. La obtención de los beneficios fiscales y de promoción, dependerá de la capacidad de cada empresa de estar a la altura de las exigencias establecidas por el Régimen, que van aumentando con el correr de los años. El establecimiento de nuevos objetivos y exigencias acorde a las nuevas necesidades del mercado, debiera tenerse en cuenta a la hora de definir una posible extensión del Régimen de Promoción de la Industria del Software.

Bajo dicho contexto, y ante las necesidades imperantes de la Industria es que se aprueban ambas leyes en materia de Promoción de la Industria del Software, y se fija como objetivo conjunto: “*Convertir a la Argentina en 10 años en un líder destacado, dentro de los países no centrales, en materia de Tecnologías de la Información*”

Pero, no todas las instancias del proceso evolutivo aún en desarrollo, fueron positivas. En primer lugar, cabe señalar que luego de la sanción de la ley 26.692 que extendió el régimen hasta diciembre del 2019, recién en el año 2013 se aprobó su reglamentación. Por otro lado, el trámite para la aprobación de inscriptos al régimen demoraba 1 año y medio, tornándose sumamente burocrático y complejo para las empresas interesadas en alcanzar su adhesión. Recién en el 2016, con el objetivo de simplificar los procesos y aumentar la cantidad de inscriptos, se redujo dicho período a 4 meses. A su vez, se

¹¹ Couto, Bárbara. “Desafíos para el Estado y los actores empresarios en la definición e implementación de la política industrial en Argentina” *Documento de Investigación Social UNSAM* 11 (2010) Disponible en http://www.unsam.edu.ar/institutos/idaes/docs/DocIS_11_Couto.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

digitalizó toda la presentación de documentación¹². El resultado de dichas mejoras fue evidente, en un año se adhirieron 155 empresas, pasando de 160 empresas adheridas en el 2015 a 315 en el 2016. Actualmente hay más de 400 empresas inscriptas en el Régimen de Promoción de la Industria del Software.

III) La evolución de la Industria del Software en datos

Pasados diez años desde el acuerdo en el que se fija convertir a la Argentina en un líder destacado en materia de Tecnologías de la Información, y ante el inminente vencimiento del régimen de promoción de la industria del software resulta menester cuantificar la evolución a lo largo de estos años de la industria presentando los distintos datos disponibles del sector. Para evaluar el desempeño de la industria se presentaron una serie de indicadores claves: empleo, exportaciones y ventas. Los gráficos forman parte del Reporte 2017 del Observatorio Permanente de la Industria del Software y Servicios Informáticos¹³, para su realización el OPSSI realizó una encuesta a 153 empresas del sector SSI. El 58% de las empresas que participaron en la encuesta percibió beneficios dentro del Régimen de Promoción del Software.

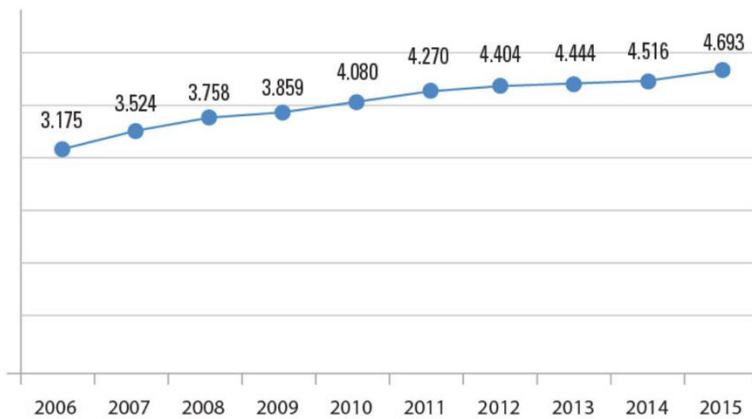
El siguiente gráfico muestra como ha aumentado a lo largo de estos años la cantidad de empresas en el sector SSI.

Gráfico 1

¹² “Acceder a los beneficios de la ley de Promoción de Software”, Ministerio de Producción, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/acceder-los-beneficios-de-la-ley-de-promocion-de-software> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

¹³ “Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017”, Observatorio Permanente de la Industria del Software y Servicios Informáticos, disponible en <http://www.cessi.org.ar/opssi> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Cantidad de empresas SSI (empresas con trabajadores asalariados registrados en actividad) 2006-2015



Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI con datos del Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial MTEySS

Gráfico 2

Evolución anual de ventas totales (en millones de Pesos corrientes), ingresos desde el exterior (en millones de Pesos corrientes) y empleo (en miles de empleados registrados) del sector de Software y Servicios Informáticos - 2008-2017



* Dato de empleo al 3er. trimestre

Fuentes:

- Ventas: Elaboración propia en base a relevamiento OPSSI.

- Ingresos desde el exterior: INDEC - Balanza de pagos - Cuenta Corriente Servicios

- Empleo: Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial - Ministerio de Trabajo – Boletín de Empleo Registrado

Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

Gráfico 3

Evolución anual de ventas totales (en millones de USD), ingresos desde el exterior (en millones de USD) y empleo (en miles de empleados registrados) del sector de Software y Servicios Informáticos - 2008-2017



* Dato de empleo 2017 al 3er. trimestre. El OEC (Observatorio de la Economía del Conocimiento - Ministerio de Producción), en base a la EPH, estima que los trabajadores no registrados son un 10% del total, por lo que el total del empleo (registrado + no registrado), ascendería en 2017 a 107.100 trabajadores.
 Fuentes: - Ventas: Elaboración propia en base a relevamiento del OPSSI.
 - Ingresos desde el exterior: INDEC - Balanza de pagos - Cuenta Corriente Servicios
 - Empleo: Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial - Ministerio de Trabajo – Boletín de Empleo Registrado

Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

Los gráficos 2 y 3 muestran datos objetivos de los efectos positivos en los que la Ley ha contribuido para el crecimiento y desarrollo, de la industria del software y del país. A través de ambos gráficos es posible visualizar un sostenido aumento en el nivel de ventas, en las exportaciones y fundamentalmente en el indicador empleo.

Respecto al indicador empleo, es menester analizarlo no solo en términos cuantitativos sino también cualitativos. Resulta fundamental destacar que el 90% de los trabajos creados por la industria del SSI son registrados. Dicho dato adquiere especial relevancia cuando se tiene en cuenta que la tasa de empleo informal de la argentina total es del 34%.¹⁴ Es decir, la industria del SSI muestra un alto grado de formalidad. Por otra parte,

¹⁴ Jueguen, Francisco. “Subió el empleo informal en el país y golpea a un 34,2% de los argentinos” . La Nación, 27 de marzo de 2018. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/2120677-subio-el-empleo-informal-en-el-pais-y-golpea-a-un-342-de-los-argentinos> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

la remuneración promedio del sector SSI es 38% superior al del salario promedio del mercado.¹⁵

Al mismo tiempo resulta interesante comparar el desarrollo del empleo en la industria del SSI con aquel de otras industrias en general. Cabe destacar que el total del empleo asalariado formal creció el 56% entre 1998 y 2013, y el 83% entre el 2002 y 2013, mientras que en la industria del SSI las tasas de crecimiento fueron de 333% y 292% respectivamente.¹⁶

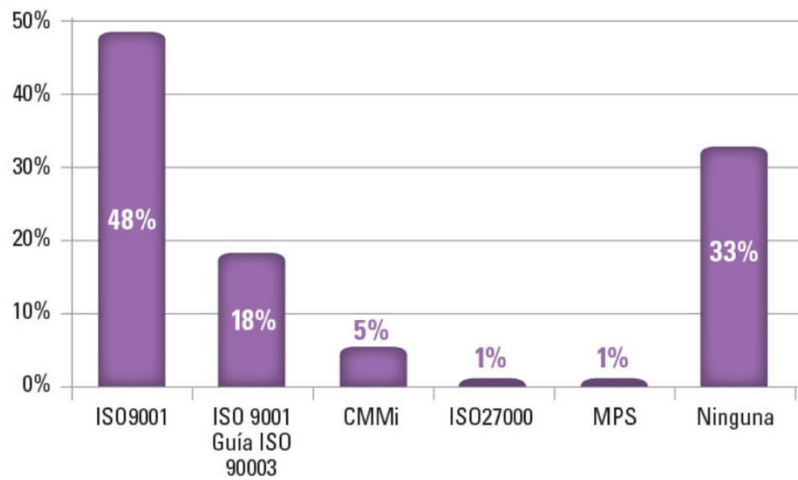
Como se ha visto el Régimen de Promoción de la Industria del Software establece entre sus requisitos la necesidad de contar con una certificación de calidad. El siguiente gráfico muestra la proporción de empresas con certificaciones de calidad a diciembre del 2017 dichos valores se explican al considerar que el 58% de las empresas encuestadas recibe algún tipo de beneficio y que para ello es necesario contar con una certificación.

Gráfico 4

¹⁵ “Informe de Servicios Basados en el Conocimiento” *Observatorio de la Economía del Conocimiento*, Mayo 2017. Disponible en <https://www.produccion.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/IOEC3-2017-05.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

¹⁶ Barletta, Florencia; Pereira, Mariano; Yoguel, Gabriel. “Impacto de la política de apoyo a la industria de software y servicios informáticos” *Centro Interdisciplinario de Estudio en Ciencia, Tecnología e Innovación*, N4. Disponible en http://www.ciecti.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/DT4-SSI_v3.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Proporción de empresas por certificación de calidad a diciembre de 2017



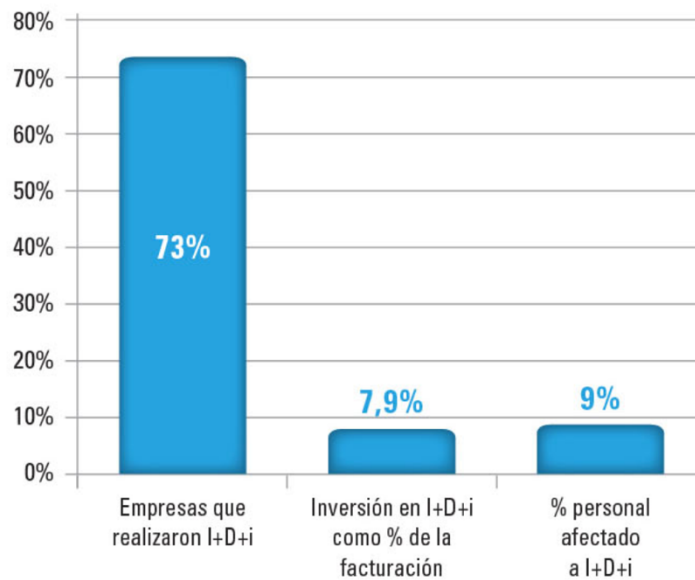
No suma 100% ya que parte de las empresas posee más de un tipo de certificación.

Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

Gráfico 5

Investigación, Desarrollo e Innovación

I+D+i - 2017



Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

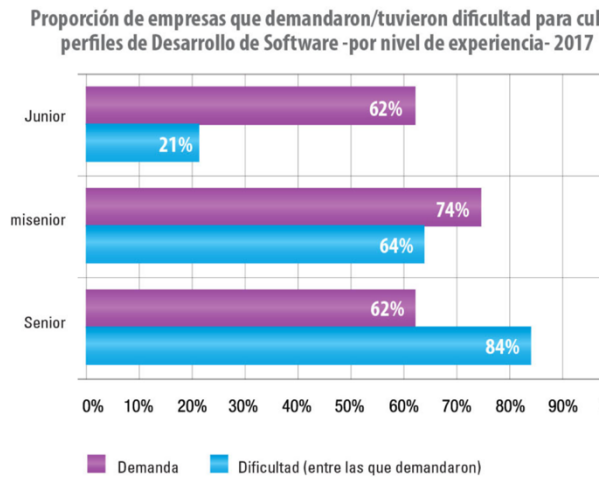
En este punto, amerita hacer hincapié en el análisis¹⁷ desarrollado por Barletta, Pereira y Yoguel, en el cual prueban que el acceso a los instrumentos de política pública aquí planteados, tiene un efecto positivo sobre el desempeño innovador y económico de las firmas de SSI. El estudio determinó que al comparar las empresas beneficiarias de aquellas no beneficiarias, las beneficiarias registraron: un mayor ratio de innovación y desarrollo sobre sus ventas, más certificaciones de calidad, y registraron un mayor nivel de vinculación con otras empresas e instituciones para complementar sus capacidades. Tal como lo sostienen en el estudio, los resultados del mismo permiten identificar un impacto positivo de los programas de promoción sobre la conducta innovadora de una empresa. Al mismo tiempo, la participación en dichos programas públicos resultó ser un factor importante en el desempeño de las empresas adheridas en los mercados internacionales.

Un factor negativo a considerar, que actualmente se presenta como una limitación al crecimiento de la industria del Software es la falta de empleo calificado para abastecer la demanda del sector. Con una tasa de desempleo anual registrada del 7,2% en el 2017, resulta importante tener en cuenta que diversas fuentes del sector sostuvieron que en la industria del software el 2017 cerró con 6.000 puestos de trabajo sin cubrir,¹⁸ y que de continuar con las presentes tasas de estudiantes en áreas vinculadas dicha brecha podría incrementarse.

¹⁷ Barletta, Florencia; Pereira, Mariano; Yoguel, Gabriel. “Impacto de la política de apoyo a la industria de software y servicios informáticos” *Centro Interdisciplinario de Estudio en Ciencia, Tecnología e Innovación*, N4. Disponible en http://www.ciecti.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/DT4-SSI_v3.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

¹⁸ “Hay 6000 vacantes sin cubrir en software”. *El Cronista*, 6 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.cronista.com/negocios/Hay-6000-vacantes-sin-cubrir-en-software-20171206-0045.html> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

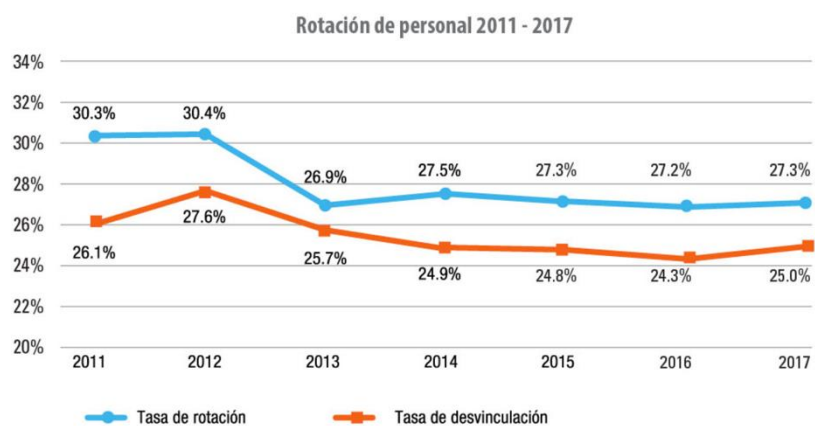
Gráfico 6



Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

La alta demanda de recursos humanos sin una oferta que la supla, explica en parte la alta tasa de rotación de empleados en la industria.

Gráfico 7

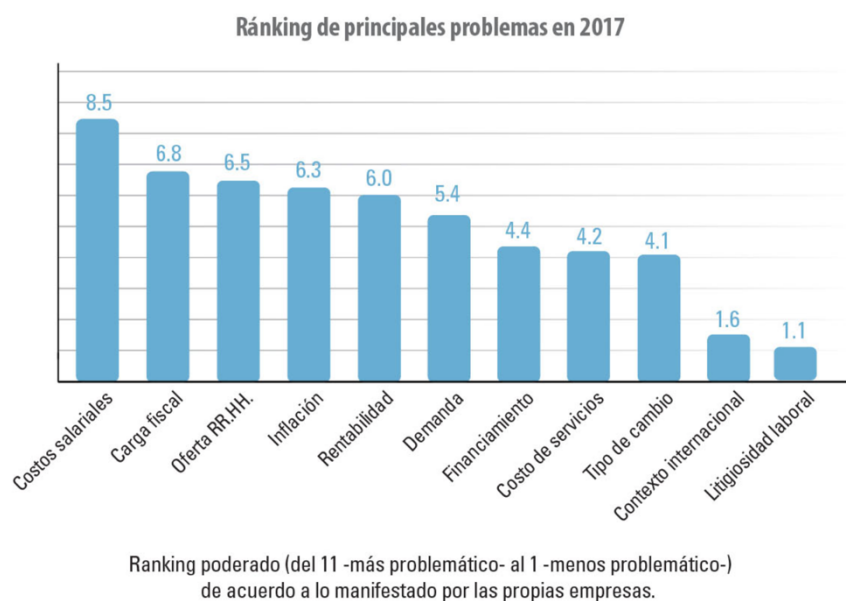


Tasa de rotación: promedio de altas y bajas del período/promedio de trabajadores al inicio y final del período.
 Tasa de desvinculación: bajas del período/promedio de trabajadores al inicio y final del período.

Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

La encuesta realizada por el OPSSI, arrojó otro resultado muy interesante a la hora de analizar la importancia del Régimen de Promoción de la Industria del Software.

Gráfico 8



Fuente: Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año 2017 OPSSI

La mayoría de las empresas encuestadas respondieron que el principal conflicto del 2017 fueron los costos salariales. Dicha información cobra especial valor al considerar el posible fin de vigencia de la Ley de Software. La Comisión de Impuestos y Seguridad Social de CESSI, indicó que en el 2020 los aportes patronales de los sueldos promovidos aumentarán 31,7%, sumado al fin de los convenios vinculados a la Ley provocaría una caída promedio del margen neto de utilidad de las empresas de 6,25 puntos, que impactaría en un descenso de los resultados netos entre un 36% y 70% dependiendo del tipo de empresa.¹⁹

¹⁹ “Plan Estratégico Federal de la Industria Argentina del Software 2018-2030” *Cámara de la Industria Argentina del Software*, 2018. Disponible en

Por último, resulta importante destacar el gasto tributario que tiene para el Estado Argentino el mantenimiento del Régimen de Promoción de la Industria siendo este de \$ 1.048 millones para el 2018, importe que equivale al 0,034% del total de la recaudación para el año 2018 (estimada en \$ 3.043.135 millones).

Tabla 2

**GASTOS TRIBUTARIOS ORIGINADOS EN REGIMENES DE PROMOCION ECONOMICA
ESTIMACIONES PARA LOS AÑOS 2016 - 2018**

GASTO TRIBUTARIO	2016		2017		2018	
	MILL. DE PESOS	% PIB	MILL. DE PESOS	% PIB	MILL. DE PESOS	% PIB
TOTAL	47.607,4	0,59	57.325,5	0,56	63.607,8	0,51
I - Promoción industrial. Decretos Nros. 2.054/92, 804/96, 1.553/98 y 2.334/06.	1.198,8	0,01	1.441,6	0,01	1.739,6	0,01
- Exención IVA compras y saldo	1.165,1	0,01	1.405,9	0,01	1.693,1	0,01
- Exención Impuesto a las Ganancias	33,7	0,00	35,7	0,00	46,5	0,00
II - Promoción no industrial. Ley N° 22.021 y Decreto N° 135/06.	5,2	0,00	4,4	0,00	3,7	0,00
XI - Régimen de promoción de la industria del software. Ley N° 25.922.	525,0	0,01	699,0	0,01	1.048,0	0,01
- Estabilidad fiscal	0,0	0,00	0,0	0,00	0,0	0,00
- Bono de crédito fiscal equivalente el 70% de las Contribuc. Patronales a la Seg. Social para el pago de impuestos nacionales	252,0	0,00	336,0	0,00	504,0	0,00
- Reducción del 60% del Impuesto a las Ganancias	273,0	0,00	363,0	0,00	544,0	0,00
- Estabilidad fiscal: exención Derechos de Exportación	0,0	0,00	0,0	0,00	0,0	0,00

Fuente: Dirección Nacional de Investigaciones y Análisis Fiscal, Secretaría de Hacienda, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Presidencia de la Nación.

IV) Exportar software: factores claves y casos de éxito

En el año 2003, el profesor Erran Carmel, analizó los factores claves para alcanzar el éxito como nuevo país exportador de software, desarrollando el “Modelo Oval”²⁰. En primer lugar, el modelo plantea la necesidad de identificar la etapa en la cual se encuentra un país existiendo 4 categorías:

- 1) Grado 1: Países con una industria de software madura y que exportan exitosamente su producción. Ejemplos: Irlanda, Israel e India.
- 2) Grado 2: Países de transición en los que la industria del software se está creciendo rápidamente, en tamaño y madurez, asimilándose a las de grado 1. Ejemplos: China y Rusia.

<http://www.cessi.org.ar/documentacion/Plan%20Estratégico%20Federal%20Red%20SSI%20-%20Mayo%202018.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

²⁰ Carmel, Erran. “The New Software Exporting Nations: Success Factors” Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/j.1681-4835.2003.tb00084.x> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

- 3) Grado 3: Países donde la exportación se realiza de manera más esporádica. Ejemplo: Argentina.
- 4) Grado 4: El resto de los países que exportan software pero no pueden competir con las empresas del mercado.

Gráfico 9

Modelo Oval



Fuente: Elaboración propia con datos de “The New Software Exporting Nations: Success Factors” Erran Carmel

El modelo de Oval plantea ocho factores importantes para el éxito de una nación al exportar software, Carmel destaca que no es necesario que todos los factores estén presentes, y que algunos hasta pueden parecer contradictorios es por ello que los muestra superpuestos, pero sí que son importantes y de preferente presencia. A continuación se profundizara sobre cada uno de ellos.

Visión y política Gubernamental

Carmel, sostiene que en aquellos países en que el software se exporta exitosamente el gobierno tuvo un rol activo para promover el desarrollo de la tecnología y la industria

del software en particular. Las políticas implementadas canalizaron los recursos en aquellos sectores considerados por los gobiernos como claves para el crecimiento del país. El gobierno puede ser proactivo facilitando e influenciando el desarrollo de las telecomunicaciones, la infraestructura, la disponibilidad de capital, el desarrollo de la industria, el capital humano, y los niveles salariales. Dada la importancia del rol y la política gubernamental en el éxito de un país como exportador de software es que Carmel coloca dicho factor en una posición central con capacidad de influir directamente sobre todos los otros factores, como lo muestra el Gráfico 9. Por otra parte Delgado y Garibotti afirman “En ningún caso, el desarrollo de la industria del software fue la consecuencia espontánea del comportamiento del mercado”²¹. He aquí, al analizar este factor como clave de éxito, es que toma especial relevancia la continuidad del Régimen de Promoción de la Industria del Software como incentivo al continuo desarrollo de una industria que, a pesar de mostrar un crecimiento significativo todavía indica tener un gran potencial y un largo camino por recorrer.

Capital Humano

El factor capital humano de la industria del software abarca características colectivas y habilidades desarrolladas por los profesionales entre ellas: la orientación nacional, las tradiciones, la cantidad, su composición, el idioma y las habilidades gerenciales. El desarrollo del capital humano necesario no se da en forma inmediata sino que requiere de esfuerzos mediante políticas de educación y profesionalización a lo largo de varias generaciones. He aquí nuevamente el rol que puede adoptar el gobierno al impulsar la educación técnica necesaria para sostener y potenciar la industria. Resulta menester considerar la carencia de capital humano a la hora de rever la continuidad del Régimen de Promoción de la Industria del Software. Por último Carmel, considera que el nivel de competitividad del capital humano va a surgir de: la inversión en educación a largo plazo, de razones intrínsecas de cada país, de la cantidad de graduados por habitante y del talento y habilidad de las personas.

²¹ Delgado, Javier; Garibotti, Hernán. “Políticas de Promoción de la Industria del Software. Análisis Comparativo de Argentina con las 3I (India, Irlanda e Israel)” *Universidad del Cema*, octubre 2005. Disponible en: https://www.ucema.edu.ar/posgrado-download/tesinas2005/MADE_Delgado.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Calidad de Vida

El modelo plantea que los centros tecnológicos deben proporcionar altas condiciones de vida con el fin de que los talentos profesionales desarrollen sus habilidades. En este sentido clusters tecnológicos como Silicon Valley, donde los profesionales tienen un alto nivel de calidad de vida sirve como modelos a seguir.

Salarios

Dicho factor se contradice con la calidad de vida, al identificarse que con el objetivo de abaratar los costos de mano de obra los directivos buscan empleados en zonas de mano de obra más baratas, contratando personal en países como China y Vietnam donde se ve comprometida la calidad de vida pero se garantiza un menor costo en la mano de obra.

Industria

El modelo hace especial hincapié en la importancia de “clusters” o polos geográficamente cercanos de empresas tecnológicas. Dichos polos se originan en un inicio por la implementación de políticas públicas. Los “clusters” funcionan como ámbitos de cooperación, competencia, y establecimiento de redes donde profesionales especializados pueden compartir e intercambiar recursos. Por otra parte, el modelo reconoce que es necesario para el éxito en las exportación de software la existencia de una cierta cantidad de empresas, con algunas de ella de tamaño considerable. A su vez, Carmel destaca la importancia de la especialización de la industria y la implementación de ciertos estándares de calidad.

Capital

Para el fomento de las exportaciones de software y el crecimiento de la industria es menester contar con acceso a capital.

Infraestructura

La infraestructura tecnológica se refiere a la sofisticación y confiabilidad de la tecnología de comunicación. Las empresas de software requieren conexiones de comunicación de datos de banda ancha y teléfono abundantes, confiables y baratas.

Vinculaciones

Por último el modelo se refiere a la importancia de las “vinculaciones” o “linkeage”. Carmel explica que los vínculos surgen entre individuos, grupos de trabajo, empresas, y naciones, por sus conexiones geográficas, culturales, lingüísticas, étnicas o como el

resultado de otras razones. El profesor las reconoce como esenciales a la hora de realizar negocios y destaca en la exportación de software los vínculos idiomáticos y de diáspora.

El Modelo Oval más allá de servir como marco teórico para comprender factores claves en el éxito de países al exportar software, resulta de suma utilidad al diseñar políticas públicas y evaluar la renovación del Régimen de Promoción de la Industria del Software. Dicho régimen puede ser revaluado considerando no solo el rol fundamental que tiene el gobierno a la hora de diseñar políticas públicas sino también como dichas políticas pueden impactar en otros factores claves que indudablemente se encuentran interrelacionados y hacen al éxito del sistema. Es decir, el Régimen de Promoción de la Industria del Software debiera analizarse no solo en términos impositivos y cuantitativos sino considerando como alcanzar o mejorar los otros factores claves que hacen al éxito de dicha industria.

Al evaluar países que han sido exitosos en la exportación de software se puede hacer referencia a los mundialmente conocidos como 3I: Israel, Irlanda e India. A continuación se presentarán los casos evaluando los factores claves para el éxito de cada uno de ellos, a modo de posible adopción para el desarrollo de la industria de software en Argentina.

Israel

Israel es actualmente considerado el segundo epicentro mundial de tecnología después de Silicon Valley. El éxito del país como exportador de software de alta calidad se ha debido a la interrelación de una serie de factores. Cabe destacar que, el 80% de los productos de alta tecnología que fabrica son exportados. Las exportaciones de alta tecnología aumentaron de \$3 billones de dólares en 1991 a \$12.3 billones de dólares en 2000, y a \$29 billones de dólares en 2006. Los factores por los cuales Israel llegó a dichos índices de exportación son múltiples, entre ellos la disponibilidad de recursos humanos caracterizados por su visión, innovación, creatividad y grado de preparación.

Un dato no menor y en gran parte causa de su éxito, es que Israel tiene el número más alto de científicos e ingenieros per cápita²².

En segundo lugar, Israel ha sabido encontrar y determinar su nicho especializándose en el desarrollo de software vinculado a las áreas de seguridad y tecnologías anti-virus. Esa es su “marca país”, que hace de sus productos y servicios únicos en el mundo.

Por otra parte, el éxito ha sido impulsado por las iniciativas adoptadas por el Gobierno Israelí. Entre las medidas adoptadas se encuentran programas e incubadoras tecnológicas que fomentan el emprendedurismo. A su vez, se ha fomentado la proliferación de diversos “clusters” tecnológicos como así también, se brinda apoyo financiero al establecer préstamos de largo plazo subsidiados con tasas de interés reducidas, becas directas, y beneficios impositivos.

Otro aspecto fundamental es la inversión en Investigación y Desarrollo, que se encuentra cercana al 4,9% del PBI²³, muy por encima de otros países con economías avanzadas.

En relación a la importancia del factor vínculos, la industria israelí se nutre de vinculaciones con otros países a través de fondos binacionales para la cooperación en la financiación de Investigación y Desarrollo, así con EEUU tiene el BIRDF²⁴, con Canadá el CIIRDF²⁵, con Singapur el SIIRD²⁶ y con Gran Bretaña el BRITECH²⁷.

A modo de síntesis, es posible observar como Israel cumple con diversos factores considerados por Carmel como claves para alcanzar el éxito en la exportación de software. La disponibilidad de recursos humanos especializados y de gran valor, el apoyo gubernamental a través de diferentes políticas públicas a largo plazo, el acceso a capital de riesgo, la especialización de la industria creando su propia “marca país”, los

²² Ruffinatti, Adrián F. *La industria Global del Software. Una Oportunidad para Argentina*. Córdoba: E-Book, 2008.

²³ Israel Ministry of Foreign Affairs. “Economy: Sectors of the Israeli Economy”. Disponible en <http://www.mfa.gov.il/MFA/AboutIsrael/Economy/Pages/ECONOMY-%20Sectors%20of%20the%20Economy.aspx> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

²⁴ Binational Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <http://www.birdf.com> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

²⁵ Canada-Israel Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <https://ciirdf.ca> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

²⁶ The Singapore Israel Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <https://www.siird.com> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

²⁷ Britain-Israel Joint Technology Investment Fund.

clusters tecnológicos y las vinculaciones han propiciado los altos niveles de exportación.

Irlanda

Irlanda ha sabido construir una destacable reputación en términos de excelencia en el desarrollo de software. La industria del software ha sido en los últimos años un sector fundamental para la economía irlandesa. Actualmente, cuenta con 850 empresas que emplean 22,000 personas aproximadamente. La industria está orientada fuertemente a las exportaciones con el 97% de la producción doméstica siendo vendida en mercados internacionales.²⁸

El éxito alcanzado por Irlanda en la exportación de software no ha sido inmediato ni espontáneo, sino que ha sido producto de una serie de medidas promulgadas por el Gobierno que datan desde los años 60's cuando el gobierno irlandés interesado en atraer industrias que generasen empleos adopta una serie de políticas públicas con tal fin. En los 90's ante la importancia que adquiriría la industria del software y la tecnología, el gobierno irlandés dirige sus esfuerzos específicamente a la industria del software, mediante el National Software Directorate para conseguir inversión externa convirtiéndose en un país atractivo para las multinacionales. Irlanda desarrolló una marca país especializada en software empaquetado con énfasis en el mercado internacional, logrando ser considerado como un centro de manufactura y distribución de software de empresas multinacionales. El destino de dichas exportaciones es principalmente Europa, como también África y Medio Oriente. Respecto a la financiación, en 1996 y ante la falta de capital, el National Software Directorate establece un fondo de Venture Capital estatal, compuesto en un 50% por dinero del estado y del otro 50% de dinero proveniente de fuentes privadas. Dicho fondo fomentó la creación de nuevos fondos, actuando como disparador.

En cuanto al capital humano, Irlanda invierte más del 13% de su presupuesto anual en educación, y tiene uno de los índices más altos de graduados en Ciencia y Tecnología de Europa. La disponibilidad de recursos humanos de alto nivel ha contribuido al éxito de la industria del software. A su vez, cuenta con infraestructura de primer nivel con

²⁸ Export.gov. "Ireland- Computer Software". Disponible en <https://www.export.gov/article?id=Ireland-Computer-Software> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

costos bajos al compararlos con otros países de la OCDE. Por último, para concluir con el caso de Irlanda y para un mayor entendimiento de su éxito como exportador de software es dable considerar que según datos estadísticos de Enterprise- Ireland²⁹, el país se encuentra en los siguientes puestos a nivel mundial: primer puesto respecto a impuestos de sociedades que fomentan la actividad empresarial, en el cuarto puesto respecto a una cultura abierta nuevas ideas, sexto puesto en productividad de la mano de obra, séptimo puesto en disponibilidad de técnicas financieras y séptimo puesto en flexibilidad y adaptabilidad de las personas. La flexibilidad, el apoyo gubernamental, el clima propenso para los negocios, la productividad, la disponibilidad de capital hacen del país una locación atractiva para el desarrollo de la Industria del Software.

India

El desarrollo de la industria del software en India representa un caso de gran éxito que se caracteriza por el volumen de empleo creado y la magnitud de su crecimiento. Respecto a la cantidad de startups vinculadas a la tecnología India se posiciona como tercer país en el mundo con mayor cantidad, con 4,750 start-up tecnológicas registradas en el 2016³⁰. El crecimiento de la industria del software comenzó en los 70's con una serie de políticas de promoción de la industria, en aquel entonces el gobierno estableció que todas aquellas empresas que exportasen software podrían importar hardware. Pero ello no alcanzó, y aún así empresas como IBM comenzaron a irse de India, dejando un gran vacío. Ante esta situación y con el fin de aumentar la demanda, el Gobierno estableció la informatización de ciertas industrias del Estado generando así la necesidad de desarrollar determinados programas hasta ese entonces no disponibles. Así y todo, la industria del software en India continuaba enfrentando dificultades que impedían su explosión, entre ellas el costo de los equipos y la dificultad para importarlos. Ante esto, el Gobierno sancionó leyes, redujo aranceles, flexibilizó los procesos burocráticos de importación y facilitó la creación de empresas de desarrollo de software. Las políticas

²⁹ Enterprise-Ireland. "Noticias económicas destacadas de Enterprise Ireland Abril 2011" Disponible en <https://www.enterprise-ireland.com/en/Export-Assistance/International-Office-Network-Services-and-Contacts/EI-Economy-April-2011-Spanish.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

³⁰ India Brand Equity Foundation. "Electronic And Computer Software Industry in India" Disponible en <https://www.ibef.org/exports/electronic-and-computer-software-industry-in-india.aspx> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

de apoyo no finalizaron ahí, sino que el gobierno acompañó a la industria a lo largo de diversos ciclos, y en los 80's para fomentar el desarrollo de software propuso la exención impositiva y estableció tasas de importación al software importando, protegiendo de esta manera la industria nacional.

Al mismo tiempo, mediante The Electronics and Computer Software Promotion (ESC)³¹, se proveyó a la industria de una plataforma de apoyo que facilita la colaboración, las vinculaciones entre los diferentes actores de la industria, la transferencia e intercambio de tecnología, comunica reportes respecto a los avances en la industria, informa los productos disponibles, publica las políticas públicas vigentes y comparte posibles oportunidades de negocios.

Otros factores determinantes para el éxito de India han sido la gran cantidad de ingenieros, los bajos costos laborales, las bajas barreras de entrada puesto que no exige grandes aportes de capital inicial, el predominio del inglés, las inversiones en educación, la especialización, y el apoyo que se le ha dado al emprendedurismo.

En conclusión, los tres países ejemplifican como mediante políticas públicas y el impulso del Gobierno es posible fomentar a la industria del software. Industria, que ha probado generar alto impacto en dichos países al actuar como generadora de empleos de calidad, aumentar los niveles de exportación, aumentar la productividad y consecuentemente impulsar el crecimiento económico. Los tres países presentan como casos de éxito, diversos de los factores desarrollados en el Modelo Oval, pero resulta fundamental destacar como punto en común y eje central el rol del gobierno a través de políticas públicas que no fueron puntuales sino que se vieron inmersas en el contexto de planes estratégicos a largo plazo.

PROPUESTA DE CONTINUIDAD Y CONCLUSIÓN

A lo largo del análisis se ha querido mostrar la importancia que tiene una industria del software consolidada, sustentable y expansiva, como una herramienta y estrategia de crecimiento y desarrollo para el país. El informe “Digital Spillover: Measuring the True

³¹ India Brand Equity Foundation. “Electronic And Computer Software Industry in India” Disponible en <https://www.ibef.org/exports/electronic-and-computer-software-industry-in-india.aspx> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Impact of the Digital Economy” realizado por Huawei y Oxford Economics comprobó que en las tres últimas décadas cada dólar invertido en tecnologías digitales generó un aumento de veinte dólares en el PIB. Esto implica 6.7 veces más que lo alcanzado por las inversiones no digitales, las cuales generaron 3 dólares por cada dólar invertido.³²

La industria del Software ha probado tener efectos positivos y ser una herramienta de crecimiento para el país por su efecto sobre: la generación de valor, la competitividad sistémica, y sobre todo por la generación de empleo de calidad con proyección futura, que sobrevivirá la 4ta revolución industrial y los procesos de automatización que la misma implica³³.

A pesar del largo camino recorrido y de los aumentos significativos en el: empleo generado, el nivel de exportaciones y ventas, en la creación de clusters tecnológicos (Rosario, Córdoba, Tandil, Mar del Plata, Chaco, Rafaela, Bahía Blanca, Parque Patricios, Junín, Neuquén, Entre Ríos entre otros), aún estamos muy lejos de haber alcanzado el objetivo de “*Convertir a la Argentina en un líder destacado, dentro de los países no centrales, en materia de Tecnología de la Información*”.

El World Economic Forum en su informe “The Global Information Technology Report”³⁴ indicó que Argentina se encuentra 89 sobre 139 en el ranking que evalúa el estado de preparación de los países para utilizar los beneficios de las nuevas tecnologías y capitalizar las oportunidades presentadas por la transformación digital. Por debajo de países como Rwanda, Kenya, Vietnam, o Sri Lanka. Para dicho ranking el WEF considera cuatro componentes 1) el entorno general para el uso y la creación de tecnología (política, regulatoria, comercial e innovación), 2) disposición de la red en términos de infraestructura de TIC, asequibilidad y habilidades, 3) adopción y uso de tecnología por los principales actores (gobierno, sector privado y particulares) y 4) el impacto económico y social de las nuevas tecnologías.

³² “Digital Spillover: Measuring the True impact of the Digital Economy”. *Huawei y Oxford Economics*, 2017. Disponible en http://www.huawei.com/minisite/gci/en/digital-spillover/files/gci_digital_spillover.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

³³ “Plan Estratégico Federal de la Industria Argentina del Software 2018-2030” *Cámara de la Industria Argentina del Software*, 2018. Disponible en <http://www.cessi.org.ar/documentacion/Plan%20Estrat%C3%A9gico%20Federal%20Red%20SSI%20-%20Mayo%202018.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

³⁴ Baller Silja; Dutta Soumitra; Lanvin Bruno. “The Global Information Technology Report 2016” *World Economic Forum*, disponible en http://www3.weforum.org/docs/GITR2016/WEF_GITR_Full_Report.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Por otra parte, tal como se señala en el Plan Estratégico Federal de la Industria del Software 2018-2030 un país que tiene menos del 0,8% (al 2008 era del 0,3%) de su población económicamente activa trabajando en el sector SSI, y sólo el 6% (al 2008 era del 4%) de sus estudiantes universitarios en carreras vinculadas, indicaría que aún tiene muchísimo por mejorar y desarrollar.

Pero para continuar el camino emprendido, es menester lograr un compromiso a largo plazo de todos los actores involucrados. Los casos de India, Israel e Irlanda prueban el rol fundamental del Estado en el desarrollo de un plan estratégico para alcanzar no solo un rol significativo como país exportador de software sino para lograr una posición de liderazgo en materia de tecnologías de la información. El apoyo estatal mediante políticas públicas, que a primera vista parecieran verticales pero que por su impacto en las otras industrias terminan teniendo un tinte horizontal es fundamental. El Estado puede adoptar una posición activa y fomentar el crecimiento de la industria a través de múltiples mecanismos. Ya sea convirtiéndose en un impulsor del sector interno a través de la demanda para su digitalización y modernización, o mediante programas de promoción de la industria o vía proyectos de educación y capacitación especializada. Los mecanismos son innumerables y superan el análisis del presente artículo. Lo que sí ha sido posible identificar es que la participación del Estado para el crecimiento y el desarrollo de la Industria del Software es una condición sine qua non.

La ley 25.922 con el Régimen de Promoción de la Industria del Software ha sido un eslabón clave a la hora de mejorar y potenciar la Industria del Software en el país, pero tal como se ha probado todavía falta muchísimo por desarrollar. En este sentido, ante el posible comienzo de una nueva etapa de promoción resulta necesario evaluar el camino recorrido y plantear los desafíos por venir. En una nueva instancia de desarrollo de la industria, como se plantea en el Plan Estratégico Federal de la Industria Argentina del Software 2018-2013, será fundamental considerar aspectos como:

- 1) La necesidad de alcanzar una distribución territorial equilibrada federalmente, con el desarrollo de una gran red federal de entidades, polos y clusters tecnológicos donde se fomente el trabajo en forma asociativa agregando valor.
- 2) La recuperación del mercado interno a través de las corporaciones, la industria, el sector público y las PyMEs.

- 3) El desarrollo de áreas estratégicas y de especialización en materia de software. Ya sea en áreas como seguridad y defensa, la agroindustria, la salud y el medio ambiente, o la nuclear, mediante los habilitadores tecnológicos disponibles como: la nube, las redes sociales, Big Data, Internet de la Cosas, la robótica, la inteligencia artificial, la realidad aumentada, el machine learning y el blockchain.
- 4) La capacitación de recursos humanos formados con habilidades digitales, creatividad y liderazgo, que suplan la creciente demanda del sector.
- 5) La inversión en investigación, desarrollo e innovación para crear una oferta direccionada.
- 6) El aumento de mecanismos de financiamiento donde será fundamental la generación de un mercado de capitales que apoye al sector.
- 7) La inclusión social a través de programas que incorporen a personas con discapacidad, y que permitan incluir a personas con vulnerabilidad social.
- 8) La necesidad de desarrollar e instaurar la “marca país” definiendo nuestro valor agregado en el mercado internacional. Sería irreal querer competir con países como China e India en cantidad y precio, es por ello que resulta fundamental el desarrollo de una marca país que caracterice nuestra Industria y que logre transmitir nuestro aporte de valor.

A dichos aspectos mencionados en el plan me gustaría añadirle un factor que encontré como limitación al realizar el presente análisis: la falta de datos cuantitativos específicos que midan a lo largo de los años a la Industria y a las empresas beneficiarias del Régimen de Promoción de la Industria del Software. Dicha información debiera ser recolectada, publicada y de fácil acceso como parte del proceso de auditoría del Régimen de Promoción de la Industria.

Como aspecto central del presente análisis, resulta fundamental el mantenimiento del Régimen de Promoción de la Industria del Software. El rol de los incentivos fiscales para la Industria del Software ha sido determinante para su desarrollo, para el crecimiento del empleo, el aumento de exportaciones, el aumento de las ventas, y los niveles de innovación y de calidad alcanzados. El estado inconcluso de la continuidad de la Ley de Software genera gran incertidumbre respecto a la determinación por parte de los actores gubernamentales de apoyar a la industria del software como estratégica

para el crecimiento y desarrollo del país. El fin de dicho Régimen no sólo pondría en jaque la posibilidad de continuar la actividad por parte de muchas empresas, sino que reduciría la certeza jurídica en la Industria. En el marco del posible fin de dicho Régimen los senadores Carlos A Caserio y Miguel A. Pichetto presentaron un proyecto de Ley para extender el Régimen hasta el 2030.

Cabe mencionar que, ante el presente contexto económico y social es de esperar posturas encontradas desde actores de otras industrias respecto a la continuidad del Régimen de Promoción de la Industria del Software. Es por ello que, considero importante resaltar que en el presente análisis he optado por no comparar la presente industria con otras industrias en modo específico. Puesto que, considero que no se encuentra en discusión la promoción de una Industria u de otra, sino del apoyo a la Industria del software no sólo para el crecimiento de sí misma, sino como herramienta generadora de valor para la Industria Argentina en su totalidad. Mediante el apoyo a la Industria del software, Industrias como la automotriz, la textil, la petrolera, y la farmacéutica, entre otras, podrán verse ampliamente beneficiadas por los avances tecnológicos brindados por la misma.

En conclusión, a lo largo del presente análisis se ha buscado estudiar a la Industria del Software como sector transversal a la Industria Argentina en general, y que por sus características intrínsecas y generadoras de valor debiera ser fomentada a través del Régimen de Promoción aún vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica. “Consolidando la producción y el desarrollo nacional a través de la innovación tecnológica” Disponible en <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fontar>
Última consulta: 18 de junio de 2018.

Barletta, Florencia., Mariano, Pereira.,; Gabriel, Yoguel . “Impacto de la política de apoyo a la industria de software y servicios informáticos” *Centro Interdisciplinario de Estudio en Ciencia, Tecnología e Innovación*, N4. Disponible en

http://www.ciecti.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/DT4-SSI_v3.pdf (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Binational Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <http://www.birdf.com> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Cámara de la Industria Argentina del Software “Plan Estratégico Federal de la Industria Argentina del Software 2018-2030” 2018. Disponible en <http://www.cessi.org.ar/documentacion/Plan%20Estratégico%20Federal%20Red%20SSI%20-%20Mayo%202018.pdf> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Canada-Israel Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <https://ciirdf.ca> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Carmel, Erran. “The New Software Exporting Nations: Success Factors” Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/j.1681-4835.2003.tb00084.x> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Couto, Bárbara. “Desafíos para el Estado y los actores empresarios en la definición e implementación de la política industrial en Argentina” *Documento de Investigación Social UNSAM* 11 (2010) Disponible en http://www.unsam.edu.ar/institutos/idaes/docs/DocIS_11_Couto.pdf . Última consulta: 18 de junio de 2018.

Damuth, Robert., Laura, Sallstrom. “El papel fundamental de la Industria del Software en el Crecimiento Económico, Foco: Colombia”, *CompTIA*. Disponible en <http://docplayer.es/4042866-El-papel-fundamental-de-la-industria-del-software-en-el-crecimiento-economico-foco-colombia.html> . Última consulta: 18 de junio de 2018.

Delgado, Javier; Garibotti, Hernán. “Políticas de Promoción de la Industria del Software. Análisis Comparativo de Argentina con las 3I (India, Irlanda e Israel)” *Universidad del Cema*, octubre 2005. Disponible en: https://www.ucema.edu.ar/posgrado-download/tesinas2005/MADE_Delgado.pdf Última consulta: 18 de junio de 2018.

Dughera, Lucila., Hugo, Ferpozzi ., Natalia, Gajst., Nahuel, Mura., Mario, Yannoulas., Guillermina, Yansen., Mariano, Zukerfeld. “Una aproximación al subsector del Software y Servicios Informáticos (SSI) y las políticas públicas en la Argentina” Ponencia presentada en 10 Simposio sobre la Sociedad de la Información, La Plata, Argentina, agosto 2012.

Enterprise-Ireland. “Noticias económicas destacadas de Enterprise Ireland Abril 2011” Disponible en <https://www.enterprise-ireland.com/en/Export-Assistance/International-Office-Network-Services-and-Contacts/EI-Economy-April-2011-Spanish.pdf> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Estévez, Alejandro. “Políticas públicas como dominio de estudios”, *Revista Venezolana de Gerencia* 20, no. 72, (2015). Disponible en

<http://www.redalyc.org/pdf/290/29044047001.pdf> . Última consulta: 18 de junio de 2018.

Export.gov. “Ireland- Computer Software”. Disponible en <https://www.export.gov/article?id=Ireland-Computer-Software> Última consulta: 18 de junio de 2018.

González, Ricardo Monge. “Importancia de las Políticas de Desarrollo Productivo (PDPs)” Ponencia presentada en Seminario Ecoanálisis Comercio Exterior. Hotel Intercontinental, San José, 26 de marzo 2014.

Gutman, Verónica., Andrés, López., Diego, Ubfal. “Un nuevo enfoque para el diseño de políticas públicas: los Foros de Competitividad” *Centro de Investigaciones para la Transformación*, diciembre 2006. Disponible en http://www.funccex.org.br/material/redemercosul_bibliografia/biblioteca/ESTUDOS_A_RGENTINA/ARG_118.pdf Última consulta: 18 de junio de 2018.

Huawei y Oxford Economics “Digital Spillover: Measuring the True impact of the Digital Economy”. 2017. Disponible en http://www.huawei.com/minisite/gci/en/digital-spillover/files/gci_digital_spillover.pdf Última consulta: 18 de junio de 2018.

India Brand Equity Foundation. “Electronic And Computer Software Industry in India” Disponible en <https://www.ibef.org/exports/electronic-and-computer-software-industry-in-india.aspx> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Israel Ministry of Foreign Affairs. “Economy: Sectors of the Israeli Economy”. Disponible en <http://www.mfa.gov.il/MFA/AboutIsrael/Economy/Pages/ECONOMY-%20Sectors%20of%20the%20Economy.aspx> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Jueguen, Francisco. “Subió el empleo informal en el país y golpea a un 34,2% de los argentinos” . La Nación, 27 de marzo de 2018. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/2120677-subio-el-empleo-informal-en-el-pais-y-golpea-a-un-342-de-los-argentinos> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Ministerio de Producción. “Acceder a los beneficios de la ley de Promoción de Software”. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/acceder-los-beneficios-de-la-ley-de-promocion-de-software>. Última consulta: 18 de junio de 2018.

Observatorio de la Economía del Conocimiento. “Informe de Servicios Basados en el Conocimiento”, Mayo 2017. Disponible en <https://www.produccion.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/IOEC3-2017-05.pdf> (consultado por última vez el 18 de junio de 2018)

Observatorio Permanente de la Industria del Software y Servicios Informáticos “Reporte anual del sector de software y servicios informáticos de la República Argentina Año

2017". Disponible en <http://www.cessi.org.ar/opssi>. Última consulta: 18 de junio de 2018.

Oliveros, Ortega Gustavo. "Algunos conceptos de política industrial", *Revista Semestre Económico*, 2, no 4 (1999). Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/viewFile/1434/1519>. Última consulta: 18 de junio de 2018.

Ruffinatti, Adrián F. *La industria Global del Software. Una Oportunidad para Argentina*. Córdoba: E-Book, 2008.

Sabbagh, Karim., Roman Friedrich., Bahjat El- Darwiche., Miling Singh., Alex Koster. "Digitization for Economic Growth and Job Creation: Regional and Industry Perspectives" *The Global Information Technology Report 2013 World Economic Forum*. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/GITR/2013/GITR_Chapter1.2_2013.pdf . Última consulta: 18 de junio de 2018.

Silja, Baller., Dutta Soumitra., Lanvin Bruno. "The Global Information Technology Report 2016" *World Economic Forum*. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/GITR2016/WEF_GITR_Full_Report.pdf Última consulta: 18 de junio de 2018.

Sin autor. "Hay 6000 vacantes sin cubrir en software". *El Cronista*, 6 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.cronista.com/negocios/Hay-6000-vacantes-sin-cubrir-en-software-20171206-0045.html>. Última consulta: 18 de junio de 2018.

The Singapore Israel Industrial Research and Development Foundation. Disponible en <https://www.siird.com> Última consulta: 18 de junio de 2018.

Valor Top. "¿Qué es hardware y software? Definición y diferencias". Disponible en <http://www.valortop.com/blog/que-es-hardware-y-software-definicion-y-diferencias>. Última consulta: 18 de junio de 2018.

Legislación citada

Ley 25. 856. Industria Producción de Software B.O. 04/12/03

Ley 25.922 y sus modificatorias. Ley de Promoción de la Industria del Software. B.O. 09/09/04

Ley 26.692. Ley de Promoción de la Industria del Software. B.O 18/08/2011

Decreto 1594/04. B.O. 15/11/04

Decreto 1315/13. B.O. 09/09/13

Proyecto de Ley (S-1429/18) 04/05/18

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS PROYECTOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

*Jimena Vega Olmos – Juan Cruz Azzarri**

Resumen: El objeto del artículo es abordar la distribución de riesgos en los proyectos de PPP. Para ello se aborda, someramente, el marco regulatorio aplicable a los contratos de participación público-privada en la Argentina así como la importancia de la correcta asignación de riesgos, los riesgos típicos de los diferentes proyectos de infraestructura, los mecanismos existentes según el tipo de proyecto y cuál ha sido, en general, la práctica en los proyectos desarrollados en el mundo hasta aquí.

Palabras clave: PPP, infraestructura, contratos, riesgos, administración pública

Summary: The purpose of the paper is to address the allocation of risks in public-private partnership projects. To that effect, the paper briefly summarizes the regulatory framework applying to public-private partnerships in Argentina and the importance of the correct allocation of risks, the typical risks in different infrastructure projects, the available mechanisms per project and the general practice in projects developed around the world.

Key words: PPP, Infrastructure, Contracts, Risks, Public Administration.

*Jimena Vega Olmos es abogada por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y socia fundadora del estudio MHR Abogados – Martínez de Hoz & Rueda.

Juan Cruz Azzarri es Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Magister por la Universidad de Virginia, Estados Unidos de América, Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, trabajó en el equipo de abogados que colaboró con la redacción de la reglamentación de la Ley de Participación Público Privada N° 27.328 y durante el año 2008 fue co-autor, junto al Prof. Oscar Aguilar Valdez, del proyecto de ley de Participación Público Privada para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Juan Cruz Azzarri es, además, socio fundador del estudio MHR Abogados – Martínez de Hoz & Rueda.

1. Introducción

Con el objeto de intentar solucionar los severos retrasos que en materia de infraestructura posee la Argentina, desde el año 2016 el Gobierno Nacional se encuentra impulsando enérgicamente el desarrollo de proyectos de participación público-privada (PPP). Este impulso se dio, en primer lugar, a través de la aprobación de un marco regulatorio completo y moderno cuyo puntapié inicial fue la sanción de la Ley N° 27.328 y, en segundo lugar, a través de lanzamiento de diversos proyectos de participación público-privada incluyendo la Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS), la Red de Expresos Regionales (RER), el Tren a Vaca Muerta, y la construcción de líneas de transmisión eléctrica, entre otros.

En ese marco, y considerando que uno de los pilares del éxito de un proyecto de PPP, así como de todo contrato complejo de infraestructura que pretenda celebrar la Administración Pública, es la adecuada asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado, se abordará, entonces, como objeto de este trabajo la distribución de riesgos que conllevan algunos de los proyectos de PPP recientemente lanzados por el Gobierno Nacional.

2. El Marco Regulatorio

(a) La Ley N°27.328¹

En junio de 2016, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley de regulación de los contratos de participación público-privada. Dicho proyecto, con algunos cambios respecto de su redacción original, fue sancionado en noviembre del mismo año como Ley N° 27.328.

Las principales características de esta ley se describen a continuación:

- (i) Define los contratos de participación público-privada como aquellos contratos entre una persona del sector público nacional (art. 8 de la Ley N° 24.156) y un contratista privado o público, con el objeto de diseñar, construir, ampliar, mejorar o suministrar equipamientos y bienes, explotar, operar o financiar infraestructura, prestar servicios o realizar inversión productiva, investigación aplicada, innovación tecnológica y/o servicios conexos. Esta modalidad de contratación se plantea como alternativa a los contratos de obra pública, concesiones de obra pública y a los contratos regidos por el régimen nacional de contrataciones administrativas.
- (ii) Requiere que el plazo de los contratos deba fijarse considerando las inversiones comprometidas, el financiamiento y una utilidad razonable, no pudiendo superar

¹ B.O. 30/11/2016.

un plazo de 35 años (incluyendo las prórrogas), y debiendo en principio revertir la infraestructura a la autoridad contratante.

- (iii) Exige que las erogaciones que se prevean para la concreción de los proyectos de PPP sean consistentes con la programación fiscal y financiera del Estado. Para ello, se dispone² que si el proyecto PPP comprometiera recursos del presupuesto público previamente al llamado a licitación o concurso, deberá contarse con la autorización -prevista en el artículo 15 de la Ley N° 24.156-³ para asumir ejercicios futuros
- (iv) Prevé que los proyectos PPP puedan llevarse adelante siguiendo esquemas contractuales o institucionales.
- (v) Establece el contenido mínimo de los contratos PPP, dando así mayor certidumbre a potenciales inversores. Entre las cláusulas que deben necesariamente incluirse se prevén: a) el plazo del contrato y la posibilidad de su prórroga; b) el equitativo y eficiente reparto de riesgos y los mecanismos de mitigación a efectos de minimizar el costo y favorecer el *bankability* de los proyectos; c) las obligaciones del contratista; d) las sanciones y el procedimiento para su aplicación y forma de ejecución; e) requerimientos técnicos mínimos aplicables, estándares objetivos de calidad y mecanismos de medición y control; f) la determinación del modo en que se remunerará el proyecto (pagos de los usuarios, del contratante, terceros o una combinación de los anteriores); g) la fijación de los aportes que el contratante efectuará durante la vida del proyecto, incluyéndose la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre bienes del dominio público; h) los instrumentos que permitirán adaptar el proyecto ante cambios tecnológicos y las necesidades del financiamiento; i) la facultad del contratante de modificar unilateralmente el contrato hasta un 20% del valor total contractual; j) respecto del mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato se prevé que la Unidad de Participación Público-Privada (UPP) podrá solicitar a la Procuración del Tesoro de la Nación los informes correspondientes para el caso que el contratante alegara el quiebre de esta; k) las garantías para el cumplimiento del contrato y para asegurar el pago de la remuneración o aportes. Por ejemplo, afectación específica o transferencia de recursos tributarios, creación de fideicomisos o utilización de aquellos existentes, fianzas, avales, etc.: l) la obligación del contratante de colaborar con la obtención del financiamiento; ll) la determinación del régimen de titularidad de los bienes comprometidos en el proyecto y si estos revierten al contratante y cuando lo hacen; m) las causales de extinción del contrato y el

² Artículo 16 de la Ley N° 27.328.

³ Si bien estas disposiciones se incluían en el texto del proyecto original, la versión finalmente sancionada incluyó distintas obligaciones de análisis a ser llevadas adelante por el Poder Ejecutivo e información que este o sus órganos debe remitir al Congreso. Asimismo, y como límite a la posibilidad de llevar adelante proyectos de PPP se establece que los mismos podrán ser presupuestariamente autorizados siempre que el stock acumulado de los compromisos firmes y contingentes, netos de ingresos, asumidos por el Estado en este tipo de contratos (calculados a valor presente), no exceda el 7% del PBI a precios corrientes del año anterior.

procedimiento para su declaración, sujeto a que para los casos de terminación por razones de ilegitimidad, la autoridad deberá necesariamente solicitar judicialmente la declaración de nulidad del contrato; n) la posibilidad o no de ceder el contrato o los derechos de percepción de los aportes o remuneración; ñ) los requisitos y condiciones bajo los cuales la autoridad aprobará la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico; o) la facultad de las partes de suspender la prestación del objeto contractual ante el incumplimiento del co-contratante; p) la facultad de ceder el contrato, previa autorización de la autoridad y aceptación lisa y llana del financista, siempre que el cesionario reúna similares características que el contratista y haya transcurrido, en principio, el 20% del plazo o se haya efectuado el 20% de la inversión comprometida; q) la posibilidad o no de subcontratar; y, por último, r) la especificación de los procedimientos para resolver a través de un panel técnico las disputas técnicas, interpretativas o patrimoniales que surjan durante la vida contractual.

- (vi) Se establece que, a fin de tomar posesión de los activos del proyecto, el contratante deberá abonar al contratista el 100% de la compensación que corresponda en casos de terminación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.
- (vii) Para los casos de terminación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la ley también excluye los límites a la indemnización previstos en las Leyes N° 21.499 y 26.944, y del Decreto N° 1.023/01 (admitiéndose, por ende, el reclamo de lucro cesante).
- (viii) Se prevé que la responsabilidad de las partes, su reglamentación, los pliegos y contratos, se regirá por lo dispuesto en la Ley de PPP, y supletoriamente, por el Código Civil y Comercial de la Nación. En otras palabras, en una solución que favorece el financiamiento de estos proyectos, se deja de lado la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado que, en su artículo 10, dispone la aplicación supletoria de dicha ley a los contratos administrativos y las disposiciones que limitan la responsabilidad de la Administración Pública Nacional en los contratos administrativos conforme el Decreto N° 1.023/2001.
- (ix) En cuanto al modo de selección del contratista, la ley dispone como regla el principio de licitación pública o concurso público, adoptando, de este modo, un temperamento similar al previsto para los contratos administrativos regidos bajo el Decreto N° 1.023/2001. Asimismo, se prevé que en materia de provisión de bienes y servicios los mismos deberán tener, como mínimo, un 33% de componente nacional⁴ estableciéndose, además, la aplicación de las preferencias

⁴ Conforme lo dispuesto en el Decreto N° 118/2017, el término “componente nacional”, en materia de bienes, se referirá a aquellos que revistan carácter nacional de acuerdo al artículo 2 de la Ley N° 25.551. Y, en materia de servicios, a aquellos provistos por “empresas nacionales”. Se entiende por “empresa nacional”, según el mismo decreto, a aquellas sociedades registradas, con actuación efectiva en la

establecidas por las normas aplicables al comercio nacional, salvo que el Poder Ejecutivo de la Nación las exceptúe por alguna razón particular.

- (x) Se prevé la obligación de la autoridad contratante de realizar un análisis de *value for money* del proyecto.
- (xi) Se prevé cierta flexibilidad en materia de garantías (admitiendo la afectación específica o transferencia de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos, creación de fideicomisos o utilización de fideicomisos preexistentes, otorgamiento de fianza, aval o cualquier otro tipo de instrumento, los derechos de explotación de bienes de dominio público, entre otras formas de garantía).
- (xii) Responsabiliza al Estado por el control sobre los proyectos, permitiendo que éste se sirva de consultores nacionales e internacionales con experiencia reconocida.
- (xiii) Incluye normas puntuales sobre transparencia y lucha contra la corrupción.
- (xiv) En materia de resolución de controversias, se admite la posibilidad de que las disputas sean resueltas mediante arbitraje, en cuyo caso la prórroga de jurisdicción deberá ser aprobada por el Poder Ejecutivo y comunicada al Congreso Nacional.
- (xv) Se excluye la aplicación directa, supletoria o analógica de las Leyes N° 13.064 y 17.520, el Decreto N° 1.023/2001 y su reglamentación, como así tampoco, el artículo 765 del CCC, ni los artículos 7 y 10 de la Ley N° 23.928 (prohibición de actualización o indexación).
- (xvi) Finalmente, se dispone la creación de la UPP (denominación luego sustituida por el de Subsecretaría de PPP, conforme se explica más abajo), que tendrá a su cargo la centralización normativa de los contratos PPP y prestará apoyo consultivo, operativo y técnico a las entidades convocantes en las distintas etapas del proyecto. La UPP deberá tener intervención previa en diversas cuestiones y tendrá a su cargo el seguimiento de los proyectos PPP.

(b) El Decreto Reglamentario

La Ley N° 27.328 fue reglamentada en febrero de 2017 a través del Decreto N° 118/2017⁵. Este decreto aclaró muchas de las disposiciones de la Ley de PPP y, entre otras cuestiones, creó la UPP en la órbita del Ministerio de Finanzas. Se aclara que la referencia a la UPP fue más tarde sustituida por la de Subsecretaría de Participación Público-Privada⁶ (la “Subsecretaría PPP”).

República Argentina y que posean domicilio en la República Argentina la mayoría de los integrantes de su órgano de administración.

⁵ B.O. 20/02/2017.

⁶ Decreto N° 936/2017, B.O. 15/11/2017.

Entre las disposiciones de la reglamentación cabe destacar las siguientes:

- (i) Se declaran de interés nacional los proyectos PPP que se desarrollen en el marco de la Ley N° 27.328.
- (ii) Se invita a las jurisdicciones que adhieran a la Ley N° 27.328 a eximir del impuesto de sellos a los contratos y subcontratos necesarios para la implementación de los proyectos PPP.
- (iii) En materia de preferencias en favor de empresas nacionales, se aclara que, a fin de calificar como empresa nacional, deberá tratarse de empresas registradas, con actuación efectiva en el territorio argentino y que cuenten con la mayoría de los miembros del órgano de administración con domicilio en el país.
- (iv) Se dispone que anterior a la emisión del dictamen previo sobre *value for money* por parte de la autoridad contratante y sin perjuicio de la intervención de la Subsecretaría PPP, deberá contarse con (i) un dictamen del Ministerio de Hacienda sobre la razonabilidad de la utilización de recursos públicos para el proyecto y los aspectos económicos y financieros del contrato PPP; y (ii) un dictamen del Ministerio de Finanzas acerca de los riesgos y obligaciones que asume el sector público nacional relacionados con la estructura financiera propuesta para el proyecto.
- (v) Se dispone que los contratos podrán incluir mecanismos de revisión (automáticos o no) de la contraprestación en favor del contratista, en caso de variaciones de costos y que deberán preverse mecanismos para el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato PPP, en caso de alteraciones significativas imprevisibles y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio.
- (vi) Se establecen disposiciones respecto de la estructuración del financiamiento de estos proyectos y la posibilidad de garantizar dicho financiamiento con la cesión del contrato PPP o de derechos de crédito bajo dicho contrato.
- (vii) Se aclara que sólo podrán imponerse al contratista las sanciones establecidas expresamente en el pliego o en el contrato PPP, prohibiéndose la aplicación de sanciones no previstas en dichos documentos.
- (viii) Se aclara que la extinción del contrato por interés público debe ser declarada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.
- (ix) Se regula el procedimiento de licitación para los proyectos PPP.
- (x) Se regulan las exigencias y preferencias que podrán establecerse respecto de las empresas nacionales y PyMEs.
- (xi) Con relación a la posibilidad de someter a arbitraje las disputas que surjan de un contrato PPP, se reitera la necesidad de que la prórroga de jurisdicción sea

aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional y sea informada al Congreso de la Nación.

(c) Normas complementarias

La Ley N° 27.328 y su decreto reglamentario fueron complementados por diversas normas, entre las cuales pueden citarse las siguientes:

- **Decreto N° 944/2017⁷**: regula el procedimiento transparente de consulta para la elaboración de los pliegos correspondientes a proyectos PPP.
- **Disposición N° 1/2017 de la Subsecretaría PPP⁸**: aprueba la guía para la transparencia en la gestión de contrataciones públicas.
- **Ley N° 27.341⁹**: crea el Fideicomiso de Participación Público-Privada (“Fideicomiso PPP”) cuyo objeto será el de, entre otros, (i) efectuar y/o garantizar pagos bajo contratos PPP, (ii) otorgar préstamos, garantías, fianzas, avales u otros tipos de financiamiento o garantía en relación con contratos o proyectos PPP, (iii) emitir valores fiduciarios; (iv) emitir certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión y asumir su pago; (v) realizar aportes de capital y adquirir instrumentos financieros destinados a la ejecución y financiación de contratos o proyectos PPP, y (vi) celebrar operaciones de derivados de moneda, tasa de interés, materias primas y otras operaciones de cobertura.

Esta ley aclara que respecto del Fideicomiso PPP será aplicable, subsidiariamente, el Código Civil y Comercial de la Nación y que las obligaciones que asuma el Fideicomiso PPP en relación con contratos o proyectos PPP no serán considerados deuda pública. Se aclara que las obligaciones de pago de los Fideicomisos PPP estarán a salvo de lo previsto en el artículo 765 del CCC y de los artículos 7 y 10 de la Ley N° 23.928.

La ley citada regula además ciertas cuestiones vinculadas con la emisión de certificados, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP y dispone la creación de los valores fiduciarios PPP, los que gozarán de oferta pública aun cuando el fiduciario no revista la calidad de ente público. Se prevé que las operaciones y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, compraventa, cambio, permuta, conversión, amortización, intereses, disposición, cancelaciones y demás resultados de los certificados, valores negociables, títulos valores (incluyendo títulos valores fiduciarios PPP), actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP, emitidos por el Fideicomiso PPP tendrán el

⁷ B.O. 21/11/2017.

⁸ B.O. 21/11/2017.

⁹ B.O. 02/01/2018.

mismo tratamiento impositivo que las obligaciones negociables con oferta pública.

- **Decreto N° 153/2018¹⁰**: reglamenta algunas cuestiones vinculadas con el Fideicomiso PPP y establece – entre otras cuestiones - que se regirá por un Acuerdo y Reglamento Marco del Fideicomiso PPP al cual deberán adherirse las partes de los Fideicomisos Individuales PPP que se creen para cada proyecto. Tendrá una duración de 30 años desde la fecha de la celebración del contrato de fideicomiso, durante el cual se podrán constituir Fideicomisos Individuales PPP. Se dispone que el Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. (BICE) será el organizador y fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP. También se dicta que los fiduciantes serán los Ministerios a cuya jurisdicción correspondieren los proyectos PPP a ser desarrollados así como los demás entes del sector público nacional que actúen como autoridades convocantes. Se aclara que el patrimonio de los Fideicomisos Individuales PPP quedará irrevocablemente afectado a las obligaciones asumidas bajo cada contrato de Fideicomiso Individual PPP y que estos serán constituidos y operarán en el ámbito del Ministerio a cuya jurisdicción correspondiere el proyecto PPP a ser desarrollado.

En línea con lo previsto por la Ley N° 27.328 para los contratos PPP, este decreto dispone que podrá someterse a arbitraje cualquier controversia que pudiese surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación del contrato de Fideicomiso PPP, los contratos de Fideicomisos Individuales PPP y demás documentos o instrumentos vinculados (convenio de adhesión al fideicomiso, certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión, contratos de cobertura recíproca). Además, este decreto establece que, en caso de optarse por arbitraje con sede en el exterior, la prórroga deberá ser aprobada por el Poder Ejecutivo y comunicada al Congreso Nacional.

- **Comunicación “A” 6449 del Banco Central de la República Argentina¹¹**: a través de esta Comunicación el Banco Central resolvió: (i) no considerar -a los fines de las limitaciones aplicables a las entidades financieras en materia de financiamiento al sector público no financiero- a las tenencias de instrumentos de deuda creados en el marco de la Ley N° 27.328 de contratos de PPP (instrumentos en los cuales el tenedor posee el derecho de cobro sobre un flujo de fondos a cargo del sector público nacional); (ii) incorporar como garantía preferida clase B, a la prenda o cesión en garantía de los instrumentos de deuda antes mencionados; y (iii) establecer que el margen de cobertura computable respecto de estos instrumentos será del 100%.

¹⁰ B.O. 26/02/2018.

¹¹ B.O. 07/03/2018.

- **Decreto N° 300/2018¹²**: En primer lugar, este decreto estableció distintas precisiones sobre el tratamiento tributario de los certificados, valores negociables, títulos valores, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP que emita cada Fideicomiso Individual PPP (los “Títulos PPP”). Prevé que el componente de interés de los Títulos PPP tendrá respecto del IVA el tratamiento previsto en el artículo 74 de la Ley N° 27.431 que refiere al tratamiento impositivo previsto en la ley de obligaciones negociables para las obligaciones negociables con oferta pública (la cual exime a estos títulos del mencionado impuesto).

Asimismo, dispone que, con relación a la determinación del impuesto a las ganancias, los contratistas deberán considerar como costo computable de los Títulos PPP el valor nominal de estos instrumentos, es decir, el neto del componente de interés que no haya sido devengado en función del tiempo. Finalmente, autoriza a BICE (como Fiduciario PPP) a preparar los documentos de oferta y sus suplementos y enmiendas, contratar agentes, suscribir acuerdos y otorgar indemnidades correspondientes a la información de los bienes fideicomitidos de cada Fideicomiso Individual PPP y todo otro documento necesario para que los Títulos PPP puedan negociarse y registrarse en mercados locales e internacionales. Finalmente autoriza a los fiduciantes de los Fideicomisos Individuales PPP a otorgar los compromisos e indemnidades correspondientes para facilitar la colocación y negociación de los Títulos PPP en los mercados locales e internacionales.

3. La importancia de la asignación de riesgos en los proyectos PPP

La adecuada identificación y asignación de riesgos es una de las claves del éxito de un proyecto PPP. Tanto es así que los riesgos correspondientes a un proyecto particular y la posibilidad de asignarlos eficientemente determinan la elección efectuada por la autoridad contratante acerca de si el proyecto debería llevarse adelante bajo un esquema de PPP o no. Es que, como explica Mairal, “[N]i la financiación privada de proyectos públicos, ni la APP, son aptas para todo tipo de obras. Habrá algunas en las cuales los riesgos involucrados lleguen a elevar de tal manera el costo estimado de la obra que el Estado prefiera construirla bajo el tradicional régimen de la obra pública. Para cierto tipo de obras, sin embargo, se trata de técnicas que amplían el marco de opciones con que cuenta el Estado y, por ello, un Derecho moderno debiera darles cabida con las necesarias precauciones para proteger”.¹³

Este principio fundamental no es exclusivo de los contratos de PPP sino de los contratos en general ya que éstos son, justamente, instrumentos en los cuales las partes delimitan

¹² B.O. 13/04/2018.

¹³ MAIRAL, Héctor A., *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, RAP, Doctrina Pública, XX-VII-2, p. 143. Ver también, GUGLIELMINETTI, Ana P, BENSADÓN, Pascual, *Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada*, ED 2005-639 (Derecho Administrativo).

y definen la asignación de riesgos para un determinado negocio jurídico.¹⁴ Una correcta asignación de riesgos es fundamental para el éxito del proyecto ya que cuanto mayor es el riesgo de un proyecto y/o cuando los riesgos subyacentes a un proyecto no se encuentran adecuadamente distribuidos entre la parte que se encuentra en mejor posición de administrarlos, mayor será el costo del proyecto y el de su financiamiento.¹⁵ Además, de la adecuada distribución de los riesgos de un proyecto dependerán, entre otras cuestiones, “*la reducción a largo plazo de los costos del proyecto, la existencia de incentivos al sector privado para que cumpla con los plazos y estándares de calidad acordados y la mejora de los servicios, el incremento de la eficiencia operativa a fin de maximizar los ingresos derivados del proyecto*”.¹⁶

Por esta razón, en líneas generales, los proyectos PPP tienen a primera vista¹⁷ un costo mayor a los proyectos que se estructuran bajo el esquema clásico de obra pública. Y ello es así puesto que quienes financian a un Estado mediante, por ejemplo, el otorgamiento de un préstamo o la suscripción de bonos públicos no asumen riesgos significativos mientras que aquellos que financian a un proyecto PPP sí lo hacen. Sin embargo, el hecho de que el Estado financie un proyecto no hace que, por sí, los riesgos asociados al proyecto desaparezcan sino que son retenidos por el Estado y constituyen un costo encubierto del proyecto que debe sumarse al costo de financiamiento para que la comparación sea posible.¹⁸

Dada la importancia de esta cuestión, la Ley N° 27.328 dispuso que - entre otros elementos mínimos ineludibles - los contratos PPP deben regular: “*El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato*”.¹⁹ No sólo es destacable que el legislador hubiera decidido incluir como una exigencia normativa la necesidad de que los contratos PPP incluyan pautas claras y expresas sobre la manera de asignar los riesgos del proyecto, sino también que se consagrara legislativamente la necesidad de que esa asignación de

¹⁴ AZZARRI, Juan Cruz, VEGA OLMOS, Jimena, *Los contratos de participación público-privada: a propósito del nuevo proyecto de ley*, Revista Jurídica La Ley, 28 de junio de 2016.

¹⁵ CASSAGNE, Ezequiel, *Un nuevo marco jurídico para el desarrollo de las asociaciones público-privadas en la Argentina*, en *Contratos de Participación Público-Privada* - Carlos J. Regazzoni, Editorial La Ley, 2017, p. 128.

¹⁶ AZZARRI, Juan Cruz, VEGA OLMOS, Jimena, *Los contratos de participación público-privada: a propósito del nuevo proyecto de ley*, Revista Jurídica La Ley, 28 de junio de 2016.

¹⁷ Decimos “a primera vista” porque si bien en algunos casos, en términos nominales, el costo de desarrollo y financiamiento de un proyecto PPP puede ser más alto que el costo de implementarlo a través del esquema clásico de obra pública, dada la finitud del presupuesto estatal, el mecanismo de PPP puede ser la única manera disponible para llevar adelante el proyecto de que se trate, y su no realización podría tener un costo social y económico, en el largo plazo, mucho mayor al costo de desarrollarlo mediante un esquema PPP.

¹⁸ YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 18.

¹⁹ Artículo 9(b) de la Ley N° 27.328.

riesgos deba ser adecuada o eficiente al exigírsele en el contrato que cada parte deba asumir aquellos riesgos que está en mejores condiciones de administrar, distribuir, pronosticar, asumir o garantizar.²⁰

El concepto comentado también fue receptado expresamente en la guía emitida por la Subsecretaría de PPP para la preparación del Informe de las Autoridades Convocantes previsto en el artículo 13 de la Ley N° 27.328²¹ en la que se destaca: “[U]na de las maneras principales en las que un proyecto desarrollado bajo la modalidad de PPP puede genera valor para el Estado a lo largo del ciclo de vida del proyecto es a través de una adecuada asignación de riesgos... Una adecuada distribución de riesgos (riesgos transferidos, riesgos retenidos y riesgos compartidos) implica que el Estado puede estar generando valor bajo la modalidad de PPP ya que, la mayoría de los riesgos bajo la modalidad de obra pública tradicional son retenidos o asignados al Estado”.

Como se dijo *supra*, la transferencia o asignación de riesgos es una de las bases de las estructuras PPP²² y es principio rector que los riesgos deben recaer sobre la parte que esté en mejor condición para asumirlos y administrarlos.

Sin embargo, si bien la formulación del principio – el riesgo debe ser alocado a la parte que está en mejor posición para enfrentarlo, asumirlo y administrarlo – aparece como algo claro y simple su implementación dista de serlo. Para ello será necesario identificar cuál es la parte mejor posicionada para administrar el riesgo en caso de que aquel acaezca, la capacidad de cada parte de asumir el costo, el impacto del riesgo en el precio así como la manera en que dicho costo puede ser compensado o transferido.²³ Por otra parte, la distribución de riesgos del proyecto dependerá también de la capacidad y disposición del contratista para asumirlos, lo que a su vez depende de su estructura, organización y solvencia y de si los riesgos en cuestión son aceptados regularmente en el mercado.

Las maneras por las que los riesgos pueden asignarse son, básicamente, las siguientes: (i) que el riesgo sea retenido total o parcialmente por la autoridad contratante; (ii) que el riesgo sea transferido total o parcialmente a -y mantenido por- la sociedad de propósito específico encargada de llevar adelante el proyecto; o (iii) que los riesgos sean transferidos a la sociedad de proyecto para ser luego reasignados a terceros mediante la contratación de seguros, el traslado del riesgo de modo “espejo” al subcontratista o a través de garantías del sponsor del proyecto. En los proyectos PPP se observa como regla general que, salvo disposición en contrario en el contrato PPP respectivo, es obligación de la sociedad de proyecto prestar los servicios en los términos acordados y

²⁰ IBARZÁBAL, Milagros, *El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada*, EDA 2017, N° 14.173, 3 de mayo de 2017.

²¹ Guía para la preparación del Informe de las Autoridades Convocantes previsto en el artículo 13 de la Ley N° 27.328, disponible en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público-Privada.

²² YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 18.

²³ Banco Mundial, *Guía sobre Disposiciones Contractuales PPP*, 2017, Grupo Banco Mundial, p. 8.

soportar o administrar los riesgos asociados (mediante su reasignación o de otra manera).

Sin embargo, la asignación de riesgos en cabeza del contratista privado no puede ser total ya que transferirle todos los riesgos del proyecto no resulta conveniente pues “*exigiría una tasa de retorno por su inversión muy elevada, lo que incrementaría el costo social de los proyectos e implicaría que el proyecto no sea financieramente viable...*”.²⁴ Por esta razón no deberían asignarse al contratista privado, sus sponsors o a quienes financien el proyecto riesgos que estuvieran por fuera del control de aquellos puesto que, a fin de asumirlos, deberían encarecerse sustancialmente los costos del proyecto. Por el contrario, los riesgos deberán ser alocados a la parte que se encuentre en mejor condición para administrarlos o mitigarlos de manera eficiente.²⁵

Las partes de un contrato PPP pueden verse tentadas a, en el caso de la autoridad contratante, trasladar riesgos excesivos al contratista y, en el caso del contratista, a asumirlos. El problema de esta combinación es que los proyectos PPP requieren ser financiados privadamente y las entidades que financian estos proyectos -en general bastante aversas al riesgo- buscarán renegociar estos riesgos si interpretan que estos no están adecuadamente distribuidos. Dado que en estos proyectos la principal fuente de repago de la deuda será, básicamente, el flujo de fondos que genere el proyecto, los riesgos que queden en el contratista privado serán riesgos del financiador. Ello es así porque la sociedad de proyecto generalmente tendrá un alto nivel de endeudamiento y pocas o nulas reservas de efectivo y, por su parte, los sponsors del proyecto usualmente no estarán obligados a contribuir capital adicional por encima del capital base y, en su caso, contingente, pactado en los contratos de financiamiento.²⁶

Obviamente que la asignación de riesgos podrá atenuarse mediante medidas de mitigación apropiadas. Estas variarán de acuerdo al tipo de riesgo de que se trate. La principal medida de mitigación será que el contrato tenga una estructura contractual adecuada y sólida (esto aplica no sólo al contrato base o contrato PPP, sino también a la estructura contractual accesoria como subcontratos, acuerdos directos, contratos de cobertura de tasa de interés o tipo de cambio, contratos de compra de producto, etc.). Sin embargo, la existencia de una “buena estructura contractual” no es la única herramienta para aliviar el impacto de los riesgos en el proyecto. Otro de los principales mitigantes será la existencia de un régimen jurídico e institucional confiable y estable que garantice al contratista (y a las entidades que financien el proyecto) que no existirán cambios unilaterales imprevisibles en las reglas del juego, así como una mecanismo ágil

²⁴ Guía para la preparación del Informe de las Autoridades Convocantes previsto en el artículo 13 de la Ley N° 27.328, disponible en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público-Privada.

²⁵ YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 243.

²⁶ YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 243. Yescombe también explica que las entidades que financian un proyecto no sólo se focalizan en la probabilidad de que un riesgo se materialice, sino en cual es el impacto del riesgo sobre el proyecto. Por esta razón, las entidades financiadoras darán mucha relevancia, no sólo a los riesgos que tienen alta probabilidad de ocurrir, sino también a los riesgos cuya probabilidad de ocurrencia es baja pero, en caso de suceder, su impacto sería muy significativo.

y rápido de resolución de controversias.²⁷ Existirán, además, otros mitigantes como ser la existencia de seguros, el traslado de los riesgos a los subcontratistas, el otorgamiento de subsidios por parte de la autoridad contratante, etc.

En los puntos siguientes, abordaremos los riesgos típicos de algunos proyectos PPP, la manera en que, en general, estos han sido asignados y las medidas de mitigación que se han aplicado en la práctica internacional.

4. Los riesgos en los proyectos viales y de transmisión eléctrica

(a) Los proyectos viales en curso

Cómo es de público y notorio, en enero de 2018 el Gobierno Nacional lanzó formalmente la convocatoria para la presentación de ofertas para la construcción y operación de 6 corredores viales bajo el programa de PPP Red de Autopistas y Rutas Seguras – RARS.

En ese marco, luego de la presentación de ofertas, con fecha 15 de mayo de 2018, se emitió el dictamen de evaluación de precalificación respecto del cumplimiento de las exigencias formales, legales, técnicas y económico-financieras previstas en los pliegos y el 17 de mayo se procedió con la apertura de las ofertas económicas. Por su parte, el 31 de mayo de 2018 se emitió el dictamen de evaluación de ofertas económicas y quedó pendiente la adjudicación formal de los distintos corredores.

Se espera que los próximos meses el Gobierno Nacional convoque a licitación para la adjudicación de los contratos correspondientes a otros corredores viales.

(b) Los proyectos de transmisión eléctrica en curso

En función de la información disponible a la fecha, el Gobierno Nacional proyectaría licitar la construcción, bajo el sistema PPP, de diversas líneas de transmisión y 2 estaciones transformadoras. Estas licitaciones se dividirían en distintas etapas. En una primera etapa, se licitaría la construcción de una línea de alta tensión conectado las estaciones transformadoras del Río Diamante con una nueva estación transformadora a construirse en Charlone, Provincia de Buenos Aires. En una segunda etapa, se licitaría el tramo desde Charlone hasta Plomer, en media tensión y la remodelación de la estación transformadora de Plomer. Luego, se licitaría una nueva línea de alta tensión desde Plomer hasta Vivoratá, la línea Rodeo-La Rioja, la remodelación de la estación transformadora Smith, la línea entre Atucha II y Belgrano II, la línea Puerto Madryn-Choele Choele y las líneas Plomer-Belgrano, Plomer-Atucha II y Plomer-Ezeiza.

²⁷ Según un estudio efectuado por la OCDE, la inexistencia de un marco legal estable y confiable es una de las tres primeras barreras para la inversión en infraestructura en América Latina. Esto incluiría además, la imposibilidad de ejecutar adecuadamente decisiones judiciales y arbitrales así como cambios regulatorios adversos. Cfr. OCDE, *Selected Good Practices for Risk Allocation in Infrastructure in APEC Countries*, Octubre 2017, p.8.

Según la información disponible, el Gobierno Nacional prevé utilizar un esquema similar al aplicado en el caso de los corredores viales con publicación de pre-pliegos y pre-contrato en consulta, para luego lanzar la convocatoria formal antes de fin de año.

(c) La distribución de riesgos en los proyectos viales y de transmisión eléctrica

En los proyectos de infraestructura existen riesgos que son comunes a todos. Sin embargo, pueden presentarse algunos matices según se trate de un proyecto vial, ferroviario, eléctrico, etc. Así, por ejemplo, pueden mencionarse los riesgos vinculados con: la adquisición de las tierras y los riesgos de suelo, el impacto ambiental y social del proyecto, la construcción, la finalización del proyecto, riesgos operativos (entre otros, demanda y precio), riesgos relacionados con el mantenimiento de la infraestructura, riesgos económicos (inflación, cambiarios y de tasa de interés) y políticos. Existen, además, otros riesgos en estos proyectos, como son aquellos vinculados con el diseño, la indisponibilidad de ciertos seguros, los cambios regulatorios, entre otros.

A continuación, se identifican algunos de los principales riesgos presentes en los proyectos viales y de transmisión eléctrica, así como también la práctica internacional en materia de asignación y mitigación²⁸. Dado que muchos de los riesgos derivados de estos proyectos son comunes, en las secciones que siguen serán tratados en forma conjunta y se identificarán las particularidades de cada tipo de proyecto cuando sea necesario.

1. Riesgos vinculados con la adquisición de tierras y riesgos asociados al sitio:

1.1. Riesgos vinculados con la adquisición de los terrenos, selección del sitio, condiciones geológicas, permisos, derechos de acceso y servidumbres, seguridad.

Asignación: en general, se trata de un riesgo compartido. La autoridad contratante suele asumir la mayor parte de estos riesgos, pues se encuentra en una mejor posición para elegir y adquirir la propiedad requerida para el proyecto. Sin embargo, en algunos casos los riesgos pueden ser distribuidos entre ambas partes. Por ejemplo, si bien la disponibilidad de la propiedad debe ser asegurada por el Estado, el hecho de que dicha propiedad sea adecuada dependerá del diseño y plan de construcción preparado por el contratista privado. Asimismo, el Estado suele entregar la propiedad “como se encuentra” y, por ende, el contratista suele asumir los riesgos imprevistos por problemas de suelo no identificados previamente²⁹. Desde el punto de vista del financiamiento, es

²⁸ GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB, *Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts*, 2016; YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, Capítulo 14.

²⁹ Sobre el punto explica MAIRAL que, en general, el Estado no posee estudios detallados y seguros de suelo. Por otra parte, no es razonable exigir al licitante que realice tales estudios. En dicho escenario de incertidumbre, solo constructores muy experimentados asumirán el riesgo de cotizar un precio fijo por aquellas obras y únicamente financistas con baja aversión al riesgo estarán dispuestos a financiar un proyecto sin contar con un contrato de obra a precio determinable con un razonable grado de

común que las entidades que financien el proyecto no desembolsen hasta tanto la sociedad de aquel no asegure el acceso a los terrenos requeridos para su construcción³⁰.

Mitigación: a fin de mitigar estos riesgos, suelen llevarse adelante estudios geológicos, sociales y ambientales detallados en las propiedades que quedarán afectadas al proyecto. Idealmente, el proceso de adquisición (Por ejemplo: expropiación) de las tierras debe darse con anterioridad a la adjudicación del contrato. En general, resulta necesario que el sector público utilice su poder de imperio. Por un lado, para asegurar las propiedades sujetas al proyecto -a través de la expropiación de los terrenos o la relocalización de comunidades o asentamientos- por otro, para mitigar el impacto social y ambiental del proyecto. Con relación a la existencia de cuestiones vinculadas con la propiedad comunitaria de las tierras, en la mayoría de los casos, este riesgo queda a cargo del Estado.

Sin embargo, pueden existir casos en los cuales se traslade al contratista privado parte de esos riesgos. Un ejemplo de ello podría darse en nuestro país en el caso de las líneas de transmisión eléctricas,. Allí es aplicable una norma federal que regula la manera cómo deberán afectarse al régimen de servidumbre administrativa de electroducto los terrenos afectados por la traza de la línea y, además, existe práctica y experiencia suficiente en el país para conocer los riesgos y tiempos que aquel trámite conlleva³¹.

- 1.2. *Riesgo de que las condiciones ambientales subyacentes afecten el desarrollo del proyecto, así como el potencial daño al ambiente y a las comunidades asentadas cerca del sitio del proyecto.*

Asignación: estos riesgos son, principalmente, asumidos por el sector privado que, en general, recibe los terrenos “como están”. Aquel debe definir la estrategia social y ambiental a seguir, así como también tomar a su cargo la obtención de todos los permisos y autorizaciones necesarias. En algunos casos, el sector público efectúa una declaración sobre los riesgos conocidos respecto de los predios y es común que todo riesgo no declarado sea conservado por el Estado. Pero, existen otros casos, principalmente en países en vías de desarrollo, en que todos los riesgos vinculados con el sitio, a partir de su “entrega” al contratista, quedan a cargo de este.

aproximación. MAIRAL, Héctor A., *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, RAP, Doctrina Pública, XX-VII-2, p. 149.

³⁰ YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 249.

³¹ Otro ejemplo, que no ha sido enmarcado en el esquema de la Ley N° 27.328, es el caso de los proyectos de generación de energía renovable adjudicados bajo el Programa RenovAR. En ellos, es el sector privado quien debe efectuar las consultas correspondientes para identificar, en cada caso, la existencia de comunidades originarias en los sitios de proyecto o en los predios aledaños. Además, como parte del sistema de gestión ambiental y social, se debe obtener los consentimientos necesarios y trabajar en conjunto con las comunidades para mitigar los impactos que el proyecto pueda tener sobre aquellas.

Mitigación: a fin de mitigar estos riesgos, en países desarrollados, el sector público suele llevar adelante estudios detallados con anterioridad a la entrega de los predios. Asimismo, el sector privado buscará mitigar estos riesgos mediante una reasignación adecuada a sus subcontratistas.

La correcta asignación y administración de estos riesgos resulta muy relevante, entre otras razones, porque los financistas internacionales y los organismos multilaterales de crédito establecen exigencias y requerimientos muy estrictos acerca de la gestión ambiental y social de estos proyectos. Esta es una consecuencia de los compromisos asumidos por la mayoría de las entidades financieras a los Principios de Ecuador. Estos últimos constituyen un conjunto de reglas y directrices ambientales y sociales aplicables en la financiación de proyectos, basados en las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional³².

1.3. Riesgos vinculados con el diseño del proyecto, estudios de viabilidad, aprobación de y cambios al diseño.

Asignación: en principio, es el sector privado quien asume los riesgos vinculados con el diseño del proyecto. En algunos casos, la autoridad contratante puede suministrar a los oferentes un diseño básico. Sin embargo, en general, la documentación del proyecto establece solo especificaciones técnicas básicas. De esta forma, deja al oferente privado la determinación del diseño, tanto básico como de detalle. Incluso en aquellos casos en que el Estado provee un diseño básico, se exige al contratista privado asumir el riesgo de error de dicho diseño.

Esto así no sólo porque, en general, será el contratista privado el más capacitado para el diseño del proyecto, sino también porque si el Estado estableciera especificaciones de diseño muy precisas (Por ejemplo: en proyectos de transmisión eléctrica podrían mencionarse los requisitos en materia de conductores, de tipo de torres o de traza de la línea), se podría afectar la capacidad del contratista privado de asegurar la eficiencia de su diseño de proyecto. Además, la autoridad contratante podría verse obligada a asumir parte del riesgo relacionado con el diseño³³.

³² Tal como se explica en el sitio web de la Corporación Financiera Internacional, las entidades financieras que han adoptado los Principios de Ecuador se comprometen a aplicar políticas y procesos internos que van en línea con estos principios, lo que en la práctica implica: (i) que la entidad financiera deberá analizar el riesgo ambiental y social del proyecto; (ii) que el tomador del financiamiento deberá estar sujeto a una evaluación ambiental muy detallada; (iii) que el tomador del financiamiento deberá preparar un plan de acción ambiental y social, describiendo y priorizando las acciones y medidas correctivas y de mitigación necesarias; y (iv) que el tomador del financiamiento se obligará a cumplir con dicho plan de acción y asumirá ciertos compromisos de información respecto de su seguimiento y cumplimiento. .

³³ Sobre el punto explica Mairal que: "...que cuanto más control desea tener el Estado sobre el proyecto, más riesgos asume. Si la Administración establece el tipo de equipos que deben instalarse, asume el riesgo de que ese tipo de equipos no alcance el nivel de prestación que ella desea. Por el contrario, si se limita a indicar el nivel de prestación a lograrse, el riesgo de seleccionar equipos inadecuados recaerá sobre la parte privada" (cfr. MAIRAL, Héctor A., *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, RAP, Doctrina Pública, XX-VII-2, p. 155).

Mitigación: a fin de mitigar estos riesgos, en general, la documentación del proyecto no debería establecer prescripciones muy detalladas más allá de especificaciones técnicas de cumplimiento y obligaciones de construcción generales, de acuerdo a las buenas prácticas de la industria y la legislación aplicable. De esta manera, el contratista privado tiene amplitud para introducir soluciones innovadoras. A fin de mitigar los riesgos, aquel buscará asignarlos a subcontratistas de reconocida experiencia³⁴. En este caso, son aplicables también los comentarios efectuados más adelante sobre la necesidad de que los subcontratos guarden correlación con los términos del contrato principal.

2. *Riesgos vinculados con la construcción: disputas laborales, problemas en la administración del proyecto y las interfaces con diferentes subcontratistas, defectos, disputas con subcontratistas, insolvencia del subcontratista, demoras y sobrecostos, entre otros.*

Asignación: en general, es el contratista privado quien asume todos los riesgos relacionados con la administración y construcción del proyecto, que incluye costos, cumplimiento de buenas prácticas de la industria y defectos. Lo mismo sucede con los riesgos vinculados con disputas laborales, a menos que se trate de huelgas generales derivadas de cuestiones políticas. Asimismo, en el caso de las líneas de transmisión, el contratista es quien se encuentra en una mejor posición para integrar la construcción, energización, operación y mantenimiento del proyecto.

Mitigación: en general, la manera de mitigar estos riesgos es la contratación de subcontratistas de reconocida experiencia y solvencia y la reasignación de los riesgos a aquellos mediante la negociación de contratos llave en mano, con precios fijos -en la medida de lo posible- y de calendarios garantizados. En aquellos contratos suelen establecerse también garantías específicas del subcontratista que pueden consistir en: un fondo de reparo (es decir, la retención de un porcentaje determinado de cada pago para la creación de un fondo de reserva a ser liberado contra la terminación de la obra), una garantía de anticipo financiero y garantía de cumplimiento por un porcentaje (generalmente, entre el 10% y 15%) del valor del contrato.

Con miras a ese fin, resulta imprescindible que los términos del contrato del proyecto PPP y los contratos con los subcontratistas estén espejados o sean similares, tanto respecto de la determinación de los riesgos como de las consecuencias de aquellos. No protegería adecuadamente al contratista privado, por ejemplo, la inclusión de una

³⁴ La incorrecta evaluación de riesgos por parte del constructor traslada los riesgos mal asumidos a las entidades que financien el proyecto. Y, como expresa Marial, esto será así aun cuando el contrato de construcción sea un contrato llave en mano a precio fijo, puesto que, además del contrato, lo importante es la experiencia y la solvencia del constructor. Por ello, los proyectos PPP requieren la intervención de un constructor de reconocida trayectoria con competencia técnica y suficiente solvencia que garantice los riesgos asumidos por éste y los demás riesgos que el contrato le asigna. (cfr. MAIRAL, Héctor A., *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, RAP, Doctrina Pública, XX-VII-2, p. 156).

cláusula de fuerza mayor en el contrato con su subcontratista más amplia que aquella prevista en el contrato PPP. Esto se debe a que podría suceder, en ese caso, que el contratista se viera obligado a liberar de responsabilidad por fuerza mayor al subcontratista sin poder invocar dicha defensa bajo el contrato PPP ante la autoridad contratante. Lo mismo sucedería en caso de que el alcance de los trabajos fuera distinto en el contrato PPP y el contrato con los subcontratistas, o si no existiera correlación entre las penalidades por demora en ambos contratos, entre otros ejemplos.

Las entidades que financien el proyecto también solicitarán la formación de ciertas reservas o de contribuciones de capital contingentes del sponsor. Esto apunta a cubrir los posibles costos adicionales que pudieran generarse para el proyecto por demoras en el avance de los trabajos, imprevistos u otras circunstancias vinculadas con la construcción.

Con relación al cronograma, cabe notar que en el caso de las líneas de transmisión, la autoridad contratante generalmente preferirá que la finalización de los trabajos y la energización de la línea se realice todo de una sola vez y no por tramos. Asimismo, en estos casos será importante que las acciones que la autoridad contratante -o entidades u organismos dependientes de aquella con competencia en la supervisión y habilitación comercial de las facilidades de transmisión- adopte con relación a la construcción, pruebas, puesta en marcha y habilitación del proyecto no demoren significativamente el desarrollo del proyecto. Las autoridades contratantes, en algunos casos, pueden asumir el riesgo vinculado con las demoras originadas en la omisión de las autoridades de emitir los permisos, autorizaciones o licencias requeridas para la habilitación de los proyectos en tiempo y forma. Por otra parte, si hay incrementos de costos originados en cambios de estándares o exigencias por parte del Estado con posterioridad a la celebración del contrato, es común que se prevean mecanismos para permitir el reajuste de precio en dichos casos.

3. Riesgos vinculados con la finalización del proyecto que incluyen sobre costos y demoras.

Asignación: como regla, será el contratista privado quien asuma los riesgos vinculados con el cumplimiento de plazos de finalización y la existencia de sobre costos. Estos se ven reflejados, principalmente, por la pérdida de ingresos y los costos continuos del financiamiento de la construcción (garantías, cuentas de reserva, etc.).

Mitigación: a fin de mitigar estos riesgos, es común que la autoridad contratante prevea la posibilidad de un cronograma de finalización en etapas y autorice al contratista –en la medida de lo posible– a operar los tramos terminados. De esta manera, se le permite recibir ingresos antes de la finalización total del proyecto. Desde el punto de vista de la autoridad contratante, suelen establecerse fechas máximas, penalidades por retraso y multas financieras como incentivos para la finalización del proyecto en plazo. A su vez, a fin de aminorar los riesgos, el contratista privado buscará asignarlos a subcontratistas de reconocida experiencia. Aquí también es posible aplicar las consideraciones efectuadas supra sobre los subcontratos y su necesaria correlación con el contrato principal.

4. *Riesgos vinculados con la performance del proyecto: incluye los relacionados con el cumplimiento de las especificaciones, accidentes, vandalismo, conversión del equipamiento en obsoleto y expansión del proyecto.*

Asignación: como regla, será el contratista privado quien asuma estos riesgos. Así, la autoridad contratante mantiene la responsabilidad de supervisar el cumplimiento y asegurarse que se cumplan los niveles de servicios requeridos por el contrato (Por ejemplo: en el caso de proyectos viales se debe prestar atención al flujo de tráfico, demoras en peajes, respuesta a accidentes, etc.). La autoridad tendrá, a su vez, la responsabilidad de establecer tales niveles de servicio equilibrando las necesidades de este con exigencias que el contratista pueda razonablemente cumplir sin encarecer significativamente el costo del proyecto. Asimismo, durante la vida del contrato será el contratista privado el encargado del control de la infraestructura y, por ende, será quien asuma los riesgos vinculados con accidentes, daños, contaminación, higiene y seguridad y vandalismo.

Mitigación: a fin de mitigar estos riesgos, la autoridad contratante debe asegurarse de establecer niveles de servicio razonables sobre la base de sus objetivos de política e información de mercado. A su vez, el contratista privado buscará asignar esos riesgos a subcontratistas de reconocida experiencia. Aquí también, se pueden aplicar las consideraciones efectuadas supra sobre los subcontratos y su necesaria correlación con el contrato principal.

5. *Riesgo de demanda*

Asignación: aquí puede hacerse una distinción entre los proyectos viales y los de transmisión eléctrica, así como también diferenciar si se trata de proyectos llevados a cabo en países desarrollados o en vías de desarrollo.

En el caso de los proyectos viales, los primeros que se realizaron en países desarrollados los primeros proyectos solían atribuir la responsabilidad de este riesgo al contratista privado. Sin embargo, en muchos casos los estudios de tránsito y las proyecciones de demanda sobreestimaron el flujo y derivaron en problemas financieros significativos para muchos proyectos. Por esta razón, en muchos países, la autoridad contratante es quien retiene el riesgo de demanda. Allí, el sector privado se niega a asumir dicho riesgo, a menos de que existan análisis de tránsito detallados y un sistema de protección adecuados contra cambios materialmente adversos (Como podrían ser nuevas alternativas de transporte, cambio en las rutas, accesos circundantes, etc.).

En el caso de proyectos vinculados con la obra de líneas de construcción, en general, es la autoridad contratante quien asume el riesgo de demanda.

Mitigación: con el objeto de mitigar estos riesgos, los estudios de tránsito y de demanda proyectada -tanto en el caso de los proyectos viales como los de línea de transmisión eléctrica) - deben ser completos y exhaustivos.

En aquellos casos en que se establece el riesgo en cabeza del contratista privado (como es – generalmente - el caso de los viales), a fin de reducir el riesgo, la autoridad contratante puede garantizar una demanda mínima y pagar al contratista las sumas necesarias para compensar cualquier deficiencia en la demanda hasta el mínimo garantizado. Si existieran, además, significativas incertidumbres acerca de la posible demanda del proyecto, este podría estructurarse sobre la base de pagos por disponibilidad y no por un ingreso basado en la demanda.

6. *Riesgos vinculados con la terminación anticipada del contrato*

Asignación: En este caso, el riesgo es compartido. La asignación dependerá de las causas de la terminación. En cuanto a la terminación por causa de la autoridad contratante, los contratos en general establecerán la obligación estatal de pagar una compensación que cubra el financiamiento otorgado al proyecto y una porción del capital contribuido por el sponsor. Si la terminación es sin culpa de las partes, es común que se establezca que la compensación cubra el financiamiento; no así el capital invertido por el sponsor. Finalmente, ante casos de terminación por culpa del contratista, los contratos suelen establecer una compensación más baja en función del valor libros de la inversión o la financiación pendiente, más el derecho del Estado de reclamar los daños resultantes.³⁵

Mitigación: Los mecanismos de mitigación en este caso se vinculan con la definición de mecanismos de remediación de las causales de terminación, el otorgamiento de derechos de step-in a quienes hubieran financiado el proyecto y, respecto del contratista privado, la asignación de los riesgos respectivos en los subcontratos que hubiera celebrado.

7. *Riesgos vinculados con eventos de fuerza mayor*

Asignación: En general, los riesgos asociados a eventos de fuerza mayor son riesgos compartidos. En aquellos casos en que el proyecto es destruido con anterioridad a su reversión, suele establecerse la obligación del contratista privado de re-construir el activo a su costo en caso de que el riesgo sea pasible de ser asegurado. Dado que es probable que el contratista no asuma los riesgos que no sean asegurables, es común que la autoridad los asuma una vez excedidas ciertas pautas temporales o costos originados en el evento de fuerza mayor. Durante la operación, el impacto de la fuerza mayor

³⁵ La terminación anticipada es una de las principales preocupaciones de los financistas de proyectos de PPP. En este sentido, en casos de terminaciones anticipadas de contratos de obra pública el régimen legal prevé una solución bastante razonable pues en caso de extinción se reconoce la liquidación de los trabajos realizados pendientes de pago, el pago de los gastos improductivos y aquellos gastos que deriven de la terminación anticipada del contrato (art. 54 de la Ley N° 13.064). Sin embargo, en estructuras de PPP, en las que el financiamiento de los proyectos es privado, la terminación anticipada del contrato no es una solución para los financistas pues con ello no recuperarán el flujo de fondos que hubiera generado el proyecto. Cfr. MAIRAL, Héctor A., *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, RAP, Doctrina Pública, XX-VII-2, p. 150.

dependerá de si el proyecto ha sido estructurado sobre una base de disponibilidad o de demanda.

Mitigación: Generalmente, los riesgos vinculados con daños físicos al proyecto como consecuencia de eventos de fuerza mayor se mitigan a través de la contratación de seguros en la medida en que se encuentren disponibles. Entre los daños asegurables, suelen encontrarse aquellos producidos por eventos de la naturaleza. Por su parte, según la jurisdicción, pueden no ser asegurables eventos tales como huelgas, protestas, amenazas terroristas, entre otros. Tal como se menciona precedentemente, será necesario, además, que el contrato principal y los subcontratos se encuentren alineados en la regulación de la definición, alcance y consecuencia de la fuerza mayor.

8. *Riesgos cambiarios y de tasa de interés*

Asignación: En países desarrollados, estos riesgos son asignados, en general, en su totalidad al contratista privado. En países en desarrollo, pueden darse casos en los que el riesgo es compartido, en los que la autoridad contratante asume el riesgo de devaluación en la medida en que afecta la viabilidad económica del proyecto (ingresos en moneda local vs. pagos de importaciones y del financiamiento en moneda extranjera). En algunos casos se pacta que, en caso de que la devaluación supere ciertos límites, el contrato puede ser rescindido sin culpa; en otros, se prevén ciertos subsidios de parte del Estado para mitigar el impacto de la devaluación.

Mitigación: La principal herramienta disponible para el contratista privado para mitigar estos riesgos son los contratos de *hedge* o cobertura de tipo de cambio y tasa de interés.

9. *Riesgos políticos: riesgo de expropiación, nacionalización, ocupación y otras formas de intervención o interferencia estatal que afecte o impida al contratista el cumplimiento de sus obligaciones y/o el ejercicio de sus derechos bajo el contrato*

Asignación: Estos riesgos suelen asignarse a la autoridad contratante. Por ello, los contratos generalmente establecen protección contra la expropiación, confiscación, nacionalización, medidas discriminatorias y/o medidas similares.

Mitigación: Los contratos suelen establecer protección contra este tipo de actos y el derecho del contratista a recibir compensación por los daños causados.³⁶

10. *Riesgos regulatorios (cambio de ley)*

³⁶ En esta línea, e independientemente de la protección específica que pueda establecerse en los contratos, la Ley N° 27.328 establece – por ejemplo – que en caso de terminación de un contrato PPP por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, antes de tomar posesión del proyecto, deberá pagarse al contratista compensación adecuada, la cual deberá tener en cuenta además el financiamiento pendiente.

Asignación: En general, el riesgo de cambio de ley suele asignarse primariamente a la autoridad contratante. En este sentido, en estos proyectos suele protegerse al contratista privado contra modificaciones legislativas o regulatorias: (i) discriminatorias; (ii) específicas del sector o de los proyectos PPP en esa jurisdicción; o (iii) cambios generales que afecten los gastos de capital del proyecto.

El contratista, por su parte, suele asumir los riesgos vinculados con cambios normativos y de estándares técnicos en la medida en que fueran previsibles al momento de presentar la oferta, así como aquellos cambios legales generales que afecten los gastos operativos y la carga tributaria del proyecto. En algunos proyectos, en jurisdicciones en las cuales el marco legal asegura que no tendrán impactos los cambios que se sucedan durante la construcción, la posibilidad del contratista de solicitar compensación por cambios regulatorios se establece solo una vez finalizada la construcción.

Mitigación: En general, suelen establecerse en el contrato cláusulas de indexación o de ajuste o revisión de precios, o mecanismos de traslado del incremento a las tarifas pagadas por los usuarios. Por lo común, se compensa al contratista privado por cambios de ley que son discriminatorios con respecto del proyecto o del contratista, o específicos respecto al sector en el cual se desenvuelve el proyecto. Sin embargo, suelen establecerse niveles mínimos de afectación de manera que los reclamos por cambio de ley queden limitados a cuestiones materiales o significativas. En aquellos casos en que la compensación por los cambios de ley no resulta posible, suele brindarse al contratista la posibilidad de terminar el contrato por culpa de la autoridad contratante. En los países en desarrollo, es usual que la autoridad contratante asuma mayor responsabilidad por los cambios regulatorios ocurridos luego de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato.

11. Riesgos vinculados con la inflación

Asignación: Generalmente, los riesgos vinculados con la inflación en los proyectos viales son soportados por el usuario del proyecto, en el caso de los proyectos basados en demanda, y por la autoridad contratante en los proyectos basados en disponibilidad. En estos últimos, el esquema de pagos generalmente incluye un componente fijo y un componente variable que refleja los costos variables del proyecto.

En el caso de líneas de transmisión, los riesgos de inflación suelen ser soportados por el contratista privado durante la construcción y por la autoridad contratante durante la etapa de concesión u operación. Durante la etapa de concesión, los pagos por disponibilidad generalmente prevén un componente fijo y un componente variable que incluye un factor de ajuste para reconocer los incrementos de costos según índices de precios al consumidor.

Este riesgo suele estar más presente en países en desarrollo, pues en los países desarrollados la inflación suele ser inexistente o mínima.

Mitigación: Los contratos suelen establecer cláusulas de indexación (excepto en aquellos casos en que se encuentra prohibida), o sistemas de reajuste o redeterminación

de precios que reflejan los aumentos de costos según índices de precios al consumidor. En el caso de proyectos viales basados en demanda y en los que el costo es abonado por los usuarios (por ej., rutas o autopistas concesionadas), la autoridad contratante puede verse obligada a otorgar un subsidio al contratista en caso de que los usuarios no puedan soportar el aumento del costo del servicio (o la autoridad, por decisión política, decida no trasladar ese aumento al usuario).

5. Palabras finales

La viabilidad y el éxito de un programa de PPP depende de numerosos factores. En primer lugar, se requiere de un marco jurídico e institucional estable que brinde a los inversores y financistas la seguridad y certeza jurídica requerida para el desarrollo de estos proyectos de largo plazo.

En segundo lugar, de la selección de proyectos adecuados para ser desarrollados a través de estos esquemas ya que, como hemos visto, para algunos proyectos los esquemas de contratación clásicos pueden ser más convenientes. Para ello, será necesario realizar un análisis adecuado, completo y realista de los costos y beneficios de cada proyecto.

En tercer lugar, es necesario que el Estado cuente con funcionarios con las competencias técnicas necesarias para el diseño, implementación y control adecuado de estos proyectos. En cuarto lugar, se necesita cierta estabilidad del sistema político, ya que los proyectos de PPP son proyectos de largo plazo que, además, requieren de la intervención de numerosos sectores y organismos, así como de la adecuada interacción de los distintos poderes del Estado.

Independientemente de los factores antedichos, el éxito de un proyecto de PPP requiere una adecuada asignación de los riesgos implícitos en el proyecto. Esto implica que la distribución de riesgos no solo debe fundarse en el principio básico de que el riesgo deberá recaer sobre la parte que se encuentre mejor posicionada para manejarlo, sino que ese principio debe ser llevado a la práctica y de forma razonable y realista considerando la capacidad técnica y solvencia del contratista privado, los riesgos que en general el mercado está dispuesto a asumir, la probabilidad del acaecimiento del riesgo y también su impacto en el proyecto, entre otras cuestiones.

La correcta asignación de riesgos será crítica para el éxito de un proyecto de PPP en gran medida porque de ella dependerá su financiamiento. Los financistas suelen ser, como vimos, bastante aversos al riesgo; particularmente, las entidades que suelen financiar este tipo de proyectos son las entidades multilaterales de crédito y los bancos comerciales. Para estos, todo riesgo retenido en la sociedad del proyecto es un riesgo propio ya que la sociedad de proyecto no posee espaldas financieras suficientes para hacerse cargo de aquellos.

La fuente de repago del financiamiento estará dada, en gran medida, si no exclusivamente, por los fondos que genere el proyecto. Asimismo, cuánto más bajos sean los riesgos que se mantienen en la sociedad de proyecto, menor será el costo de

financiación que podrán ofrecer. Por ello, los financistas desean que los riesgos que se mantengan en la sociedad de proyecto sean mínimos.³⁷

Pero, independientemente de su financiamiento, la correcta distribución de riesgos es lo que permitirá al contratista llegar a buen puerto con la terminación de la obra y la operación del proyecto. A su vez, permitirá a la autoridad contratante llevar adelante proyectos que de otra manera no podría realizar con los consiguientes beneficios sociales, económicos y también políticos que ello trae.

Para terminar, la correcta distribución de riesgos de un proyecto PPP es una de las tareas más complejas de estos proyectos pues requiere un análisis técnico, legal y socio-económico que no solo debe ser muy profundo y detallado, sino que además debe ser oportuno y realista. Por ello, resulta positivo que nuestro marco legal establezca esta asignación y los principios que deben informarla, como uno de los contenidos mínimos obligatorios de los contratos PPP.

³⁷ Como gráficamente explica Yescombe, en materia de asunción de riesgos, el *approach* de los financistas en los financiamientos de proyectos se define por la máxima “*un banquero es una persona que te presta un paraguas cuando no está lloviendo*”. YESCOMBE, E.R., *Private Public Partnership. Principles of Policy and Finance*, BH, 2007, p. 243.

An Analysis of Cicero's *Pro Caecina*: Piso's Argument Viewed From a Statutory Interpretation Perspective¹

Mark Remete²

Abstract

Statutory interpretation is a discipline where many legal thinkers differ in both method and result. The following article fuses together two different ideas—the ancient legal definition of a possessory action and a modern tool of legal analysis, statutory interpretation. The article aims to analyze the arguments of an advocate in an ancient trial under two contemporary schools of statutory interpretation

Resumen

En los Estados Unidos existen diversas corrientes doctrinarias que interpretan las leyes³. Estas corrientes, o escuelas doctrinarias, difieren en su método de interpretación y también en el resultado de su análisis. El siguiente ensayo combina dos conceptos diferentes: la antigua definición de una acción posesoria y el análisis de escuelas doctrinarias de interpretación de leyes. La finalidad de este ensayo es analizar los argumentos de un jurista de la antigua Roma bajo la perspectiva de dos escuelas actuales de interpretación de leyes.

¹ Special thanks to Professor Wilson Shearin from the Department of Classics of the University of Miami for all his help he provided me in making this article better.

² Marcos A. Remete es abogado de la Universidad de San Andrés, egresado 2015. Actualmente es candidato al título de abogado J.D (Juris Doctor) y candidato al título de LLMM (Master of Laws- in International Law) en la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami, EEUU en 2018.

³ La palabra “Statute” no debe confundirse con la palabra “estatuto”. “Statute” es una ley que emana de un órgano legislativo estatal o federal.

1. Introduction

The following article analyzes through current statutory interpretation doctrines a segment of Cicero's *pro Caecina*. The *pro Caecina* involves a suit between Aulus Caecina and Sextus Aebutius, the former represented by Marcus Tullius Cicero ("Cicero"), the latter by C. Calpurnius Piso ("Piso").¹ The specific segment of the trial under study revolves around Piso's definitions of a type of legal action known as "*Interdict de vi armata*." Based on Bruce Frier's comments on the *pro Caecina*, Piso defines *de vi armata* in two distinct manners. The main claim of this work is that Piso's first argument represents one current school of statutory interpretation, while his second argument represents a different contemporary school of statutory interpretation. In establishing this claim, the essay will also consider how this change occurs.

In order to provide proper context for the reader, the article begins first with a short description of the relevant actors in the Roman legal world during the Republican era. I identify the authors of Roman laws and those who would resolve a case comparable to that of the *pro Caecina*. Special emphasis is placed on discussing the jurists of the Republican era.

Next I offer a brief explanation of the most important contemporary doctrines of statutory interpretation. This section offers the modern tools to analyze Piso's argument.

Then the context of the *pro Caecina* is considered, allowing the reader to understand what led to the dispute between Caecina and Aebutius.

¹ C. Aquilius was the jurist who provided the interpretation of the *de vi armata* for Cicero's argument. As for Piso's argument, it is still an open question which jurist provided the rationale for his interpretation. Frier argues that this jurist was likely Servius Sulpicius Rufus. Frier, Bruce W. *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's "Pro Caecina"*. Princeton U Pres, 1985.PP., 139, 140, 152-155. The praetor for the case was P. Cornelius Dolabella. An interesting fact is that Cicero represented Dolabella on a prosecution he faced. Even more interesting is that Dolabella was married to Cicero's daughter. See: Steel, Catherine. "Chapter 12: Early-career Prosecutors: Forensic Activity and Senatorial Careers in the Late Republic." In Du Plessis, P. J. (2016). *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (p. 218.). Edinburgh: Edinburgh University Press.

Afterwards, the main claim of this article is introduced, which demonstrates that Piso initially was arguing in line with one modern statutory interpretation theory and then changed to another interpretative theory.

As a way of concluding the article, I offer some final thoughts on why we should care to use statutory interpretation doctrines to analyze ancient Roman cases such as the *pro Caecina*. Briefly stated, using doctrines of statutory interpretation can provide precision to the analysis of ancient Roman legal texts by modern legal scholars.

Furthermore, using such doctrines to analyze an ancient Roman case allows the scholarly community to revise a traditional narrative. It has been suggested that the majority of Roman law as a developed legal tradition originates from the “classical” period and that the Republican era displays only a formative stage of the law.² (Barry, N., & Metzger, E., 1976. p. 14). On such an assessment, the interpretations expounded by Republican era jurists would be expected to be amateurish. Contrary to this view, the interpretations offered by the jurists of the Republican era are not dusty, ancient works that are only useful to us for antiquarian or historical reasons. Instead, their contributions are similar to the works of renowned modern legal scholars such as John Austin, Hans Kelsen, Herbert L. Hart and Lon Fuller in that their interpretations seem to answer the question of what “the law” is all about. In other words, the interpretations by these jurists are a contribution to a general theory of the law.

2. Relevant Roman Legal Actors in the Republican Era

The subsequent paragraphs aim to orient the reader historically and culturally. Cicero’s *pro Caecina* dates from 69 B.C. of the Republican era. Therefore, although legal sources from the late antique period such as the *Justinian’s Digest* are essential to the Roman legacy (and contain important Republican material), for the purposes of this

² “...the period from Julian to the middle of the third century or, more widely, the period of the Principate, is commonly called the classical period of Roman law.” Barry, N., & Metzger, E. (1976). *An introduction to Roman law* (p. 14). Oxford: Oxford U Press.

work they are less central. In essence, as one scholar has recently observed, “the late Republic was a world that lacked a single ultimate authority and as such ownership of the law was diffused.” (Matthijs, W., 2016. P. 101) Nonetheless, during this period, there were essentially three sources of law—statutes, praetorian edicts and juristic interpretations.

There were three legislative bodies that enacted statutes; the *comitia centuriata*, the *comitia tributa*, and the *concilium plebis*. The *comitia* enacted legal instruments known as *lex*, while the *concilium plebis* had *plebiscita*. The oldest kind of *lex* (and source of law) attested to us is the “Twelve Tables”, but it was not necessarily enacted by any of the legislative bodies previously mentioned. It is said that the Twelve Tables provide the “foundation of the Roman law,” (Barry, N., & Metzger, E., 1976. p. 14) yet the fact that such laws were enacted does not mean that statutes played a particularly important role in the formation of Roman law. (Barry, N., & Metzger, E., 1976. pp. 14, 15) Actually, between the time of the “Twelve Tables” and the end of the Republic, there are only thirty statutes known to have been enacted. (Barry, N., & Metzger, E., 1976. pp. 14, 15) Formation of Roman law during the Republican era appears to have developed under the urban praetor rather than the legislative bodies.³

The urban praetor was a magistrate that dealt with issues regarding *ius civile*.⁴ This is the private law between citizens. When a praetor began his term, he enacted a general edict containing “series of statements of policy”. (Barry, N., & Metzger, E. 1976. p.

³ “The praetors were the most important magistrates in the development of law: they could introduce new regulations to deal with issues that were not covered by the *ius civile*, or new instruments of law for those who could not use the *ius civile*. The new regulations were collectively called the *ius honorarium*, the body of law created by the magistracy of the Roman Republic. Roselaar, S. T. (2016). Chapter 9: Cicero and the Italians: Expansion of Empire, Creation of Law. In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (p. 148). Edinburgh: Edinburgh University Press.

⁴ As opposed to the *Praetor Peregrini* who dealt with disputes concerning Roman citizens and the *peregrini* (non-Roman citizens). This praetor also contributed to the formation of law in the Republican Era in a similar manner as the urban praetor did: “Where Roman law could not be applied, the praetor could protect the interests of a *peregrinus* by means of an *actio ficticia*; this ordered the judge to proceed as if something was the case, which in fact was not true (Sotly, 1997). Thus the praetor could treat the plaintiff as a Roman citizen when in fact he was not, through the fiction *si civis romanus esset* (citing Gai. Inst. 4.37 and Coşkun 2009: 49-50). Roselaar, S. T. (2016). Chapter 9: Cicero and the Italians: Expansion of Empire, Creation of Law. In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (p. 147). Edinburgh: Edinburgh University Press.

21):⁵ These statements contained the circumstances under which he would grant remedies to a particular cause of action. Moreover, because the particular form was crucial in order for a claim to exist in Roman law, the remedies that the praetor granted would have corresponding *formulae*. It was by granting remedies and constructing *formulae* that the praetor influenced Roman law. In other words, the praetor did not create substantive laws directly, but by influencing the procedure he indirectly created substantive rights. Moreover, it is also important to note that the praetor did not decide the trial at issue. Once the Praetor established the *formulae*, the parties went to trial, which was conducted by a *iudex*. The *iudex*, like the praetor, was a layman, and for legal knowledge he often relied on jurists.^{6,7}

Particularly relevant to the analysis of Piso's argument in the *pro Caecina* is the prominent role of the jurists. Jurists of the Republican era normally came from noble families. (Barry, N., & Metzger, E. 1976. pp. 28-32) They did not have a legal academic formation, but rather learned by being a pupil of an elder jurist.⁸ Citing Cicero, Matthijs Wibier illustrates how the education of a jurist-in-training was undertaken:

...in educating the next generation some prominent jurists allowed students to merely observe their giving of *responsa*, while others invited students to their houses for question-and-answer sessions that went over old cases and sometimes developed hypothetical problems as well. For the specific legal cases we hear about in the sources, it is often impossible to establish in what form their dossiers reached the jurist-teacher who discussed them with his students; but generally speaking it must have involved a

⁵ For a description of an edict see Frier, Bruce W. (1985). p. 42. *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's "Pro Caecina"*. New Jersey: Princeton U Pres.

⁶ see see Frier, Bruce W. (1985). p. 48. *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's "Pro Caecina"*. New Jersey: Princeton U Pres.

⁷ However, Christine Lehne-Gstreinthaler explains that the range of actors that could provide legal knowledge to the *iudex* and participate in the legal realm of the Republic is more widespread. For a more detailed discussion see: Lehne-Gstreinthaler, C. "Chapter 6: 'Jurists in the Shadows': The Everyday Business of the Jurists of Cicero's Time." *Cicero's Law: Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh University Press, 2016, pp. 88–99.

⁸ "In the Republic there was no formal legal education...but in the Empire there emerge two 'schools' to which most if not all of the leading jurists of the first two centuries of the Empire seem to have belonged. They were founded, we are told, by two leading jurists of the reign of Augustus, Capito and Labeo, but took their names from subsequent heads, Massurius Sabinus, already mentioned, and Procolus." Barry, N., & Metzger, E. (1976). *An introduction to Roman law* (p. 32). Oxford: Oxford U Press.

mixture of the senior jurist's personal recollection, of documents preserved in the family archive, and increasingly also of material found in opinion collections in book form. Cicero's oeuvre once more makes it clear that by his time opinion collections circulated that contained the views of more than one older generation of jurists. For example, we learn from one of Cicero's letters that the work of *De Iure civili* of Quintus Mucius Scaevola the Pontifex (consul 95 BC) listed the opinions of different jurists organised by topic. (Matthijs, W, 2016. p. 103)

The traditional view of the jurists is that they were not advocates, but rather scholars. (Du Plessis, P. J. 2016. pp. 1-2) However, this view is not uncontested: "...the work of [Tellegen and Tellegen-Couperus] has introduced persuasive arguments that the separation of the professions and the absolute beliefs in the law/rhetoric, jurist/orator divides are questionable, and the product of nineteenth-century *Dichtung* rather than *Wahrheit*."^{9,10} Moreover, law was not their occupation; it was an additional contribution to public life for them.¹¹ The jurist would provide legal opinions called *responsa* to the praetor, the *iudex*, and to the parties in the trial. In the case of the praetor, for example, the *responsa* influenced the design of an edict. Additionally, "[s]ince they clarified problematic aspects of the law, *responsa* along with case descriptions (occasionally including case decisions) were preserved for future reference, which in addition to legal disputes included legal education." (Matthijs, W, 2016. pp., 103) In this sense, the fact

⁹ *Dichtung* means "poetry" (or "fiction") in German, while *Wahrheit* "truth". Philip, T. (n.d.). Chapter 2: A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back. In P. J. Du Plessis (Ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (p. 14). Edinburgh: Edinburgh University Press.

¹⁰ This revision seems to comply with the historical evidence: Cicero for example, is most commonly known as an orator rather than a jurist. However, the Justinian Digest contains *responsa* attributed to Cicero. Jurists, not orators, are known to provide *responsa*. See Matthijs, W. (2016). Chapter 7: Cicero's Reception in the Juristic Tradition of the Early Empire. In P. J. Du Plessis (Ed.), *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (pp. 100-122). Edinburgh: Edinburgh University Press. Furthermore, Q. Mucius Scaevola the Augur and his cousin, The Pontifex, who were two of the most renowned jurist during the Republican era, had to litigate themselves a case. see Benferhat, Y. (2016). Chapter 5: Cicero and the Small World of Roman Jurists (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (pp. 72-75). Edinburgh: Edinburgh University Press.

¹¹ Q. Mucius Scaevola the Augur and the Pontifex (who were both professors of Cicero), Servius Sulpicius Rufus and Gaius Trebatius Testa were among the most important jurists on the Republican era. They all seemed to have at some point of their life careers in the Roman estate. For a deeper analysis on this issue see: Benferhat, Y. (2016). Chapter 5: Cicero and the Small World of Roman Jurists (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (pp. 71-87). Edinburgh: Edinburgh University Press.

that some of the *responsa* from the Republican era were codified in subsequent texts such as the Justinian Digest should not surprise us. Regarding to the extent of authority of a *responsa*:

The authority of *responsa* was a function of the authority of their authors, who needed to be experts on customary practices in order to find a solution that could be considered ‘right’-- that is, a solution in line with traditional interpretations of status, or customary law, or, in lack thereof, Roman traditions.... Legal opinions given in response to such problems were treated as interpretations of the law with certain authority, although this varied somewhat depending on the status of the issuing jurist. (Matthijs, W, 2016. pp. 101,103)

Besides *responsa*, a passage from Pomponius’s *Enchiridion* reveals that Republican jurists also wrote books similar to legal treatises (Friar, B. W. 1985. pp., 155-156). Indeed, “... we learn from one of Cicero’s letters that the work *De Iure civili* of Quintus Mucius Scaevola the Pontifex (consul 95 BC) listed the opinions of different jurists organised by topic [sic].” (Matthijs, W, 2016. p., 103)

“It is common knowledge that during the later Republic a paradigm shift took place, which laid the foundation for classical law.” (Thomas. P. 2016, p., 17) Scaevola’s *De Iure Civili* is said to be a manifestation of this “paradigm shift” in republican Roman law because it transformed the study of the law from a cautelary jurisprudence perspective to a methodological study of the law.^{12,13} In this sense, it can be asserted that by the end of the late Republic the works provided by the jurists were not arbitrary

¹² Bruce Frier describes cautelary jurisprudence as “...the communication of informed pronouncements or advice on law to petitioners who are ignorant or uncertain about legal rules...was traditionally associated with the desire of upper-class jurists to win friends and secure themselves for elective office; as a form of patronage. Frier, B. W. (1985). *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's " Pro Caecina"*. (pp. 140, 141) New Jersey: Princeton U Pres.

¹³ “ Q. Mucius ‘ achievement as a jurist probably lay less in the realm of “grand theoretical system” than in his salutary concentration on the legal meaning of the particular. His intensity marked a quantum leap in legal science. It is in this sense that he “ established” the *ius civile*. Through his students, his methods passed into the generation of Cicero.” Frier, B. W. (1985). *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's " Pro Caecina"*. (p. 163) New Jersey: Princeton U Pres. For further reading on the “paradigm shift” see Frier, B. W. (1985). *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's " Pro Caecina"*. (pp. 139-171) New Jersey: Princeton U Pres.

decisions, they were contributions to the law that had an inherent intellectual content. In “A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back,” Philip Thomas provides support for the preceding sentence:

[M]ore than anything else the unquestioning acceptance that for centuries ‘legal science’ operated without any theoretical underpinning, but on intuition and authority has become difficult to acknowledge... The belief that during the second and first century BC Roman legal science came into being without theoretical underpinning, and that the accession of the *equites* to the ranks of jurists was the main reason requiring argumentation for legal opinions should be met with scepticism. It is suggested that even before the Twelve Tables some form of theory underpinned Roman jurisprudence, of which unfortunately little information exists [sic] (Thomas. P. 2016, pp. 19-21).

Thomas suggests that the theoretical underpinning that caused Roman law to develop a methodology in the Republican period was the influence of Greek science (Thomas. P. 2016, p. 17). The arguments of Tellegen and Tellegen-Couperus further elaborate on Thomas’ claim by demonstrating that in the context of inheritance law, the Roman jurists likely were influenced by concepts of the New Academy to solve problems related to the *voluntas testatoris* (Tellegen-Couperus, O. 2016. pp. 26-49). But Benedikt Forschner when analyzing Cicero’s legal arguments, who contrary to the traditional narrative is now considered to be a jurist, claims: “Cicero did develop a comprehensive and coherent theory of the law and its nature...This theory finds its origins in Stoic writings, especially in the *oikeiosis* doctrine...”(Forschner, B. 2016. pp. 50-67).¹⁴ In other words, scholars may have associated certain areas of the law or certain jurists with specific Greek philosophical schools successfully.¹⁵ But there is still a debate as to which school predominated in its influence on the law as a whole:

¹⁴ Renowned scholar Alan Watson argues on the other hand that Cicero was a distinct figure at his time, and as such was no jurist. Watson, A. (2008). *The spirit of Roman law*. Athens: University of Georgia Press.

¹⁵ Additionally, Tellegen and Tellegen-Couperus citing Schiavone claim that this author identifies Q. Mucius Scaevola with the Stoic school. But they discredit this association because “...the Roman jurists themselves do not explicitly call themselves adherents of Stoicism...” Tellegen-Couperus, O. And Willem Tellegen. J. (2016). Chapter 3: Reading a Dead Man's Mind: Hellenistic Philosophy, Rhetoric and

It is now generally assumed that there was a connection between the rise of Roman law and the arrival of Greek philosophy and rhetoric in Rome. However, the question of which of the two philosophical schools [*sc.* Stoic or New Academy] was most relevant to the development of Roman law has not yet been answered satisfactorily (Tellegen-Couperus, O. 2016. p. 26).

While this question remains important, one may nonetheless suggest that jurist writings need not to rely primarily upon a single philosophical school: "...it is precisely the partly inhomogeneous character of [Roman Jurist] writings that demonstrates that legal discourse was open enough to integrate different strands of philosophical argument [*sic*]" (Forschner, B. 2016. p. 62).

This section aimed to develop important features of the jurists during the Republican era. In the next section, examples of modern schools of statutory interpretation will be provided in order to better prepare the reader to explore Piso's position from a modern perspective.

3. Modern Doctrines in Statutory Interpretation

To interpret a law means to make sense of that law. Without interpretation, ordinances, statutes, constitutions and even treaties would be akin to blank pieces of paper, with their language futilely indeterminate. In the context of statutory interpretation, "[j]udges look to the words at issue, to surrounding text, to the statute's history, to legal traditions, to precedent, to the statute's purposes, and to its consequences evaluated in light of those purposes" (Breyer, S. G. 2011. p. 88) to give a statute a meaning.

"One naturally must begin with the words of the statute when the subject of the litigation is what the statute requires" (Scalia & Garner, 2012. p.16). Yet although the

text is where all judges start the inquiry for the meaning of the statute, for many it is not the end.

From the combination of the list provided in the paragraph *supra* and depending on the importance that each element deserves, judges are sometimes called “intentionalist”, “purpositivists”, “consequentialists” (or also called “pragmatist”) “textualist” or “strict constructionist”. The first three schools of interpretation share the common characteristic in not being constrained by the exact text of the statute. Opposing them are “textualism” and “strict constructionism”. These doctrines share common cause in that the aim of their inquiry into the meaning of the statute is the text itself, and many times they are confused with one another. Though, as it will be demonstrated *infra*, in theory they have a subtle difference, which can lead to diametrically opposed results in practice.

Briefly, intentionalism looks to the “objectified” intent of the legislature. For this, legislative history is used many times to discover that intent. However, Judge Easterbook provides the following critique to intentionalism: “[e]very Legislator has an intent, which usually cannot be discovered, since most say nothing before on most bills; and the legislature is a collective body that does not have a mind; it “intends” only the text to be adopted, and statutory texts usually are compromises that match no one’s first preference [sic]” (Scalia & Garner, 2012. p. 22).

Purpositivism looks to the objective of the statute: “[t]o determine a provision’s purpose, the judge looks for the problem that congress expected the particular statutory words in question to help resolve. The Judge also examines the likely consequences of a proposed interpretation...a judge can try to determine a particular provision’s purpose even if no one in Congress said anything” (Breyer, S. G. 2011. p. 92). However, “[t]he purpositivist, who derives the meaning of text from purpose and not purpose from meaning of text, is free to climb up this ladder of purposes and to “fill in” or change the text according to the level of generality he has chosen” (Scalia & Garner, 2012. p. 19).

As for the Consequentialists, “[t]he proponents of this view...urge that statutes should be construed to produce sensible, desirable results, since that is surely what the

legislature must have intended”(Scalia & Garner, 2012. p. 22). In a way, a Consequentialist is a Herculean purpositivist. “But it is precisely because people differ over what is sensible and what is desirable that we elect those who will write our laws- and expect courts to observe what has been written”(Scalia & Garner, 2012. p. 22).

“Textualism, in its purest, form, begins and ends with what the text says and fairly implies...relying as it does on the most objective criterion available: the accepted contextual meaning that the words had when the law was enacted”(Scalia & Garner, 2012. p. 16). For a textualist then, there is no need to recur to nontextualist sources in order to find the meaning of the statute. But opponents to this tradition claim that “text-oriented judges...will try to give them the meaning, they carry in ordinary, non-statutory life...The assumption begs the further question: “What part of ordinary life?” (Breyer, 2011, p., 90).

Lastly, Strict Constructionism implies “...a narrow, crabbed reading of the text...the hyperliteral meaning of each word in the text.”(Scalia & Garner, 2012, pp. 355-358) However, even textualists oppose this view: “Textualism should not be confused with the so- called strict constructionism, a degraded form of textualism...A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means”(Scalia & Gutmann, 2017, p., 23).

Textualism and Strict Constructionism will be the focus of this article. In this sense, understanding the refined difference between them is vital. In order to grasp better their variance, Justice Scalia provides us with the following real-life illustration:

The statute at issue provided for an increased jail term if, “during and in relation to...[a] drug traffic crime,” the defendant “uses...a firearm.” The defendant in this case had sought to purchase a quantity of cocaine; and what he had offered to give in exchange for the cocaine was an unloaded firearm, which he showed to the drug-seller. The Court held, I regret to say, that the defendant was subject to the increased penalty, because he had “used a firearm during and in relation to a drug trafficking crime.”...a proper textualist, which is to say my kind of textualist, would surely have voted to acquit. The phrase “used a gun” fairly connoted use of a gun for what guns are normally used for,

that is, as a weapon. As I put the point in my dissent, when you ask someone, “Do you use a cane?” you are not inquiring whether he has hung his grandfather’s antique cane as a decoration in the hallway(Scalia & Gutmann, 2017, p., 24).

Briefly put, the difference between these two types of language-oriented doctrines is that while textualism views statutes within a context, that is, its ordinary meaning, strict constructionism views the statute in the abstract.

4. Facts of the Case

The broad theme in the *pro Caecina* revolves around inheritance. The legal issue, however, is grounded upon possession (Friar, 1985, p. 27). The case involved Marcus Fulcinius (first husband) and Caesennia (wife) who were descendants of two aristocratic families from the city of Tarquinii. This city had been under Roman rule for a long time, and it seems that around a given point Tarquinian aristocracy was given Roman citizenship and was also converging into the Roman nobility (Lintott, 2008, p. 74-75).¹⁶

Fulcinius and Caesennia actually lived in Rome, not in Tarquinii; yet, they still had particular interests in the city of their ancestors.¹⁷ In Rome, Fulcinius worked in the banking industry but he had a hard time financially. Evidently, he suffered the consequences of an important credit collapse in Roman history. This collapse was result of the invasion by Mithridates’ forces to the Roman province of Asia and then by subsequent intestinal wars within Italy.

Due to the financial hardship that Fulcinius was facing, he needed to acquire liquid assets. Therefore, Fulcinius sold his farm in Tarquinii to Caesennia in exchange for her dowry. Still, the situation in Rome was not improving. Fulcinius then decided to dissolve his banking commerce and to return to Tarquinii. With the dowry money that

¹⁶ “In the early first century BC, after the Social War, all Italians were granted Roman Citizenship. However, it took a while before the Roman state was willing to grant them the full benefits of this status.” Roselaar, S. T. (2016). Chapter 9: Cicero and the Italians: Expansion of Empire, Creation of Law (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*(p. 145). Edinburgh: Edinburgh University Press.

¹⁷ Fulcinius had a large property, which would later be sold to his wife.

he obtained from his previous land sale to his wife, he purchased a new estate adjacent to the old property. The new estate, which was used for the cultivation of olives, was the object in dispute. Bruce Frier calls this farm the “Fulcinian Farm”.

At a given time, Fulcinus died and the dowry money returned to Caesennia. Furthermore, the deceased additionally left a will whereby his estate would go to his son, also named Marcus Fulcinus. The estate included the Fulcinian Farm. Additionally, Caesennia obtained a right to usufruct on that land.

Some years later, Caesennia’s son also died. By will, he left his entire estate to a Tarquinian relative of his mother by the name of P. Caesennius. Furthermore, young Fulcinus also bequeathed a sum of money to his wife, and the majority of his estate to his mother.¹⁸ In *Cicero as Evidence: A Historian’s Companion* Andrew Lintott explains: “In order to distribute the shares owed to the women there was an auction at Rome of the estate” (Lintott, 2008, p. 75)

In the estate’s auction, a friend of Caesennia by the name of Sextus Aebutius won the “Fulcinian Farm.”^{19,20} Caesennia knew Aebutius from Rome, and when she became a widow, he apparently supported her in business affairs. Aebutius was the defendant in the *pro Caecina*. After the auction, Caesennia married her second husband, Aulus Caecina, who in turn would be the plaintiff of the case.

After her second marriage, Caesennia died. She left an unclear estate and from here the dispute in question arose. Frier explains that “Caecina’s goal was plain: to consolidate his grasp on the handsome estate he had inherited practically intact...Aebutius’ aim was to increase the portion allotted by Caesennia; he was at first obligated to pursue with cunning rather than force.” (Frier, B. W., 1985, p. 20)

¹⁸ Frier understands that this will was done fraudulently as women at that time would not be able to inherit by will.

¹⁹ It is also important to note that Caesennia had leased this property to a tenant farmer subsequently.

²⁰ Lintott clarifies that Aebutius convinced Caesennia to lend him money in order to buy this property out of the auction.

Initially, the dispute arose with Aebutius "...by challenging, apparently in conversation with others, Caecina's right to inherit under a Roman will (18); Aebutius argued that Caecina was barred from inheriting because of a Sullan law imposing civil restrictions on Volaterrans (102) [*sic*]" (Friar, B. W., 1985, p. 20). Lintott refines: "Aebutius contested Caecina's inheritance on the ground that he was not a Roman citizen with full rights..." (Lintott, 2008, p. 75) Aebutius' attempt to contest the inheritance failed and by the order of the praetor, Caecina was granted *bonorum possessio*. Caecina also requested an arbiter to preside over the division of the inheritance. Still, Aebutius asserted that he purchased the Fulcinian Farm and that it was therefore outside of the inheritance.

The parties eventually agreed to meet on a certain date so that Caecina could be formally removed from the farm before witnesses. This expulsion would give Caecina a cause to seek an interdict before the praetor. Caecina ultimately reached the Fulcinian Farm, and to his surprise, Aebutius and some neighbors met him there. What followed was a clash between both parties and their men. The parties later decided to go to the courts to settle their dispute, which ultimately revolved around the issue of who got to keep the Fulcinian Farm.

5. Central Claim

After the encounter between Caecina and Aebutius, Caecina went before the praetor and requested for an "Interdict *de vi armata*." Interdict is the technical name given to a possessory remedy. The debate between Cicero and Piso consisted in defining the meaning of the *de vi armata*, which in turn depended on determining the meaning of the Latin word *deiecisti*. Depending on how this word was understood, Cicero's client would be able to gain possession of the Fulcinian farm. In the exchange, Piso makes two arguments to describe the real meaning of the interdict. His second argument is a modification of his first argument; Friar calls it a "fall back position" (Friar, 1985, p. 113).

The central claim of this article is that, when viewed with modern eyes, Piso's initial qualification of the interdict is an argument based on strict constructionism and that Piso's "fall back position" represents a shift to the standpoint of a textualist. The move to contextualize the term *deiecisti* produces this shift.

Frier provides the words and translation of the *de vi armata* interdict: Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve **deiecisti**, eo restituas. (English) Whence you or your household or procurator thrust out this man by force with men assembled or armed, thereto shall you restore him (Frier, 1985, p. 55).²¹

In this rendering, the translation of *deiecisti* is "thrust out." This translation undergirds Piso's first argument—that his client Aebutius has not "thrust out" Caecina, as he never stepped onto the Fulcian Farm in the first place (Frier, 1985, p. 111). Rather, Caecina was not permitted to enter upon the farm (Frier, 1985, p. 111). For Piso, the *de vi armata*'s definition depends solely on the physical meaning of "thrust out", rather than allowing that the term is used in the context of a possessory interdict. In other words, Piso initially views the letter of the *de vi armata* divorced from its immediate context. Thus, if Caecina first had legally possessed the farm but later left to explore the adjacent properties, and in the meantime Aebutius and his men camped in the farm, Aebutius would be left without legal remedy, as he simply was not "on" the farm. In Scalia-like terms, Piso relies upon the "hyperliteral" meaning of *de vi armata*.²²

Even Cicero, who of course did not know the modern distinction between a strict constructionist and a textualist, seems to have thought that Piso's interpretation was a "...narrow, crabbed reading of the text" (Scalia & Gutmann, 2017, pp. 355-358). He built a strong critique and therefore Piso had to switch strategies on defining the interdict (Frier, 1985, pp. 111-114).

²¹ The bold highlight of "deiecisti" is my own

²² See Frier, B. W. (1985). *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's "Pro Caecina"* (pp., 16-17). New Jersey: Princeton U Pres.

Frier says the following about Piso's second argument:

...the “fallback provision” differs from Piso's initial view in that it allows the “thrusting out” not only of someone who is physically expelled from a place where he is, but also of one who possesses something that he is then prevented from reaching (Frier, 1985, p. 113).

Frier here seems to imply that Piso's adjustment of the meaning of “thrusting out” is that it is no longer viewed isolated from the relevant context of the dispute (i.e. that of a possessory claim). Thus, Piso's second argument incorporates a broader (and more natural) meaning of “thrusting out” into the *de vi armata*. The marriage of context to the dry letter of the interdict completely changes the *de vi armata* semantically. This incorporation results in a shift, from “...a narrow, crabbed reading of the text...” (Scalia & Gutmann, 2017, pp. 355-358), to a reading of what “thrusting out” means in the ordinary context of a possessory interdict. In other words, Piso's second argument becomes textualist.

6. Conclusion

The preceding section has sought to demonstrate how Piso's initial argument was one based on strict constructionism and that it was then transformed into a textualist position. But this begs a further question: why should it matter to analyze the *de vi armata* with contemporary statutory doctrines?

The Roman jurist likely did not view this issue in terms of statutory interpretation. And perhaps, one may argue, to rely on contemporary interpretative tools distorts the real legal issue at the time of the *pro Caecina*.

First of all, when one reads any work of modern scholarship (such as those by Bruce Frier and Jennifer Hilder), it is clear that these works employ words such as “literal” or “letter of the law” to denote a textual type of interpretation applied by the jurists. The question remains, however, whether in using such terms these authors mean that a given jurist interpreted the words of the law within its ordinary meaning (textualism), or whether they mean that the jurists interpreted the words of the law in the abstract (strict

constructionism)? Stated differently, which text-centered doctrine do Roman jurists employ? One can most likely determine the answer—even if it does not map entirely onto a modern interpretative school—from a careful reading of the scholar’s analysis. Yet, using statutory interpretation terminology can help the modern scholarly community by facilitating precision at the hour of classifying a jurist’s interpretation.

Furthermore, it enables the revision of a narrative that views the Republican jurists as mere ancient commentators by enlisting the Republican jurists as contributors of a general theory of the law: the fact that an ancient legal dispute is examinable under contemporary statutory doctrines demonstrates that the Republican Romans already had notions of these schools in their mind, regardless of the fact that these schools did not exist as such in antiquity. In other words, being able to examine these ancient legal disputes with modern tools of analysis enables the reader to appreciate how elaborate the Romans were in their legal discussions; Roman juristic discussions, in other words, are parallel in their complexity to modern ones.

Oliver Wendell Holmes Jr. said “the life of law has not been logic; it has been experience” (Holmes & Howe, 1963). In this sense, it would not be a stretch to claim that doctrines of statutory interpretation are another experience passed down by the Romans.

7. Bibliography

- Benferhat, Y. (2016). Chapter 5: Cicero and the Small World of Roman Jurists (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Breyer, S. G. (2011). *Making our democracy work: A judge's view*. New York, New York: Alfred A. Knopf.
- Du Plessis, P. J. (2016). Chapter 1: Introduction. In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*(pp. 1-2). Edinburgh: Edinburgh University Press.

- Forschner, B. (2016). Chapter 4: Law's Nature: Philosophy as a Legal Argument in Cicero's Writings (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Frier, B. W. (1985). *Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's " Pro Caecina"*. New Jersey: Princeton U Pres.
- Holmes, O. W., & Howe, M. D. (1963). *The common law*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Lehne-Gstreinthaler, C. (2016). Chapter 6: 'Jurists in the Shadows': The Everyday Business of the Jurists of Cicero's Time. In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*(pp. 88-99). Edinburgh University Press.
- Lintott, A. W. (2008). *Cicero as evidence: A historians companion*. Oxford: Oxford University Press.
- Barry, N., & Metzger, E. (1976). *An introduction to Roman law* (p. 32). Oxford: Oxford U Press.
- Roselaar, S. T. (2016). Chapter 9: Cicero and the Italians: Expansion of Empire, Creation of Law (P. J. Du Plessis, Ed.). In *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic*(p. 145). Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Scalia, A., & Garner, B. A. (2012). *Reading law: The interpretation of legal texts*. St. Paul, MN: Thomson/West.
- Scalia, A., & Gutmann, A. (2017). *A matter of interpretation: Federal Courts and the law*. Princeton: Princeton University Press.
- Steel, Catherine. "Chapter 12: Early-career Prosecutors: Forensic Activity and Senatorial Careers in the Late Republic." In Du Plessis, P. J. (2016). *Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic* (p. 218.). Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Tellegen-Couperus, O. (2016). Chapter 3: Reading a Dead Man's Mind: Hellenistic Philosophy, Rhetoric and Roman Law (P. J. Du Plessis, Ed.).

In Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic. Edinburgh: Edinburgh University Press.

- Philip, T. (n.d.). Chapter 2: A Barzunesque View of Cicero: From Giant to Dwarf and Back. In P. J. Du Plessis (Ed.), Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic. Edinburgh: Edinburgh University Press
- Watson, A. (2008). The spirit of Roman law. Athens: University of Georgia Press.
- Matthijs, W. (2016). Chapter 7: Cicero's Reception in the Jursitic Tradition of the Early Empire. In P. J. Du Plessis (Ed.), Cicero's Law: Rethinking Roman law of the Late Republic(pp. 100-122). Edinburgh: Edinburgh University Press

MODIFICACIÓN LEY 27.430. AUMENTOS DE LOS MONTOS MÍNIMOS DE PUNIBILIDAD. APLICACIÓN (O NO) DEL PRINCIPIO DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

Matias Valongo

RESUMEN:

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna en materia penal tributaria, sin perjuicio de ser –probablemente– su ámbito de aplicación más controversial, plantea cuestiones sobre las cuales los debates parecen, en muchas ocasiones, superados.

Sin perjuicio de ello, el dictado de la última ley 27.430 hacia finales de 2017 aumentó los montos mínimos previstos para todos los delitos que hasta entonces se preveían en la Ley Penal Tributaria y revivió el asunto.

Entonces, con un análisis cuasi cronológico sobre la evolución de la temática, desarrollaré las posturas existentes –ahondando en la minoritaria que creo acertada–, e intentaré desglosar los distintos argumentos vertidos en la postura predominante, esclareciendo si resultan o no aplicables para el fondo de la cuestión.

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal / Derecho Tributario / Régimen Penal Tributario / Fallo Palero / Principio de Benignidad / Condiciones Objetivas de Punibilidad / Depreciación Monetaria / Justicia

SUMMARY

The principle of retroactivity of the most benign criminal law in tax penal matters, without prejudice of being -probably- its most controversial scope of application, raises questions on which the debates seem, in many cases, to be overcome.

Without prejudice to this, the enactment of the latest Law 27,430 towards the end of 2017 increased the minimum amounts foreseen for all crimes that until then were foreseen in the Criminal Tax Law and revived the matter.

Then, with a quasi-chronological analysis on the evolution of the subject, I will develop the existing positions -throwing in the minority that I believe is right-, and I will try to break down the different arguments expressed in the predominant position, clarifying whether they are applicable or not for the fund of the question.

KEYWORDS: Criminal Law / Tax Law / Tax Penalty Regime / Palero Judgment / Benignity Principle / Objective Punitive Conditions / Monetary Depreciation / Justice

INTRODUCCIÓN

La ley 27.430, sancionada en fecha 27 de diciembre del 2017, trajo una actualización en lo que respecta a la Ley Penal Tributaria (LPT) en dos de sus artículos. El artículo 280 de la mencionada normativa derogó la ley 24.769 y el artículo 279 aprobó el nuevo Régimen Penal Tributario (RPT).

Respecto a los delitos –salvo la distribución de algunas figuras– el nuevo Régimen respeta los títulos de la derogada ley y –sustancialmente– su contenido. La principal salvedad es que todos los montos fueron elevados, sin excepción. Es por ello que, basándonos en el límite mínimo establecido como umbral de punibilidad, se presenta como interrogante cómo proceder con todos aquellos casos que no superan las cuantías mínimas previstas en el novedoso ordenamiento y la pregunta de si corresponde la aplicación del principio de benignidad.

Esta discusión no es nueva y, en resumen, se reitera en el tiempo. La LPT, como veremos luego, fue modificada en el año 2011 y el Ministerio Público Fiscal (MPF) en su momento, se expidió sobre los efectos de ese cambio legislativo. Por tanto, la sucesión de hechos que acontecieron desde finales de año 2017 y la posterior Resolución del actual Procurador General de la Nación –Dr. Casal– (Resolución PGN n° 18/18) parecen ser una cronología reiterativa.

Sin perjuicio de ello, observo la necesidad de nuevamente abrir el debate. A mi criterio, no comparto la posición dominante y creo que vale argumentar y exponer los motivos de los que me valgo. La situación anteriormente descripta ha generado los siguientes interrogantes: a) ¿Los montos mínimos son elementos alcanzados por el dolo del autor?; b) ¿Son condiciones objetivas de punibilidad?; c) ¿Es acaso el monto una cuestión de política criminal?; d) ¿Realmente se obtiene justicia aplicando en estos casos el principio de ley penal más benigna?; e) ¿No estaremos realizando una interpretación excesivamente exegética del principio sin observar que se distorsiona su fin último?

CONSIDERACIONES PREVIAS

Previo a introducirme en el tratamiento específico de la temática, creo oportuno reiterar algunos temas que por más conocidos que sean, son fundamentales. Un repaso por las

definiciones de los Dres. Zaffaroni y Spisso; referentes a las materias Penal y Tributaria, pueden contribuir a comprender de lo que se desarrollará a continuación.

a) Principio de legalidad

La legalidad formal quiere decir que “La única ley penal es la ley formal emitida por los órganos políticos habilitados por la CN (...)”.¹ Y refiriéndonos a la materia tributaria, podemos definir a la legalidad diciendo que:

El principio de legalidad tributaria, cuando despliega su eficacia normativa sobre las fuentes de derecho, recibe el nombre de principio de reserva de ley, pues reserva un determinado espacio de la realidad social —en nuestro caso, la parcela tributaria—, al ámbito exclusivo de la ley.

En la sistematización del principio de reserva de ley se suele distinguir dos modalidades. La que afirma la reserva absoluta de la ley, que exige que la totalidad de las normas tributarias sustantivas venga regulada exclusivamente por la ley, y la denominada reserva relativa o atenuada, que consiste en exigir la presencia de la ley tan sólo respecto de los elementos fundamentales.

La primera modalidad de reserva absoluta viene consagrada por nuestro texto constitucional, que, enfáticamente, reserva con exclusividad al Congreso la imposición de las contribuciones (art. 17, CN), en tanto que la modalidad atenuada es propia de los regímenes parlamentarios, como el italiano y el español, que pregonan que ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta si no está fundada en ley (art. 23, CI) o con arreglo a la ley (art. 31, 3º, CE).²

b) Tipicidad

El tipo penal puede definirse como “la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones

¹ ZAFFARONI, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Edit. Sociedad Anónima Editora, Pág. 98.

² SPISSO, R. (2006). *Derecho Consitucional Tributario*. Abeledo Perrot, 6º Ed. Pág. 298.

sometidas a decisión jurídica”.³

c) Aplicación de la ley penal más benigna

La garantía surge por la propia naturaleza de la ley penal, ya que ante la modificación de una situación tipificada y penada bajo ciertos estándares denota una apreciación más leve del conflicto social regulado.

Spisso, al referirse a su aplicación en materia tributaria, dice que

(...) en el tema se impone establecer un distingo. **Si la modificación más favorable al reo importa tan sólo un cambio de circunstancias, esto es, de un elemento fáctico, no procede la aplicación retroactiva.** Al contrario, si la modificación obedece a un cambio en la valoración jurídica, o sea a un factor axiológico, procede la retroactividad de la norma extrapenal más favorable.⁴ (El resaltado es propio).

PRIMERA CUESTIÓN

Los montos previstos en el RPT ¿son condiciones objetivas de punibilidad (COP) o elementos del tipo? Si bien en la actualidad el RPT no hace mención en su articulado a la definición de COP, la ley 24.587 de 1995, expresaba que: “Establécese como condición objetiva de punibilidad, a los efectos de la aplicación de esta ley, que el monto del impuesto, tributo, gravamen, retención, recurso de seguridad social, subsidio, o concepto que se trate en cada caso sea igual o superior a (...)”. Dicha ley venía a reformar a, entre otras, la 23.771 que establecía la LPT de ese entonces.

Siguiendo la línea de tiempo, la posterior Ley 24.769 quitó la referencia a las COP sin fundamentar el por qué, aunque **siempre** –y como veremos más adelante– **se hizo clara**

³ ZAFFARONI, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Edit. Sociedad Anónima Editora, Pág. 340/341.

⁴ SPISSO, R. (2016). *Derecho Constitucional Tributario*. Abeledo Perrot, 6° Ed., Pág. 653.

alusión a las cuantías_mínimas como necesidad para evitar saturar el sistema de justicia. Por tanto, con esta referencia, su carácter como COP viene dado casi sin mayor necesidad de debate. Es decir, tomando como ejemplo a la evasión simple,

(...) se entiende que el hecho prohibido es simplemente “evadir” y por una cuestión de política criminal, de necesidad o no de imponer una pena, el legislador establece un monto que fija el límite mínimo para el interés penal. Así, se señala que la ley prevé la desincriminación de las figuras bagatelares. De ese modo se traduce la voluntad del legislador de castigar con pena privativa de libertad solo a los grandes evasores.

De lo expuesto se sigue que lo que se dice es que los montos previstos en la Ley Penal Tributaria constituyen condiciones objetivas de punibilidad propias o extrínsecas en virtud de las cuales, por razones de política criminal y política económica extrapenales, la necesidad de la pena cede cuando estos no son superados. Como consecuencia de ello, se afirma que los montos no debe ser abarcados por el dolo del autor y, por lo tanto, un error respecto de ellos carece de relevancia, sin que se vea afectado de ninguna manera el principio de culpabilidad ya que no vienen sino a limitar el ius puniendi estatal.⁵

POSTURA MAYORITARIA

Arribando enteramente al tópico que me motiva a escribir, debo decir que su debate pareciera superado para muchos operadores del derecho, quienes citan la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte en el caso “Palero” (*Fallos*: 330:4544) que hegemoniza el argumento de la postura preponderante –en lo que a mí me resulta una interpretación desafortunada del fallo–.

En el fallo “Palero”, **se hizo lugar a la aplicación retroactiva del principio de la ley penal más benigna.** Al momento de dictarse sentencia condenatoria, los montos se encontraban satisfechos por lo previsto en el artículo 9 de la antigua ley 24.769, y con la

⁵ BIENATI, M. L. (2017). “Los montos previstas en la ley penal tributaria: ¿condiciones objetivas de punibilidad o elementos del tipo?”. *Institutos de Derecho Penal Tributario*. ROBIGLIO, CAROLINA; Directora. Buenos Aires, Edit. Ad- Hoc, Pag. 227.

ley que por aquel entonces se dictaba –n° 26.063– el *quantum* mínimo se imponía en diez mil pesos (\$10.000.-), duplicando el monto anterior para el delito de apropiación indebida de aportes de la seguridad social.⁶

Pero ante la lentitud del sistema de justicia para pronunciarse, ¿quién debe soportar la carga de procesos judiciales extendidos largamente en el tiempo? No puede pesar en cabeza del contribuyente (en este caso imputado y/o potencial imputado según el caso y corriente de pensamiento) la rigurosidad de un litigio largamente extendido en el tiempo. En este aspecto, comparto la idea mayoritaria, pues **es innegable que la justicia en todos sus niveles –en este caso Federal– se encuentra abarrotada, totalmente saturada y, por tanto, lenta a la hora de intervenir.**

Asevero que la justicia para ser útil tiene que ser ágil. Por tanto, este trabajo y la siguiente tesitura que daré se entienden parte de un *todo* mucho más grande que los tópicos libres que se encuentran bajo tratamiento. Así las cosas, los tribunales necesitan un fortalecimiento –que debe llegar por otros factores ajenos a quienes allí trabajan hoy en día– mejores, más vastos recursos y por sobre todo, mayor nómina de empleados y magistrados son directamente proporcionales a la mayor celeridad que se les exige a quienes conforman los Juzgados, Fiscalías y cualquier otra institución jurídica estatal.

Tal como anticipé en este argumento, el cual es válido en su génesis, es al fin y al cabo otra situación que urge modificarse, ya que viene a obstaculizar los fines de la justicia.

POSTURA MINORITARIA

En primer lugar, y conforme opiné en el apartado anterior, argumentaré mi discordancia.

No puedo dejar de remarcar que en “Palero”, se aplicó –como ya dijimos– retroactivamente el artículo 13 de la ley 26.063 (que se sancionaba en ese entonces) y aumentaba el monto mínimo de punibilidad del delito de apropiación indebida de

⁶ Vale aclarar que dicha reforma solamente modificó lo previsto en esa figura penal, sin modificar al resto de las previstas en la LPT.

tributos. **Dicha modificación fue realizada exclusivamente con relación al delito de apropiación indebida de tributos, sin modificar ningún otro monto previsto en las demás figuras delictivas.** Por ello, **se puede concluir que este cambio respondía a una modificación en la valoración del delito en cuestión.** Con el añadido de no existir ningún antecedente que haga suponer una interpretación distinta a ello.

Distintos son los casos que acontecieron por las modificaciones del año 2011 mediante la ley n° 26.735 y la reciente ley n° 27.430 del año pasado, en donde –como se desprende de los proyectos de ley– sus sanciones resultaron consecuencias directas de hacer frente a la depreciación monetaria sufrida por el contexto inflacionario existente.

En conclusión, la modificación única del artículo 9 de la por entonces LPT, respondía a un cambio en la valoración del delito allí previsto, sin suponer modificación alguna sobre el resto de las figuras delictivas que se mantenían inalterables.

En segundo lugar, el Congreso de la Nación sancionó en fecha 22/12/2011 la Ley n° 26.735 (que modificaba la LPT 24.769 –hoy derogada–) ajustando los montos punibles de las figuras penales tributarias y dejando muchos expedientes bajo necesidad de un nuevo análisis por parte de los letrados intervinientes.

El Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, estableció la posición que deberían seguir todos los eslabones del MPF, a través de la Resolución PGN n° 5/12, en donde se argumentaron los motivos para no aplicar el principio de benignidad (que surgía por aplicación casi directa del fallo antes mencionado “Palero”). En mérito a la brevedad, basándome en el público especializado a quien se dirige este ensayo y en la trascendencia de la Resolución PGN n° 5/12, daré por conocidos sus extremos y destacaré únicamente los puntos que considero más relevantes.

Righi manifiesta, y con buena medida, que **“el aumento de los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria que disponía la ley 26.735 respondió al objetivo principal de actualizarlos compensando la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el periodo de vigencia de la ley 24.769 (...)”**⁷ (el resaltado es propio). Esto no puede

⁷ RIGHI, Esteban. Resolución PGN n° 5/12. 08/03/12.

dejarse de lado. La importancia de las circunstancias que rodean la actividad legislativa (siendo el contexto inflacionario una variable que se mantiene cuasi constante a lo largo del tiempo) dan la pauta de que el aumento de los montos tiene la finalidad de **no criminalizar a quien no corresponde**, actualizando los límites mínimos de punibilidad, **evidenciándose sin más sus razones de política criminal**.

En consonancia a todo lo dicho, el por entonces Procurador reafirma esta postura al decir que

(...) al aumentar en cuatro veces los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria, el Congreso no pretendió expresar un cambio en la valoración social de los comportamientos que justificó la adopción de la ley 24.769. Antes bien, su objetivo en este aspecto de la reforma fue corregir los efectos de la depreciación de la moneda nacional en la que fueron expresados los montos mínimos, a fin de **mantener en los hechos una política criminal en línea con aquella valoración original**.⁸ (El resaltado es propio).

Righi deja de manifiesto que:

El proyecto del Poder Ejecutivo incluía una regla –finalmente excluida del texto sancionado- que hacía explícito que “el monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados en la presente, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna”; y disponía que en los hechos cometidos con anterioridad resultaran aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión” (cf. art. 15 del proyecto del Poder Ejecutivo). La cláusula desapareció del texto que finalmente las Comisiones de Legislación Penal y de Presupuesto y Hacienda elevaron para consideración de la Cámara de Diputados, sin que haya habido durante la discusión parlamentaria ninguna alusión a la razón que motivó la remoción.⁹

Por último, el ex Procurador cita su intervención en el fallo “Héctor Torea” (*Fallos*: 330:5158), en donde expone que:

La aplicación retroactiva de la ley penal más benigna a la que se tiene derecho en

⁸ RIGHI, Esteban. Resolución PGN n° 5/12. 08/03/12.

⁹ RIGHI, Esteban. Resolución PGN n° 5/12. 08/03/12.

virtud de las disposiciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no consiste en la aplicación mecánica o irreflexiva de cualquier ley posterior al hecho imputado por la sola razón de que ella beneficiaría al acusado en comparación con la ley vigente en el momento de comisión del hecho. El sentido del principio es asegurar que las penas no se impongan o mantengan cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado ha cambiado, de modo que lo que antes era reprobable ahora no lo es, o no lo es tanto. Por ello, al sancionarse una nueva ley cuya aplicación retroactiva podría beneficiar al imputado de un delito, la aplicación del principio exige evaluar si la nueva ley es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito que se imputa. Pues solo si lo fuera, tendría ese imputado el derecho que aseguran las dos cláusulas citadas del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰

Lo expuesto, estimo, debería ser la postura aplicable. Sin perjuicio de ello, es inquietante ver cómo permite erigirse como una “expectativa de impunidad” de quien, actuando en el pasado, logra escapar de la acción penal.

Con respecto a los principios, vale recordar su función como ejes fundamentales de nuestros derechos. Celebro la existencia de todos y cada uno de ellos (obviamente, también del principio de retroactividad de la ley penal más benigna). Su consagración tanto en nuestro plexo normativo como en distintos TT.II. de jerarquía constitucional (artículo 2 del Código Penal, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) son categóricamente importantes.

Ilustrado lo anterior y recordando nuestra consideración de las cuantías previstas en los delitos tributarios como COP, hay que detenerse a pensar si acaso este es el fin último del principio. ¿Realmente el principio está pensado para operar ante el cambio de una COP?

Zaffaroni al hablar de las COP cita, entre otros, a Beling que dice: “(...) no se trata de

¹⁰ RIGHI, Esteban. Resolución PGN n° 5/12. 08/03/12.

una cuestión temporal ni cronológica, sino que **la característica es que se hallan fuera del tipo**, no requiriendo ser abarcadas por la culpabilidad del autor, porque no fundamentan la antijuridicidad”¹¹ (el resaltado es propio). Esto me parece fundamental. Las COP permanecen fuera del tipo, un aumento de los montos no convierte a la conducta anterior en atípica.

Entiendo que no parece razonable tratar con mayor rigurosidad a alguien por haber actuado antes en el tiempo pero, como lo entiendo, también debo entender lo especial del RPT con respecto al resto del Derecho Penal. Varias son las causas que me llevan a sostener la idea: I) su tratamiento por fuera del Código Penal, previendo una ley especial a su respecto y luego II) el aprovechamiento clarísimo que puede surgir de esto, transformándose –como ya dije– en un marco de impunidad.

Es sabido que el Derecho Tributario prevé varias figuras, algunas de las cuales son lícitas (y otras caminan por la cornisa). La economía de opción, por ejemplo, es una figura devenida para alivianar la carga impositiva sobre el contribuyente. Sin perjuicio de ello, la evasión (probablemente, la principal figura tratada en la LPT) es un caso donde se transgrede la norma, siendo sus resultados ilegales.

Ahora bien, tomando como ejemplo la evasión tributaria –tanto simple como agravada–, esta viene dada por quien “mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas, o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos”. Entonces, la modificación de la norma con respecto a alguna de estas conductas sería, a mi criterio, un cambio que amerita la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Siguiendo la línea de tiempo, en el año 2014 la saliente Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó, emitió la Resolución PGN 1467/14. Realizando un análisis simplista de esta resolución, podríamos quedarnos únicamente con el “RESUELVE” que dice: “Artículo 1: Dejar sin efecto la instrucción general dictada por la Resolución PGN n° 5/12, del 8 de marzo de 2012, en los términos y con los alcances

¹¹ ZAFFARONI, E. R. (2000) *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Edit. Sociedad Anónima Editora, Pág. 52.

de los considerandos precedentes”.¹² Pero hacer eso sería un estudio escaso de aquella. Leyendo los “VISTOS” podemos entender cómo la razón de su dictado estuvo motivada para evitar el dispendio jurisdiccional, aplicando principios de eficiencia y celeridad procesal, ya que la Corte resolvía desestimar sin más los planteos del MPF relativos al tema, aunque la postura de fondo continuaba sobre el mismo eje al exponer: “(...) **mantener la interpretación del derecho desarrollada en la Resolución PGN n° 5/12** (...)” (el resaltado es propio), dejando al arbitrio de los magistrados en cada caso particular el temperamento a tomar.¹³

Ahora bien, como ya anticipamos, la historia parece ser cíclica y el escenario exageradamente similar. La nueva modificación legislativa del año 2017, que obedece – tal y como surge del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados del proyecto que luego se transformaría en la ley n° 27.430– a la necesidad de hacer frente a la depreciación monetaria, dice:

En lo respectivo a la conducta punible, dado el tiempo transcurrido desde la última modificación en 2011, se entiende oportuno actualizar los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de cada uno de los delitos tipificados en la ley a fin de adecuarlos a la realidad económica imperante, consecuente con el objetivo tenido en cuenta originariamente desde la vigencia de la ley 24.769, y antes la ley 23.771, que fue sancionar penalmente únicamente a las conductas graves.¹⁴

Sin perjuicio de ello, desde la sanción de la ley 27.430, la aplicación del principio de benignidad parece indiscutido y fue entonces cuando el actual Procurador General de la Nación, el Dr. Eduardo Casal, emitió el 21/02/2018 la Resolución PGN 18/18 por la cual volvió a instruir a los Fiscales a tomar la interpretación señalada en la Resolución PGN 5/12, oponiéndose así a la aplicación retroactiva de la ley 27.430. El cambio responde estrictamente a enfrentar la depreciación monetaria sufrida por causas inflacionarias y factores económicos, ajenos a la materia penal. Es decir, y como

¹² GILS CARBÓ, ALEJANDRA. Resolución PGN n° 1467/14. 10/07/14.

¹³ GILS CARBÓ, ALEJANDRA. Resolución PGN n° 1467/14. 10/07/14.

¹⁴ Véase. MEN-2017-126-A PN-PTE. 15 de noviembre de 2017. Pag. 27.

correctamente expresa Casal, “sin ser la expresión de un cambio en la valoración social de las conductas tipificadas”.¹⁵

Ahora bien –y sin perjuicio de la relevancia que puede tomar una postura jurídica al ser compartida por tres Procuradores Generales de la Nación de manera sucesiva e ininterrumpida–, no son solo ellos quienes piensan de esa manera el derecho. El voto del Dr. Eduardo Rafael Riggi, integrante de la sala IV de la Cámara de Casación Penal, emitido en el fallo “Legaspi, Adrián Roberto y otro s/ Recurso de Casación”, lo creo otro acierto en miras al entendimiento del asunto. En aquel dice

(...) es que un escenario muy diferente es el que se presenta cuando existe convertibilidad y lo más importante aún, plena estabilidad, y en esa coyuntura se da el dictado de una nueva norma que suba el umbral económico exigible; caso que, inequívocamente, se traduce en una ley penal más benigna.

Que distinta -en cuanto concierne a este particular- es la situación que subyace cuando analizamos la sanción de una ley, como la del caso de autos, que lejos de desincriminar la conducta considerada punible, cumple en elevar el referido umbral económico de punibilidad con el claro motivo de actualizar el monto respectivo, acompañando el proceso inflacionario, la realidad económica y el ajuste a tales baremos dictados por el gobierno nacional.

Continuando en el mismo fallo –y aclarando que la postura se explica con gran detalle en un caso de aplicación *mutatis mutandi*, ya que su desarrollo se da en materia penal aduanera–, Riggi cita al Dr. Héctor Guillermo Vidal Albarracín quien expone

(...) cabe aclarar que, al integrarse la norma tanto por elementos permanentes como por otros ocasionales, siempre que se modifique alguno de esos elementos pareciera que se modifica el tipo penal, pero no es así.

Lo que ocurre es que los elementos accidentales tienen categoría de elementos del tipo con referencia a un momento determinado, pues son coyunturales. Ello significa que se cristalizan y poseen esa entidad en un momento, que es el de la

¹⁵ EDUARDO CASAL. Resolución PGN n° 18/18. 21/02/18.

comisión de la infracción. Son valorados en ese contexto, por eso es que son accidentales.

Si la nueva ley modifica solo esos elementos, no es aplicable como más benigna, pues la infracción se consumó y, al no cambiar la concepción jurídica o fundamento de su punibilidad, el tipo permanece intacto. Los nuevos deberes desplazan a los anteriores, pero solo rigen para el futuro [...].

En conclusión, [...] si [los hechos] al momento en que se cometieron tenían entidad y luego por la desvalorización monetaria la perdieron, el reproche permanece inalterable” (confr. *Delitos Aduaneros*, Editorial Mave, Bs. As., 2004, págs. 256/259) (...).

Como vemos, en su voto Riggi primero comparte los argumentos de actualización de dichas cuantías frente a la depreciación que sufre la moneda (cuestión que, como ya dije, creo fundamental para el entendimiento del tema) y luego, con la cita de Vidal Albarracín, viene a explicar cómo el reproche permanece aunque los montos se hayan elevado.

Jurisprudencia reciente

Finalizando el mes de marzo del corriente año, el Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 5 se pronunció en la causa “Quick Services S.A. y otros s/ Infracción Ley 24.769” CPE 834/2015 en relación directa a la aplicación o no del principio de benignidad. En síntesis, el mentado fallo comparte los argumentos anteriormente vertidos y mi orientación del tema.

Muchos de sus argumentos ya fueron reproducidos en este apartado, pero a su vez añade otros que vale la pena resaltar. En primer lugar, deja en claro que las modificaciones obedecen estrictamente al hecho de hacer frente a la depreciación monetaria,

(...) el nuevo monto establecido por el legislador como condición objetiva de punibilidad por debajo de la cual el hecho de que se trate será impune, si bien en términos nominales resulta mayor que el que hasta el momento regía, en términos económicos se presenta como sustancialmente análogo al fijado al tiempo de la sanción de la norma que ahora se actualiza.

(...) más aún, frente a procesos de depreciación monetaria sostenidos en el tiempo, podría llegarse incluso a una instancia en la que el umbral mínimo de punibilidad fuese tan reducido -por la degradación de la moneda- que se castiga conductas que rozarían la insignificancia o bagatela.

Luego, en otro acierto, este fallo responde una de mis preguntas vertidas en la introducción, en donde me cuestionaba la conveniencia o no de realizar una interpretación excesivamente exegética, y cita a nuestra Suprema Corte de Justicia cuando se pronunció diciendo:

(...) la primera fuente de interpretación de la ley es su letra pero además la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y la del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (...) (conf. C. S. J. N., E. 171. XXII. “Estado Nacional c/ Rudaz, Martí Alejo y otra s/ nulidad de resolución”, rta. el 5/12/92) (...).

Además, el fallo trata un tema que a muchos se le escapa al tocar la materia Penal Económica. “Lo especial de la rama” en cuestión.

El Derecho Penal Tributario se encuentra en una disyuntiva, ya que muchos de sus letrados provienen principalmente de la rama penal, lo cual es incuestionablemente necesario para trabajar las causas con idoneidad. Sin perjuicio de ello, a estos letrados suelen faltarle conceptos de la materia tributaria –cruciales– para un entendimiento global del tema.

Recuerdo haber escuchado a un reconocido penalista de la ciudad de Rosario decir “Penal Tributario no es Penal”. Cuando lo dijo, lo hizo con un atisbo de menosprecio sobre la rama, aunque algo le reconoceré. Penal Tributario es una rama especial dentro del Derecho Penal, que precisa conocer conceptos y nociones que no se encuentran únicamente en libros penales, también se necesitan tributarios.

Dicho eso, el fallo toca el tema y dice:

La erosión al erario que genera la evasión impositiva produce su impacto en las

finanzas públicas en el instante mismo en que esos recursos debieron integrarse al patrimonio del Estado. Ello acuerda razonabilidad a la postura que aquí se defiende, en punto a que sea también la ley vigente al momento del hecho -que es precisamente la que refleja la realidad económica de ese tiempo, y da cuenta de la gravedad concreta del suceso- la que se aplique para juzgar tales conductas. Es ese el único parámetro válido, según el parecer de esta judicatura, que conjuga adecuada y suficientemente la gravedad del hecho según la realidad económica que lo circunda, con la ponderación social que amerita ese concreto episodio delictual. Lo contrario importa desconocer la calidad de instrumento de cambio que reviste el dinero, cuya función principal no es otra que la de homogeneizar el valor de los bienes y servicios, facilitando el tráfico mercantil.

De allí que no sea el valor nominal de la moneda el parámetro a observar en esta materia que ahora se analiza, pues de lo que se trata es de establecer el contenido disvalioso de las conductas contempladas en la ley penal tributaria, análisis que de manera alguna puede ser dissociado del valor que en términos económicos reviste en un determinado momento histórico.

No puede concluirse sin señalar que las particularidades del derecho penal económico tornan a esta disciplina jurídica un terreno fértil para que se susciten este tipo de controversias interpretativas. Ello en razón de que los delitos incluidos en ese ámbito suelen regular materias vinculadas directa o indirectamente con el devenir económico de la sociedad. De modo tal que, receptar en forma automática la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna en estos casos implicaría, a futuro, privar al Estado de una herramienta muy valiosa para cumplir con su cometido de proveer al bien común.

Además, no puede dejar de destacarse que este tipo de interpretaciones descontextualizadas del derecho penal económico tienden a instalar una sensación de impunidad en el común de la población que considera (algunas veces, lamentablemente, con razón) que los autores de los llamados delitos de cuello blanco no suelen ser responsabilizados por sus actos criminales. Lo expuesto no debe entenderse como una exhortación a una aplicación atenuada de las garantías constitucionales para el caso de estos delitos sino que debe ser recibido como una circunstancia que, también, no debe soslayarse a los fines de

guiar la tarea interpretativa de los tribunales en pos de tutelar el principio constitucional de igualdad.

(...) el Alto Tribunal sostuvo que **“uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la evasión** o bien de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que, en la medida en que su competencia lo autorice, **los jueces tienen el deber de contribuir a la aminoración de esos dañosos factores y comprender que son disvaliosas las soluciones que involuntariamente los favorecen** (Fallos: 313:1420 y sus citas). Y, por ello, ha recalcado que **los magistrados deben examinar con particular estrictez la adopción de medidas que pudieran afectar el erario público pues la percepción de las rentas del Tesoro -en tiempo y modo dispuestos legalmente- es condición indispensable para regular el funcionamiento del Estado** (Fallos: 327:5521; 328:3720; 330:2186; entre muchos otros).

Luego, el fallo introduce otra institución instaurada ahora sí de manera novedosa por la ley 27.430: En su Título XI, se dispone la Unidad de Valor Tributaria (UVT). Sobre los UVT expresaré, como prólogo, que me interesa ver su aplicación y operatividad. De buenas a primeras, me resulta una opción que parece cuanto menos interesante en miras a solucionar el problema devenido por la constante inflación. Dicha figura surge inequívocamente como resultado de la preocupación del legislador por mantener una constante con respecto a la política criminal, dejando en claro dentro de su articulado la evidente finalidad de su creación.

El artículo 302 de la ley 27.430 dice:

Créase la Unidad de Valor Tributaria (UVT) como unidad de medida de valor homogénea a los efectos de determinar los importes fijos, impuestos mínimos, escalas, sanciones y todo otro parámetro monetario contemplado en las leyes de tributos y demás obligaciones cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentre a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, incluidas las leyes procedimentales respectivas y los **parámetros monetarios del Régimen Penal Tributario** (el resaltado es propio).

El siguiente artículo intenta prever –a mi criterio– lo que serán las próximas modificaciones que el contexto inflacionario pueda generar al expresar:

(...) **A los fines de la fijación de la cantidad de UVT que corresponda en cada supuesto, se deberán contemplar**, entre otros factores y para cada parámetro monetario, la fecha en la cual fue establecido su importe, **los objetivos de política tributaria perseguidos** y la fecha de entrada en vigencia del mecanismo dispuesto por el presente Título, pudiendo proponer parámetros monetarios a ser excluidos de este régimen (...) (el resaltado es propio).

Por último, en el artículo 305 se establece de manera expresa que “[p]ara evaluar la configuración de delitos y otros ilícitos se considerará la relación de conversión entre pesos y UVT vigente al momento de su comisión”, en lo que parece ser un nuevo paradigma a la hora del entendimiento de la materia penal tributaria y la configuración de los delitos previstos.

Entonces, con tres Procuradores Generales de la Nación manteniendo una misma línea de pensamiento en lo que respecta a la manera de interpretar y aplicar el derecho, añadiendo la postura de otros magistrados a la hora de expedirse en otros fallos, creo que es argumento suficiente como para volver a debatir el tema.

CONCLUSIÓN

Mis jóvenes años en la profesión se podrían describir con una sola palabra: inquietos. Indagué, escuché y conversé con todo aquel que quisiera hablar de derecho. Escuché a catedráticos, litigantes y magistrados; todas las “voces” (o casi todas a las que pude acceder) y me di cuenta que es imposible alcanzar valoraciones enteramente objetivas. Tengo grabado escuchar abogados litigantes aseverar que muchas veces su trabajo reposa en “ganar tiempo”. Tal vez es por ello que no me conformo con esta interpretación que viene a “premiar” a quien logra dilatar el proceso.

Un argumento para pensar en disidencia con mi postura, además del fallo “Palero”, podría ser la afectación de la seguridad jurídica. Ahora bien, no lo creo así. Entiendo que el principio de aplicación de la ley penal más benigna, como ya expresé, tiene que mantenerse operativo en la órbita jurídica, pero su articulación tiene que ser para aquellos casos en donde corresponda. Dejarnos llevar por una interpretación tan exegética como limitarse a la letra cruda de la ley, pudiendo discernir sin mayores dificultades que con ello se configura, en ciertos casos, lisa y llanamente “impunidad” para quien lo proclama, no puede ser nunca el fin de las leyes.

Es de público y notorio conocimiento que en materia tributaria se suele aguardar distintas moratorias, blanqueos e inclusive modificaciones legislativas como la aquí tratada. Es verdad que en esta rama autónoma el fin último es la recaudación por parte de la hacienda pública, y es también cierto que para los casos más graves los tipos infraccionales previstos por la Ley 11.683, son superados mediante la intervención del RPT previsto. Entonces, I) si el RPT está pensado sólo para aquellos casos en donde la gravedad del hecho y los montos tenga suficiente entidad para crear un perjuicio en la actividad financiera del estado y II) si las modificaciones legislativas vienen a actualizar montos que quedan a destiempo frente a la depreciación monetaria y no criminalizar a quien no se corresponda creo modestamente que la aplicación del principio en ciertos casos es un aprovechamiento indebido de este.

Luego, al tratar la postura mayoritaria, expresé compartir la idea acerca de que las consecuencias de una justicia lenta deben ser soportadas por el estado y no por el imputado. Sin perjuicio de ello, como también desarrolle –y sin ser la finalidad del trabajo ahondar en esta parte del asunto– lo que surge de esto no es entender así una justificación, sino ver el estado de emergencia que envuelve a la justicia, saturada de causas y pobre en plantilla de empleados. El cambio tiene que ser eminente en este aspecto, por estos y otros casos.

Ahora bien, tal vez la solución venga por otras vías. Probablemente, mantener montos mínimos en nuestro RPT sea un asunto a superar (¿o tal vez ya casi superado?). La figura de la UVT, tanto como novedosa, me tiene expectante frente a su aplicación. Puede ser un gran acierto si se aplica con discrecionalidad y raciocinio, aunque aún es muy pronto para sacar conclusiones sobre ello. El derecho comparado nos puede

mostrar algunas soluciones alternativas al tema, por ejemplo, “el Derecho Alemán, *que regula la defraudación tributaria sin establecer límite cuantitativo alguno, permitiendo a los tribunales sobreeser en supuestos no graves (...)*”.¹⁶

Entonces, y para cerrar, invito a repensar la problemática. El derecho no está pensando desde su génesis para crear impunidad, la idea de justicia y equidad son las premisas equidistantes. Los aumentos de las cuantías mínimas están pensados con la clara finalidad de hacer frente a las realidades económicas imperantes y basta leer los proyectos de ley del ejecutivo en donde se deja de manifiesto.

En fin, no está a mi alcance proveer una solución definitiva. Este trabajo no tiene esa finalidad, sino manifestar mi postura. No me conforma la actitud mayoritaria y ofrezco alternativas. Es más, una ya conocida, otra tal vez más compleja -pero posible- como lo que el derecho alemán nos muestra y, por último, la novedosa institución creada por la ley 27.430 de la UVT.

La aplicación de todo principio que venga a resguardar los derechos es fundamental, sin perjuicio de ello, creo que hay dos palabras que no pueden dejarse de lado tan livianamente y creo que en ellas baso mi idea: “justicia” e “impunidad”. Opino que el fin en derecho siempre tiene que ser alcanzar el mayor sentido de justicia posible. También creo que cualquier interpretación jurídica debe estar hecha con el propósito de consagrar la mentada justicia; cualquier interpretación que genere –o pueda generar– algún tipo de impunidad es una cuestión a tratar con premura.

¹⁶ BAZA DE LA FUENTE, M. L. “El Delito Fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código Penal”. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Pág. 244/245. <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0027101.pdf>