

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta edición de la Revista Judicial, ofrecemos aportes sobre garantías mobiliarias, autorregulación voluntaria en fusiones y adquisiciones, derecho a la voz, el aval, Derecho Ambiental, procesos liquidatorios, “Derecho Penal Económico”, Arbitraje y Derecho Comparado.

En su exposición titulada LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS. PRIMERAS VISIONES, el **Lic. Federico Torrealba**, Profesor de Derecho Privado en la Universidad de Costa Rica, afirma la existencia de dos paradigmas muy diversos en materia de garantías mobiliarias –en inglés, security interests–. Nos informa que, de los sistemas de garantías de influencia anglosajona y germánica, se predica su flexibilidad, redundante en eficiencia económica y que del sistema latino-continental, su arcaísmo y rigidez, incidente en la causación de perniciosos efectos macroeconómicos. Estas consecuencias son la obstaculización del acceso al crédito comercial y a la oferta de financiamiento a tasas más elevadas, correspondientes al mayor grado de riesgo de incobrabilidad asumido por el acreedor. Al referirse a las garantías mobiliarias de tercera generación, indica que se caracterizan por la mayor flexibilidad en cuanto al grado de determinación de los bienes susceptibles de ser dados en garantía. Por ejemplo, se admite como garantía cualquier derecho o situación jurídica con valor comercial –de lo cual los contratantes son los principales árbitros, con lo cual se recuperan espacios a la autonomía de la voluntad. Se hace especial énfasis, como aspecto novedoso, en la posibilidad de ofrecer y dar en garantía bienes de género y futuros, como inventarios y cuentas por cobrar. El autor aclara que una diferencia fundamental con la prenda de segunda generación, es que el gravamen no sigue al bien, como obligación real, ni, por consiguiente, tiene el acreedor derecho a la reipersecutoriedad (droit de suite): las cosas garantizadas salen del patrimonio del deudor sin llevar sobre sí el gravamen. De este modo, se protege al tercero de buena fe, quien adquiere los bienes libres de gravámenes siempre y cuando el acto se encuadre en el contexto del giro normal de los negocios del deudor. Este trabajo critica la supuesta superioridad jerárquica del artículo 76 LGM. Sostiene: “De prestársele oídos –sin una lectura en clave constitucional armónica con el artículo 46 de la Carta Magna—, entonces se llegaría a la conclusión de que, frente al señorío de la LGM, quedaría expatriada la Ley 7472, e inoperantes sus disposiciones de protección al consumidor frente a cláusulas abusivas, como lo serían, sin lugar a dudas, aquellas que “favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente””.

El **Dr. Eric Briones Briones**, Abogado y Profesor Laboralista comparte con nosotros UN NUEVO PARADIGMA SOBRE LAS INFRACCIONES LABORALES, un aporte teórico jurídico, en la consecución de un nuevo sistema nacional sancionador por infraccionalidad laboral, frente

al actualmente estatuido dentro del Código de Trabajo, el cual data de algo más de 70 años. Sus actuales artículos 311 y 614, junto con normativa concordante, sea el Código de la Niñez y la Adolescencia (artículo 101), vienen a establecer un listado de sanciones, que hoy por hoy, solo significan multas de tipo pecuniario, contra quien infrinja una disposición de tipo laboral. En su opinión, el andamiaje jurídico, debe contar con la creación de códigos de actuación (reglamentación) que conlleven los elementos éticos y de constante superación profesional; por cuanto está comprobado que cuanto mayor es la remuneración, capacitación formal e incentivos económicos que ostente un servidor público, menor es la tentación que va a hallar en actos que puedan comprometer su grado de imparcialidad.

El **M.Sc. Carlos Valenciano Góngora**, participa con **HACIA LA AUTORREGULACIÓN VOLUNTARIA EN LOS MERCADOS CAPITALES EMERGENTES: EL CASO BRASILEÑO**. Ahí nos relata que en 2013 inició funciones en Brasil el “Comitê de Aquisições e Fusões”, producto del esfuerzo conjunto de sus principales participantes por fortalecer el mercado local mediante el establecimiento de un esquema de autorregulación voluntaria de las operaciones de cambio de control y reorganización societaria. Explica que con el Novo Mercado como derrotero, forma parte de un esfuerzo integral por implementar mecanismos de gobernanza corporativa que, además de disminuir el riesgo de conflicto de interés al seno de este tipo de operaciones y mejorar la protección al inversionista, responda a una estrategia de consolidación del mercado. Inspirado en el modelo británico de autorregulación, el reto yace en adaptar un sistema cuyo éxito sólo ha sido probado en condiciones de mercado particulares. El Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (CdAF) o Código de Autorregulación de Adquisiciones y Fusiones establece, por ejemplo, que el accionista o grupo de accionistas que alcanzare de forma directa o indirecta una “participación accionaria relevante”, sea por medio de una o de varias operaciones, deberá realizar una oferta pública de adquisición de todas las demás acciones y títulos valores convertibles en acciones emitidos por la compañía adherente. Este artículo del Profesor Valenciano Góngora inicia con una somera revisión histórico-legislativa del desarrollo reciente del mercado brasileño de capitales, desde su incipiente promoción en la década del sesenta por parte de los gobiernos militares, hasta el lanzamiento del Novo Mercado como un sistema regulatorio dual implementado con el propósito de mejorar la protección al inversionista sin afectar el status quo de los grupos controladores. Posteriormente, analiza las generalidades del fenómeno de autorregulación utilizando como base la experiencia británica, dedicando su último apartado a presentar brevemente las características principales del CAF y su Código. Como resultado de dicha revisión, plantea como hipótesis que la implementación en Brasil de un sistema de autorregulación voluntaria inspirado en el modelo británico trasciende el propósito inmediato de monitorear las operaciones de reorganización societaria y cambio de control, formando parte de un esfuerzo mayor por estimular el mercado de capitales local con base en el mejoramiento de los mecanismos de protección al inversionista.

La **M.P.A Jennifer Isabel Arroyo Chacón**, Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública, incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas, al Colegio de Contadores Públicos y al Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS), posee un Diplôme d’*supérieures spécialisées* en Administration

Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica. Labora en la Contraloría General de la República y ha fungido como docente en cursos de derechos, administración, contabilidad y auditoría en universidades públicas y privadas, y ha publicado libros y artículos en las ramas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales. Ella nos ha enviado TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS VINCULADOS CON LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE. En sus palabras, este documento pretende dar a conocer los delitos vinculados con la función pública que posee el ordenamiento jurídico costarricense y que procura sancionar las conductas lesivas al interés público. Para alcanzar dicho objetivo se enlistan los principales instrumentos que regulan esta materia tanto a nivel internacional como lo son: Convención Interamericana contra la corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; así como a nivel nacional, que son: el Código Penal Código Penal, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Posteriormente se describen los aspectos más relevantes de cada tipo penal contenido en estas leyes. Finalmente se sintetizan los aspectos esenciales de delito para destacar la necesidad de conocer, aplicar y mejorar esta tipología a fin de proteger los fines públicos.

De la **M.Sc. Magda Díaz Bolaños**, Jueza integrante del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, master en Derecho, Máster en Administración de Justicia enfoque Sociológico con énfasis en administración de justicia civil, especialista en Derecho Comercial y Derecho Agrario, profesora universitaria, publicamos LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS. La autora manifiesta que en Costa Rica no existe una definición emanada de las normas jurídicas sobre la empresa; tampoco una regulación expresa, sino hay una mezcla de conceptos contenidos en el Código de Comercio y teorías tendientes a delimitar el objeto del derecho comercial; sin embargo, entre varias sentencias, en la decisión N° 7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se puede observar un desarrollo de la noción de empresa. En lo que interesa el mencionado voto reconoce: "La figura de la empresa tiene dentro del ámbito jurídico un papel fundamental respecto de todas las relaciones referidas al proceso económico. Más que un concepto jurídico es un concepto elaborado por la economía en la época moderna para identificar a los sujetos del sistema económico...". Para la autora, la continuidad de la actividad de la empresa, en procesos liquidatorios, se presenta como una forma de proteger tanto a la masa de acreedores como al mismo deudor. Aunque la figura no es novedosa en el Derecho Concursal, si se estima hay un nuevo enfoque sobre el tema, el cual es explicado por Petgrave de la siguiente manera: "El moderno derecho de quiebras, ha ido evolucionando y ha recurrido a un distinto enfoque, con respecto a la sobrevivencia de la empresa, aun cuando esta ha fallado en su administración. Esto se debe a que esta, no le incumbe únicamente al deudor y a los acreedores, sino más bien a la economía en general, ya que cuando desaparece una unidad económica, se verá afectado el funcionamiento del estado en general. ... La continuación de la empresa, supone que esta se encuentre en funcionamiento y con posibilidad de salir adelante económicamente, pese a que en ese momento se encuentre atravesando una situación crítica. Recomienda que en Costa Rica se

regulen aspectos esenciales: tales como plan de viabilidad, plan de pagos, cese de la explotación, pagos, órganos asesores, entre muchos otros para que la participación del órgano judicial sea proactiva en tanto debe exigir a la persona curadora más informes y detalles del ejercicio de la actividad que se realiza.

El **M.Sc. José María Pacheco Fonseca** nos habla de EL PROCESO DE “DUE DILIGENCE” EN MATERIA INMOBILIARIA: NATURALEZA, CONTENIDO Y PATOLOGÍA. Por “due diligence” entiende el proceso de investigación técnica que deben seguir las partes para cerciorarse de que, mediante la celebración de un contrato proyectado o ideado, pueden adecuadamente satisfacer sus intereses tal y como los han previsto. Expresa que con la cantidad de asuntos que es necesario verificar, valorar y analizar para determinar las implicaciones y conveniencia de celebrar un contrato, aumenta proporcionalmente la necesidad de llevar a cabo procesos ordenados que nos permitan examinar la información correspondiente. Sobre la etapa precontractual, de previo a la celebración de contratos definitivos o de cierre, es reconocido por la doctrina que las partes tienen ciertos derechos y obligaciones recíprocas dirigidas a la consumación del acuerdo. Es aquí donde son particularmente relevantes los llamados “deberes de información”, que consisten para el autor en la obligación de las partes de comunicarse recíprocamente las cuestiones que pueden incidir en su decisión de contratar, así como incidir en cuanto a los términos de la contratación. La técnica de due diligence se emplea, en gran medida, -nos explica- para nivelar la desigualdad informativa, pues al realizarse un proceso de este tipo la parte que cuenta con un déficit de información le solicita a su contraparte todos los documentos y hechos relevantes relacionados con la transacción y el bien. Con esta información procede a evaluar y verificar las condiciones relevantes y que pueden incidir sobre su voluntad de celebrar el contrato.

En EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, el **Lic. José Rafael Fernández Quesada**, abogado y árbitro costarricense, Profesor de la Universidad Latina y la Universidad de Costa Rica, Presidente del Capítulo Costarricense de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) considera que el arbitraje comercial internacional alcanzó ya la mayoría de edad: tiene vida propia, independiente de los institutos jurídicos que le dieron vida y goza hoy de los privilegios, y peligros, de ser alguien muy atractivo: todos quieren estar cerca y, verdad o no, todos dicen sus amigos íntimos. Pero la realidad es –nos dice- que poco tiempo se dedica al análisis de la naturaleza ontológica del fenómeno. Propone analizar algunas ideas expuestas por quienes se han atrevido a elucubrar sobre el concepto del arbitraje, desde las disciplinas de la Filosofía, la Teoría del Estado, la Sociología y la Psicología. Este artículo es una interesante propuesta “para acicatear la curiosidad de los partidarios del arbitraje, que nos permita, al cabo, ser realmente sus amigos y no solamente decir que lo somos”.

La **Licda. Alina Guadamuz Flores**, Especialista en Derecho Comercial, por la Universidad de Costa Rica, nos brinda EL AVAL, donde explica que éste, como garantía cambiaria, se vuelve muy útil cuando se desea asegurar el pago que se hace constar en la letra de cambio o en el pagaré; es una figura útil para la persona cuyo interés es que se realice el pago a su favor. Sin embargo, -considera- si se ve desde la perspectiva contraria, la del avalista, debe tomarse con mucho cuidado, ya que la independencia de la cual goza el aval, hace que subsista aun cuando no pase lo mismo

con la obligación principal. A nivel doctrinal, se pueden encontrar figuras interesantes como la del “aval de aval” o el “co-aval” que no se presentan en el ordenamiento jurídico costarricense pero que podrían llegar a aplicarse por analogía. Expuestos los conceptos y teorías sobre la naturaleza jurídica del aval, aclara su noción, evitando que se compare con la fianza o que se utilice como sinónimo de “aprobación” o “autorización”. La autora nos relata la historia del aval; nos explica su naturaleza jurídica; nos informa sobre su regulación internacional e indica la relación que tiene la figura del aval, con otras figuras como lo son la aceptación, el endoso, la intervención y el seguro de crédito. Finalmente, nos resume la regulación nacional y plantea algunas observaciones a ésta.

La **Licda. Soledad de los Angeles Cortes Sandí** contribuye con ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL. Indica que en la actualidad, el Derecho Penal se enfrenta a nuevos retos, pues el dinamismo y complejidad de los mercados de bienes y servicios, ha creado nuevos núcleos delictivos, y las ciencias criminales, deben enfrentarse y responder a tales cambios. En su criterio, la legislación existente no ha bastado para solucionar las contrariedades de la realidad sobrevenida. Sin embargo, -advierte- tampoco debe darse una solución apresurada, que atente contra principios y garantías edificadores del Estado de Derecho. Aclara que en el estado actual de la teoría del Derecho Penal Económico, ni siquiera existe consenso, en la delimitación del entorno del Derecho Penal económico, tampoco en la fundamentación de las características especiales que justifiquen su separación de la rama principal. Manifiesta que no se debe olvidar que una intromisión desmedida e injustificada, del poder punitivo del Estado, atenta de manera vehemente contra la libertad misma de la ciudadanía. Se constituye en una poderosa herramienta, que puede acabar con la convivencia social pacífica, y exterminar hasta derechos humanos básicos trascendentales para la vida humana. De ahí el peligro de crear una sub-rama del Derecho Penal, donde se corra el riesgo de formar mamparas para edificar otros principios o relajar los que ya existen, permitiendo injustificada intervención estatal.

DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE, se titula el artículo de las **licenciadas Tatiana Sánchez Sánchez y Suyen Vega Mena**. En él se reconoce la voz como derecho y se analiza la legalidad de la grabación auditiva en el sistema penal costarricense. Aborda la voz como elemento de la identidad, el cual, ha sido reconocido como derecho hasta reciente data; es decir, este artículo expone uno de los llamados nuevos derechos de la personalidad; además da a conocer el alcance que injerencias como la grabación auditiva tiene en este derecho y otros derechos de interés, a fin de considerar una grabación subrepticia como lícita y apta para configurar prueba en el proceso penal costarricense.

Finalmente, ofrecemos nuestro artículo LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO, donde se controntan Pacta Sunt Servanda vs. Rebus Sic Stantibus, el cual fue elaborado para el libro homenaje al Profesor don Rubén Hernández Valle. Este trabajo constituye una actualización y reformulación específica, desde una perspectiva más amplia de Derecho Comparado, de anteriores investigaciones de ámbito más restringido sobre la interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina y sobre la excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana.