

Poder Judicial

 $N^0122$ 

ISSN 2215-2377

# Revista Judicial

### REVISTA JUDICIAL ISSN 2215-2377

Nº 122

### Publicación semestral

enero 2018

### **DIRECTORA**

### Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

### **CONSEJO EDITORIAL**

### Licda. Kattia Escalante Barboza

Subdirectora a.i. Escuela Judicial. Poder Judicial

### Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Poder Judicial

### M.Sc. Xinia Fernández Vargas

Secretaría Técnica de Género. Poder Judicial

### Dr. Juan Carlos Segura Solís

Juez del Tribunal de Trabajo, II Circuito Judicial. Poder Judicial

### M.Sc. Raymond Porter Aguilar

Juez del Tribunal Penal III Circuito Judicial. Poder Judicial

### MBA. Magdalena Aguilar Álvarez

Coordinadora del Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial

### M.Sc. Diego F. Benavides Santos

Juez del Tribunal de Familia. Poder Judicial

### M.Sc. Yerma Campos Calvo

Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia. Poder Judicial

### Dr. Álvaro Hernández Aguilar

Juez del Tribunal I Civil. Poder Judicial.



### REVISTA JUDICIAL NÚMERO 122, 2017

ISSN: 2215-2377

Edición preparada por la Escuela Judicial Poder Judicial Publicación semestral revistajudicial@poder-judicial.go.cr

### **DIRECTORA/EDITORA**

Vilma Alpízar Matamoros valpizar@poder-judicial.go.cr valpizar@yahoo.com

### Diseño de la portada:

Raúl Barrantes Castillo

### Diagramación e impresión:

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

### Colaborador:

Román Bresciani Quirós

© Edición aprobada por el Consejo Editorial de la Revista Judicial

### Revisión de traducción al inglés

Norma Sáenz Carbonell.

### **CANJE**

Sistema de Bibliotecas Escuela Judicial San Joaquín de Flores, Heredia Ciudad Judicial Teléfono: 2267-1541

### **CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:**

Revista Judicial, Escuela Judicial: revistajudicial@poder-judicial.go.cr

### DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL

http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/

### **CORREO ELECTRÓNICO:**

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

## **SUMARIO**

PRESENTACIÓN	7
ARTÍCULOS	
ATROCIDADES MASIVAS Y REPONSABILIDADES ESTATALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Lic. Adán L. Carmona Pérez	11
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO IRREGULAR. M.Sc. Alex Rojas Ortega	27
DENOMINACIÓN SOCIAL: EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO LÍMITE LEGAL, SU DISTINCIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL, DE LA MARCA Y EL NOMBRE COMERCIAL. I Parte Lic. Alina Guadamuz Flores	39
EL DERECHO A LOS PROPIOS ALIMENTOS Lic. Arcelio Hernández Mussio	53
ANÁLISIS CON RESPECTO A LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL MATRIMONIO CIVIL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA M.Sc. Francisco Lemus Víquez	63
RELACIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LOS SEGUROS .  Lic. Federico Torrealba Navas	75
LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS RESOLUCIONES CONDENATORIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL Dr. Guillermo Guilá Alvarado	83
EL EMPRESARIO COMERCIAL EN COSTA RICA Y EL DERECHO COMPARADO M.Sc. Gustavo González Solano	95
LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN LA LEY DE BIODIVERSIDAD DE COSTA RICA Y SU RELACION CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: AVANCES Y PERSPECTIVAS M.Sc. Jorge Cabrera Medaglia	119
LA PERMEABILIZACIÓN DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN EL DERECHO MERCANTIL COSTARRICENSE, UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA A LAS FIGURAS DEL JOINT VENTURE, EL SHARE HOLDERS AGREEMENT Y CONCEPTOS CONEXOS M.Sc. Juan Diego Elizondo Vargas	

CAPITALIZACION DE RESERVAS Y FONDOS ESPECIALES PARA AUMENTAR EL CAPITAL	
SOCIAL: ¿AUMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO O APORTES DE CAPITAL?	
Licda. Karime Rodríguez Lara y Licda. Lucía Quesada León	.159
CONCENCTION OF CONTEDOS DE CONTENCIONALIDAD CREADO DOR LA CORTE	
CONSENSUS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CREADO POR LA CORTE	
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): REFLEXIONES A LA LUZ DEL CASO	
"ARTAVIA MURILLO Y OTROS" CONTRA COSTA RICA	1.7
M.Sc. Marvin Vargas Alfaro	.16/
EL RÉGIMEN DE PENSIONES Y LAS PRÁCTICAS QUE ATENTAN CONTRA LA COMPETENCIA	
A LA LUZ DE LA SENTENCIA VOTO N° 050-IV-2016 DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO	
ADMINISTRATIVO	
MSc. Warren Corrales Castillo	.177
JURISPRUDENCIA COMENTADA	
EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA	
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE	
MSc. Mario Peña Chacón	.195
ENTREVISTAS Y REPORTAJES	
Entrevista al Dr. William Molinari Vílchez	.209
RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES	
RESERVIT DE ELDROS E INVESTIGITATIONES	
Los Principios Cardinales del Derecho Constitucional	.215
COLABORARON PARA ESTE NÚMERO	.217
NORMAS DE PUBLICACIÓN	.219

### Presentación

on suma alegría les presentamos el número 122 de la Revista Judicial, que contiene una gran variedad de artículos en temas como derecho comercial, ambiental, procesal civil, derecho de familia, Derechos Humanos y derecho administrativo.

Estos artículos han sido preparados por especialistas en estas materias con el afán de dar a conocer estas temáticas y de contribuir con la capacitación tanto de las personas que estudian la carrera de derecho como de las y los profesionales de esta y otras disciplinas.

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial -conformado por acuerdo de Corte Plena en la sesión 33 del 5 de agosto del 2013, artículo XVII-, y quien gestiona esta revista, con el ánimo de propiciar una mayor y más plural representación en los artículos que son sometidos a la consideración de esta instancia, se ha propuesto dentro de sus objetivos de trabajo, impulsar y motivar de manera expresa a las mujeres, materias que tradicionalmente han publicado poco sobre su especialidad y profesionales de otras áreas distintas al Derecho, para que participen de una manera más activa en la elaboración de artículos y la sistematización de experiencias de trabajo.

Dentro de las secciones que acompañan este número además de los artículos mencionados, se encuentra el comentario de jurisprudencia. Este espacio está dedicado para que las personas compartan resoluciones de importancia en diversos campos que consideren se deben divulgar. Para ello se utiliza el formato de artículo que permite hacer énfasis en aspectos más allá de la simple lectura de la sentencia.

La sección de entrevistas y reportajes, pretende dar a conocer la labor de personas funcionarias especialmente del Poder Judicial cuya labor es vital en el desarrollo de programas y políticas en procura de una mejor administración de justicia. De igual forma pretendemos hacer reportajes de la labor que se lleva a cabo en diferentes dependencias del Poder Judicial y dar a conocer así, lo que se está haciendo. En este número contamos con una entrevista al Magistrado William Molinari Vílchez, Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Judicial, quien está a cargo de la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Civil, y que ha trabajado incansablemente con un excelente equipo de trabajo que ha desarrollado un sinnúmero de programas de capacitación.

Por último se hace una reseña de libros o investigaciones que se realizan no solo en el campo del derecho sino en aquellas disciplinas que de una u otra forma inciden en el quehacer judicial.

Les invitamos a escribir, las normas de publicación se encuentran en la parte final de la revista y a suscribirse para quienes tengan interés en que se les envíe la edición digital de esta revista que es de ustedes y que como siempre esperamos sobretodo les sea útil.

Dra Vilma Alpízar Matamoros Directora Revista Judicial.

# Artículos

# ATROCIDADES MASIVAS Y REPONSABILIDADES ESTATALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

M.Sc. Adán L. Carmona Pérez¹ acarmonap@Poder-Judicial.go.cr

### Resumen

En este artículo se describen cuáles son los estándares mínimos exigidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los Estados ante atrocidades masivas contra los derechos humanos. De seguido se analizan tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, identificando algunas tensiones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados, las víctimas, los familiares y la sociedad en general, cuando enfrentaban violaciones masivas de derechos humanos. Por último, se determina que el control de convencionalidad se convierte en una herramienta útil para requerir y exigir a los estados la materialización de las disposiciones del derecho internacional ante violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos.

### Palabras clave

Criminología crític a, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, violaciones de derechos humanos, atrocidades masivas, control de convencionalidad.

### Abstract

The article describes the minimum standards required by the International Law of Human Rights to States in the face of mass atrocities against human rights. Three judgments of the Inter-American Court of Human Rights are then analyzed, identifying some tensions between the International Law of Human Rights, the States, victims, relatives, and society in general, when faced with mass human rights violations. Finally, it is determined that the control of conventionality becomes a useful tool to require and demand States to enforce the provisions of the International Law of Human Rights in the face of serious and systematic violations of human rights.

### Keywords

Critical Criminology, International Law of Human Rights, human rights violations, mass atrocities, conventionality control.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (2008). Egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica (2014). Mediador de la Universidad de Costa Rica – Corte Suprema de Justicia (2004). Máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad para la Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona, Máster en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad para la Cooperación Internacional. Defensor Público del Poder Judicial de Costa Rica desde el 2008. Profesor universitario. Autor de diferentes artículos (algunos inéditos a la fecha) relacionados con temas de derecho penal, procesal penal, penal juvenil, derechos humanos, política criminal y penitenciaria

### I. Introducción

In la memoria colectiva de las sociedades dactuales −al menos, en gran parte de la **d** cultura occidental de finales del siglo XX el vocablo derecho humano suele concebirse como un derecho cuasinatural, como algo inherente al ser humano. Se aprecia, además, como un término añejo, de apariencia universal, incluso como preexistente a una sociedad civilizada o contemporánea. No obstante, basta con adentrase un poco en la historia de la humanidad para determinar que ello no es así. Al contrario, por irónico que parezca, sus inicios se ubican en las postrimerías de las barbaries acaecidas en la I y II Guerra Mundial, cuando, por primera vez, en 1945, se habla de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDDHH) y se crea -a raíz de esos lamentables acontecimientos - la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU).<sup>2</sup>

Es decir, el desarrollo del DIDDHH es el resultado de la consolidación de un proceso de internacionalización y protección de los derechos humanos, nacido a raíz de las infames atrocidades producidas por las guerras de la primera mitad del siglo XX donde, a raíz de estos horrorosos sucesos, se promueven su desarrollo y fortalecimiento.<sup>3</sup>

Como parte de este proceso de fortalecimiento, surge también una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención) y su órgano ejecutivo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), así como, el Derecho Penal Internacional (en adelante D.P.I.).

Mientras los anteriores acontecimientos acaecían, se seguía vislumbrando paralelamente una pugna histórica de larga *data* entre el saber criminológico y la ciencia del derecho penal, porque, principalmente, el saber de lo penal, quiso tener, desde su origen, a la criminología

como una de sus disciplinas auxiliares, condición de sumisión que no fue bien admitida, ni cómoda para gran parte de sus estudiosos.<sup>4</sup>

Posteriormente, el centro de colisión entre estas dos ramas del saber subió de intensidad en la década de los setenta con el nacimiento de la criminología crítica, en razón de que, de manera directa, como parte de sus postulados fundacionales, esta última abogaba — y aún lo hace a la fecha— no solo por su independencia como ciencia, sino que ha bombardeado de críticas muy fuertes al derecho penal (y al derecho penal liberal), acusándolo de ser un medio de dominación usado por la clase socioeconómica y política más favorecida contra la clase marginada.<sup>5</sup>

Quizás, esta confrontación fue uno de los factores que provocó que estos saberes le dieran la espalda a la realidad de aquel momento, a la sangre, a los muertos y a las masacres masivas que acaecieron a lo largo del siglo XX. Estas brutalidades no solo pertenecían a las dos guerras mundiales, sino también estaban presentes también – aunque de formas, quizás, diferentes, pero con el mismo resultado: muertes-, en los procesos de colonización y dictaduras en América Latina, Apartheid en Sudáfrica y genocidios en Ruanda, para recordar algunos de los múltiples "en esencia" pavorosos e inhumanos acontecimientos.

La mención de los panoramas descritos no se torna equívoco ni ocioso; por el contrario, vacila en un tono provocador, en razón de que lo que se desarrollará de seguido, que no es más que una serie de reflexiones críticas, de naturaleza jurídico-criminológica, donde confluyen los tópicos DIDDHH, criminología, derecho penal y obligaciones estatales de cara a las atrocidades masivas o ante las tensiones que, eventualmente, pueden surgir entre el DIDDHH, los Estados y las víctimas ante eventos de atrocidades y violaciones masivas de derechos humanos.

El objetivo principal propuesto es el siguiente: "Determinar y analizar las posibles tensiones de naturaleza jurídico-criminológicas que puedan

surgir entre el DDHH y las políticas de Estado ante acontecimientos de masacres masivas (violaciones de derechos humanos)".

De igual manera, se abordarán los siguientes objetivos específicos:

a. Describir cuáles son los estándares mínimos exigidos por el DIDDHH a los Estados ante atrocidades masivas; b. Averiguar cuál es la posición de la Criminología Crítica ante las atrocidades masivas; c. Analizar tres sentencias de la Corte (caso Barrios Altos vs. Perú, Caso Gomes Lund y Otros – "Guerrilha Do Araguaia" – vs. Brasil y Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador), con el fin de identificar algunas tensiones entre el DIDDHH y los Estados y, por último, d.-Cuestionar sí es el control de convencionalidad una herramienta útil para requerir y exigir a los Estados la materialización de las disposiciones del DIDDHH ante las atrocidades masivas.

El presente artículo parte de una visión teórica. Se expondrán los temas de forma sumaria, dadas las limitaciones temporales y espaciales existentes.

# II.- Sobre los estándares mínimos exigidos por ddhh a los estados ante atrocidades masivas

¿Cuáles son los estándares y exigencias de actuación básica que, desde el DIDDHH se les requiere a los Estados materializar cuando suceden atrocidades masivas en contra de los derechos humanos?

Es la interpelación que se tratará de responder a continuación. Efectivamente, existe una serie de estándares y acciones mínimas impuestas desde el DIDDHH que los Estados deben llevar a cabo cuando surjan, en su territorio, masacres de personas, las cuales, a nuestro juicio, por su importancia, deben ser de naturaleza impostergable, exigibles, irrenunciables y de cumplimiento inmediato, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de que su inobservancia vacíe de contenido—como un fraude de etiquetas—

los derechos humanos, convirtiéndolos en un derecho de papel, en una utopía irrealizable.

Los derechos humanos tienen una serie de características que hacen que lleven aparejada la exigencia a los Estados de ciertos estándares de acción no solo para su protección previa y permanente (activa), sino también en el momento que son vulnerados, de tal forma que, en la medida de lo posible, se restablezcan de inmediato en caso de afectación (Carrillo, 2004, p.\_427).

Entre las características esenciales que conforman el núcleo central de los derechos humanos están: la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia, la inherencia, la inviolabilidad, la inalienabilidad, la acumulabilidad, entre otras. Estas características deben ser conciliadas en los pilares actuales en que estos derechos se desarrollan, bajo el triunvirato: democracia, desarrollo y derechos humanos. Se considera que esta compatibilidad debe ser uno de los estándares exigibles a los Estados para la protección -o ante la violación- de derechos humanos, pues, en principio, el Estado es el llamado en primera instancia a proteger los derechos humanos de sus habitantes, por lo que el DIDDHH es una instancia residual, por así decirlo, de protección (Medina, Nash, Contreras, Mujica, 2011, p.\_7).6

Además, por las particularidades que estos derechos revisten, traen aparejada, como consecuencia indispensable, la exigencia de políticas estatales de actuación en dos vértices o momentos: a. En el goce y disfrute de los derechos humanos; b. durante y después de la transgresión de un derecho de tal naturaleza. Dicho de otra manera, los Estados están en la obligación de contar con sistemas de protección de derechos humanos que sean eficaces, que los promuevan y materialicen, pero que, también, en el momento de que estos sean violentados, generen mecanismos de reparación de daños eficaces.<sup>7</sup>

Podría indicarse que, desde la óptica del DIDDHH, el Estado está llamado a cumplir con tres obligaciones de naturaleza esenciales e indispensables con respecto a los derechos humanos: respeto, garantía y adopción de medidas (actuar) (Méndez, 2011, pp. 201-205).

La obligación de respetar: implica que el Estado debe contener mecanismos de protección dirigidos a materializar y desarrollar los derechos humanos, pues una actitud pasiva puede llevar a que, por omisión, se transgredan estos derechos.

El deber de garantía: trae aparejados cinco subcompromisos que son: prevenir violaciones, investigarlas en caso de que se den, juzgarlas, sancionarlas y repararlas.

Exigencia de coactividad: el Estado tiene el deber de adoptar medidas de forma coactiva no solo para respetar formalmente los postulados normativos dispuestos en los tratados, convenciones y otros instrumentos de DDHH, sino que tiene la obligación de transformar incluso sus políticas públicas en aras de materializarlos (Medina, et al., p. 8), (Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 151-153).

Bajo la lógica referida, por ejemplo, se demanda, desde el DIDDHH a los Estados, un "[...] deber de justicia penal" (Huhle, 2005, pp. 36-37) que los obliga a: investigar, procesar, juzgar, castigar a los transgresores y paralelamente reparar de manera basta e integra a la víctima y/o sus familiares —y sociedad en genera— de infracciones graves de derechos humanos". (Medina, et al., 10-11 pp.).

Esto comprende, también, una obligación para el Estado y un derecho para la víctima, familiares y sociedad en general, es decir, respecto al primero se exige la obligación de investigar la verdad "real/judicial" de los hechos ocurridos y, respecto a los segundos, se instituye el derecho a conocer esa verdad. O Comporta además, una garantía y compromiso de no repetición de violación de derechos humanos (Medina, et al., 12 p.) y, por último, también tiene relación con el derecho a un recurso judicial efectivo. Así, por ejemplo, la justicia transicional sería contraria

a las exigencias del DIDDHH, cuando se dote con mecanismos y/o acciones que contraríen las disposiciones señaladas. (Méndez Joan, 2011, 202-203 pp.).<sup>12</sup>

## III.- Criminología crítica y atrocidades masivas

Un caluroso e intenso debate ha surgido recientemente respecto a la posición que históricamente la criminología ha sostenido con respecto a las barbaries acaecidas en el siglo XX<sup>13</sup> e, incluso, con las que persisten hasta ahora. Se ha reprochado que, literalmente, esta rama del saber —incluso el mismo derecho penal— diera la espalda a tales atrocidades pues, mientras ello sucedía, su mirada estaba dirigida a la delincuencia de bagatela.

Mientras tales perversidades en contra de la humanidad acaecían, la criminología — como en una burbuja o mundo paralelo lejano a la tierra — (Morrison, 2012, p.\_53) seguía debatiendo aspectos como: ser o no ser rama auxiliar del derecho penal, ciencia u otra cosa, buscando su objeto de estudio (independencia), analizando al delincuente y las causas de la delincuencia, etc., es decir, todo lo que implicara no dirigir la mirada a tales perversidades.

De cierta manera, esto no estaba mal, lo que sí fue un error fue focalizar sus energías a la delincuencia menor en un espacio reducido del Estado/nación, olvidando, por ejemplo, los procesos de globalización y su necesaria inmiscuida en la esfera internacional, mientras tanto, la sangre y sufrimiento masivos eran, en muchos casos, el común denominador en el planeta Tierra (Ferrajoli, 2013, pp. 3-4).<sup>14</sup>

En razón de estas críticas, varios autores, entre ellos Camilo E. Bernal Sarmiento, Sebastián Cabezas, Alejandro Forero, Iñaki Rivera e Iván V. Tamayo (2012), se dan a la tarea de abordar este tópico, acuñando, a nuestro juicio, algunas frases célebres que resumen en buena medida lo que ha sucedido. Así, por ejemplo, hablan de "apartheid"

criminológico", "banalización de la violencia colectiva", "persiguiendo al ladrón e ignorando al genocida", entre otras. 15

La conciencia quizá sea el enemigo más reciente que aturde y persigue actualmente a la criminología —especialmente a la criminología crítica — pues, con razón o sin ella, se critican no haber podido desarrollar herramientas analíticas que podrían explicar y contribuir a prevenir las violaciones masivas de derechos humanos; por el contrario, su papel, en algunos casos, se limitó a la denuncia moral de los órdenes represivos y de la barbarie de las guerras civiles internas (Bernal *et al.*, 2012, p. 50).

A partir del panorama anterior, la criminología crítica se ha dado a la tarea de reformular su norte, de tal manera que se ha propuesto centrar su mirada no ya al espacio reducido del Estadonación, sino a una criminología de naturaleza universal (Criminología de nuevo orden-global: Morrison, 2012); no ya a su objeto de estudio de la delincuencia menor, sino a los hechos que causan mayores daños sociales (Bernal *et al.*, 2012), sean crímenes de Estado y globales o una ampliación del objeto de estudio (Morrison, 2012).

Esta preocupación conlleva definir qué debería entenderse por crímenes de Estado y genocidio (para ir más allá de una concepción legal) (Zaffaroni 2015, pp.\_431-433)¹6 y promover discusiones filosóficas, sociológicas y académicas para alentar luchas políticas en estos temas. Se trata de una criminología defensora de derechos humanos y no meros guardianes del control social impuesto por la ley penal.

Por último, su enfoque va dirigido a denunciar y esclarecer cómo funciona el poder y explicar las formas que toma la violencia y traer de vuelta al Estado, a la vez que se pone la mirada a los "mercados" (Bernal *et al.*, 2012). Así, entonces, la criminología crítica propone vincularse con el DIDDHH en los siguientes aspectos: servir como mecanismo de análisis, protección y prevención del abuso del poder o la violencia de los derechos

humanos frente a los Estados y mercados, para evitar graves violaciones a derechos humanos y grandes daños sociales (Ferrajoli, 2013, pp. 3-4).<sup>17</sup>

Se considera que todos estos panoramas "o programas" que la criminología crítica plantea, deben llevarse a cabo bajo los postulados de un derecho penal mínimo, propio de un Estado de derecho, ello, en caso de que se utilice el derecho penal como medio para lograr algunos de sus planteamientos, pues, en caso contrario, se corre el grave peligro de que el medio se convierta en el arma que transgreda lo que pretende protegerse (Ferrajoli, 2013, p.5). En este caso, debe aplicarse el derecho penal en los casos únicamente que más daño social provoquen (Baratta, 2004, pp.\_213-217).

Por último, cabe destacar aquí, que la criminología crítica, como parte del proyecto de dirigir su mirada e inmiscuirse activamente en la protección y represión de los crímenes contra los derechos humanos, ha llevado a cabo algunas reflexiones sobre la justicia transicional. Al respecto, en un debate de actualidad, se cuestionan cuáles deben ser el contenido y la dirección que se debe dar a este tipo de proceso, perfilándose dos posibles posiciones: 1. Olvidar (negación) (Filippini, Bohoslavsky y Cavana, 2012, p.\_10) o 2. Castigar (reconocer) los hechos del pasado.<sup>18</sup>

Se considera que, tal y como la mayor parte de la criminología crítica ha apostado en este tema, el contenido de la justicia transicional debe encaminarse y supeditarse no solo al cumplimiento de los estándares que, desde el DIDDHH, se exigen a los Estados ante casos graves de violaciones de derechos fundamentales, sino a intervenir en tres dimensiones: ética, jurídica y política, de tal manera que todos los acuerdos, acciones y mecanismos que van a tomarse para este proceso deben cumplir con estos tres elementos, tomando, desde esta óptica, el consenso social como una posición predominante en las decisiones tomadas, de forma tal que no queden márgenes que provoquen posteriormente repeticiones de tales atrocidades. Hablamos, entonces, de acuerdos éticamente tolerables, políticamente viables y jurídicamente sostenibles, exigencias que se observan también desde el DIDDHH.

Debe existir en este proceso una valoración idónea de la formula costo/beneficios, sin tolerar, eso sí, la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, de tal manera que sea inaceptable cualquier tipo de decisión estatal que pretenda lograr impunidad de los perpetradores como, por ejemplo, las leyes de amnistía (que no son admitidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos), pues, si suceden, se causarían tensiones entre el DIDDHH y los Estados, las víctimas y la sociedad en general.<sup>19</sup>

# IV.- Identificación y análisis de algunas tensiones entre las disposiciones del diddhh y los estados en ciertas sentencias de la corte

Analizados tres casos resueltos por la Corte: Barrios Altos vs. Perú (03/09/2001), Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") vs. Brasil (24/11/2010) y Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador (25/10/2012)), han podido detectarse, en forma general y clara, algunas acciones evasivas desplegadas por los Estados ante violaciones masivas de derechos humanos (atrocidades masivas) que, sin lugar a duda, causan tensiones o disyuntivas entre los parámetros mínimos exigidos por el DIDDHH y las víctimas, familiares y sociedad en general. Curiosamente, a pesar de que en los tres casos se dan violaciones masivas y atroces de derechos humanos, de manera coincidente, los tres Estados llevan a cabo acciones semejantes para lograr la impunidad de los perpetradores como, por ejemplo, leves de amnistía<sup>21</sup>, obstáculos para investigar y procesar a los perpetradores y dificultades para indemnizar los daños.<sup>22</sup>

**1.** Caso Barrios Altos vs. Perú: Aquí se crearon las Leyes de Amnistía N°. 26479 y N°. 26492. A pesar de que Perú trató de renunciar a la competencia litigiosa de la Corte, esta no fue admitida por

el Tribunal Internacional y, consecuentemente, Perú se retracta y decide allanarse a la demanda incoada en su contra. Esta se convierte en la primera tensión entre lo dispuesto por el DIDDHH y el Estado, en el tanto, a pesar de haber decidido voluntariamente el Estado peruano someterse a la competencia de la Corte, ante una demanda en la que se le exigía cumplir con las disposiciones de derechos humanos, trata de evadir su responsabilidad.

Posteriormente, la Corte determinó, de manera tajante, que eran incompatibles con la Convención las leyes de amnistía, la prescripción y todas aquellas acciones y mecanismos tendentes a excluir de responsabilidad a los perpetradores, y resaltaban qué actos estaban prohibidos por contravenir derechos inderogables reconocidos por el DIDDHH (Sentencia de fondo Barrios Altos vs. Perú, 41 parr.).

La Corte señaló, concretamente en este caso, que el Estado de Perú, con esas leyes, impidió que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídos por un juez, además, que violaron el derecho a la protección judicial, impidieron la investigación, la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables.

También, agregó que obstruyeron el esclarecimiento de los hechos, incumplieron la obligación de adecuar el derecho interno a la Convención, a pesar de que todo ello devenía en inconvencional. (Sentencia de fondo, Barrios Altos vs. Perú, párr. 42).

La Corte enfatizó que los Estados debían tomar medidas para que nadie fuera sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz. Advirtió que las leyes de autoamnistía conducían a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad. Agregó, además, que estas acciones, impedían la identificación de los victimarios, ya que se obstaculizaban la investigación y el acceso a la justicia y se evita que las víctimas y sus familiares

conocieran la verdad y recibieran la reparación correspondiente. (Sentencia fondo Barrios Altos vs. Perú. Sentencia, 43 párr.).

También en este caso, el tribunal internacional dispuso que, ante la incompatibilidad manifiesta entre las leyes de autoamnistía y la Convención, las primeras carecían de efectos jurídicos (sentencia de fondo Barrios Altos Vs. Perú, 44 párr.). La Corte añadió que las acciones desplegadas por el Estado peruano les impidieron conocer a las víctimas sobrevivientes, a sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, la verdad acerca de los hechos ocurridos, pues impidieron su investigación. (Sentencia de fondo Barrios Altos vs. Perú, párr. 445-46).

Aun después de su condena, Perú insistió en aplicar estas leyes para otros casos que, a criterio del Gobierno, lo dispuesto por la Corte no lo impedía. Por esta razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró la necesidad de interponer otra demanda — ahora de carácter interpretativa — ante el tribunal internacional para que aclarara si debía aplicarse aquel fallo a los "nuevos casos" de violaciones de derechos humanos, duda que fue disipada de manera rotundamente afirmativa por aquel tribunal. (Sentencia de interpretación, Barrios Altos vs. Perú, 9 párr.).

2.- Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha Do Araguaia") Vs. Brasil: Este país aprobó la Ley de Amnistía N,º 6683/79 el 29/08/1979, donde amnistió a todas las personas participantes de la desaparición forzada de aproximadamente 70 personas. Al ser demandado ante la Corte, en resumen el Estado brasileño señaló que, desde el inicio del proceso de redemocratización, desplegó acciones para sanar el sufrimiento de los familiares de las víctimas y para revelar la verdad de los hechos acaecidos.

Igualmente, alegó que había emprendido procesos para efectuar pagos indemnizatorios a los familiares de las víctimas, así como para localizar e identificar los restos mortales de las víctimas de la represión, y para garantizar el derecho a la memoria y a la verdad (Gomes Lund y Otros —"Guerrilha Do Araguaia" — Vs. Brasil, 239 párr.). Sin embargo, a pesar de la posición del Estado de Brasil, la Corte consideró que, efectivamente, se habían dado violaciones graves de derechos humanos, determinando que:

a. Se produjo la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, debido a la falta de investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los hechos. En razón de ello, dispuso que el Estado debía conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso, para esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones en un plazo razonable. (Gomes Lund y Otros —"Guerrilha Do Araguaia" — vs. Brasil, 256 párr.).

b. Se debe garantizar que las causas penales que se iniciaron fueron tramitadas ante la jurisdicción ordinaria y no en el fuero militar. Agregó que se debían asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de las personas responsables, y que los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad brasileña conozca los hechos objeto del presente caso, así como a sus responsables (Gomes Lund y Otros —"Guerrilha Do Araguaia"— vs. Brasil, 256-257, párr.).

- c. Se debían adoptar medidas para el tratamiento físico y psicológico de los familiares de las víctimas desaparecidas y de las personas ejecutadas (Gomes Lund y Otros —"Guerrilha Do Araguaia"— vs. Brasil, 264 párr.).
- d. Se solicitó publicar esta sentencia (Gomes Lund y Otros –"Guerrilha Do Araguaia" vs. Brasil, 273 párr.) y se dejó

ver la obligación de realizar un acto público de reconocimiento de las violaciones (Gomes Lund y Otros —"Guerrilha Do Araguaia" — vs. Brasil, 277 párr.).

- e. Se exhortó al Estado a continuar con el trámite legislativo y a adoptar, en un plazo razonable, la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas. Pidió tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos, con el aseguramiento de su sanción (Gomes Lund y Otros "Guerrilha Do Araguaia" vs. Brasil, 287 párr.), (Medina, et al., p. 8).
- f. Ordenó la creación de una Comisión Nacional de Verdad (Gomes Lund y Otros –"Guerrilha Do Araguaia" – vs. Brasil, párr. 297).

Es importante acotar aquí que, el Estado brasileño lo materializó mediante la creación de la Ley N.º 12.528 de noviembre de 2011 con la ordenanza de la Corte Interamericana de crear una Comisión de la Verdad.

3. Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador: En este caso, la Corte declaró responsable a El Salvador por las violaciones de derechos humanos perpetradas por sus Fuerzas Armadas en las masacres cometidas del 11 al 13 de diciembre de 1981 en el caserío de El Mozote y otros lugares aledaños, donde, al menos, se ejecutó a 1061 personas. Además determinó que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz<sup>23</sup> es una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. <sup>24</sup>

La Corte determinó que le correspondía al Estado la protección de la población civil en el conflicto armado y especialmente de los niños y las niñas, quienes se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Sin embargo, los

agentes estatales actuaron de forma deliberada, al planear y ejecutar por medio de las estructuras e instalaciones del Estado, la perpetración de siete masacres en el marco de un plan sistemático de represión.

La Cortereprochó, en particular, el incumplimiento del deber de iniciar una investigación *ex officio* y de promover las diligencias necesarias para ello, así como la ausencia de líneas de investigación claras y lógicas que hubieran tomado en cuenta el contexto de los hechos y su complejidad, los períodos de inactividad procesal, la negativa de proporcionar información relacionada con los operativos militares, la falta de diligencia y la exhaustividad en el desarrollo de las investigaciones por parte de las autoridades a cargo de estas, la dilatación en la práctica de las inspecciones judiciales y de las exhumaciones.

La Corte resumió que todo lo anterior permitió concluir que el proceso penal interno no había constituido un recurso efectivo para garantizar los derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad, mediante la investigación y la eventual sanción de las personas responsables y la reparación integral de las consecuencias de esas violaciones. Para la Corte, la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en ese país, imponía la obligación, a cargo del Estado, de investigar y sancionar al menos las graves violaciones de derechos humanos que la Comisión de la Verdad estableciera, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición.

Sin embargo, eso no se hizo. La Corte recalcó que la Ley de Amnistía había tenido como consecuencia la instauración y la perpetuación de una situación de impunidad, por la falta de procesamiento judicial de los perpetradores de dichas violaciones, todo ello en contraposición de la Convención Americana.

La Corte estableció que su fallo constituía una forma de reparación; no obstante, ordenó, además, al Estado salvadoreño las siguientes medidas de reparación: 1. Hacer un registro único de víctimas y familiares de graves violaciones de derechos humanos. 2. Iniciar, de inmediato, las investigaciones de todos los hechos que estas violaciones originaron, para procesar a los responsables. 3. No utilizar la Ley de Amnistía con fines de impunidad. 4. Buscar a las personas desaparecidas y entregar los restos a sus familiares. 5. Implementar programas de desarrollo a favor de las comunidades afectadas. 6. Suministrar condiciones óptimas para que los desplazados se reintegraran. 7.- Dotar de un programa de atención y tratamiento integral de la salud física, psíquica y psicosocial con carácter permanente. 8. Publicar la sentencia de comentario. 9. Pagar daños a las víctimas y familiares, entre otros (Masacres del Mozote y lugares Aledaños vs. el Salvador, 2012).

Analizados los tres casos anteriores, se ve que algunas tensiones que subyacen en las posiciones de las partes son fácilmente visibles, es decir, desde la Corte (DIDDHH), los Estados, las víctimas, familiares y sociedad en general, ante las atrocidades masivas (violaciones de derechos fundamentales) cometidas en cada Estado.

Se ponen en evidencia aquí dos posiciones que causan una de las principales y mayores tensiones que, hasta la fecha, ha perneado, de manera privilegiada, este tópico: la inquietud relacionada con la siguiente interpelación ¿Cuál es la mejor forma de hacerles frente a las atrocidades masivas? A tal cuestionamiento, suelen darse comúnmente dos respuestas que, de entrada, se tornan inconciliables. La primera de ellas es "negar" las atrocidades masivas, tratando de olvidar esa etapa de la historia, como si la mente humana fuera un sistema informático y bastara con resetearla. La segunda propuesta es "reconocer" responsabilidades y buscar y procesar responsables, respondiendo, en este último caso, el Estado por los daños ocasionados (Huhle, 2005, pp. 36-38).

Se observa en las sentencias analizadas que, en no pocas ocasiones, los Estados se decantan en retomar la primera propuesta, "el olvido", posiblemente, porque se visualiza como lo más fácil, menos costoso y que menos compromiso genera de los que, necesariamente, surgirán con el procesamiento judicial de las personas victimarias. No obstante, la pugna con las víctimas, familiares y gran parte de la sociedad se torna ardua, porque estos últimos, por razones al parecer obvias, se decantan por el segundo supuesto.

En esta discusión, la criminología crítica se decanta también por la segunda opción: la no impunidad en las graves violaciones de derechos humanos. Ante estas posiciones antagónicas, parece ser que lo más factible es llamar al diálogo a las partes, sin negociar impunidad (Méndez, 2011, p. 197) de tal manera que pueda llegarse a consensos nacionales en cuanto a la forma en que se hará frente a lo sucedido y puedan darse algunas soluciones que retomen aspectos de "olvido/negación" y "reconocimiento" (Sánchez 2010, p.\_5), siempre en el marco de los estándares mínimos exigidos v recomendados desde el DIDDHH no solo desde la normativa internacional formal, sino también de las interpretaciones, recomendaciones y jurisprudencia que la Corte ha creado, la cuales pueden ser aplicadas en el contexto de cada Estado, ante un impedimento de ley interna, por medio del control de convencionalidad. 26

### IV.- ¿Es el control de convencionalidad una herramienta útil para exigir a los estados la materialización de las disposiciones del diddhh cuando se dan atrocidades masivas?

Cuando se habla del control de convencionalidad, se hace referencia a un concepto acuñado por primera vez en la jurisprudencia de la Corte, en el 2003 por el juez de esa jurisdicción Sergio García en el caso Myrna Mack vs. Guatemala, al denominarle así al control que este tribunal internacional y las personas juzgadoras y los tribunales internos de los países partes de la Convención venían ejerciendo con respecto a

la Convención, en relación con sus normativas internas (Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 27 párr.).

Básicamente, debe entenderse el control de convencionalidad, según el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, en dos dimensiones: control de convencionalidad a nivel internacional: el que la Corte hace (también llamado: control propio, original, externo, concentrado de convencionalidad), y el otro, a nivel de los tribunales internos: el que hacen en cada país (también llamado control difuso, interno) (Brewer- Carias, 2013, pp. 44-45).

Así, mientras el control de constitucionalidad "[...] procura conformar la actividad del poder –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entráñale Estado de Derecho en una sociedad democrática" el "[...] tribunal interamericano, por su parte pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía (Brewer-Carias, 2013, p.\_45)".

Se puede indicar que ya para el año 2006, respecto al tema del control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte tiene un nuevo avance en su tratamiento, cuando, nuevamente, en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, se explica la obligación de los jueces y los tribunales nacionales de desaplicar las leyes internas en el caso concreto cuando son inconvencionales y/o contrarias a las sentencias vinculantes de la Corte. Esta obligación no desaparece, según este tribunal, aun en el caso de que el Poder Legislativo falte a la obligación de crear leyes conforme con la Convención, pues cada órgano del Estado-parte está obligado a respetar el contenido de la Convención (Carmona, 2015, p.\_33). El tribunal internacional agrega que, en caso de incumplimiento de esta obligación, el Estado incurre en responsabilidad y añade que el Poder Judicial debe ejercer este control.

Sobre este mismo tópico, en posteriores pronunciamientos, la Corte continuó dándole

contenido a este concepto. Así, por ejemplo, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (párr. 128)*, en el año 2006, se indicó que los órganos judiciales del Estado no solo debían ejercer un control de constitucionalidad, sino también, de manera oficiosa, un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención (Carmona, 2015, p.\_33).

Así, como conclusión preliminar, puede señalarse que el nacimiento del proceso del control de convencionalidad ha implicado un rompimiento — tanto en Costa Rica como en otras partes del continente americano — de la estructura clásica de la forma de impartir justicia por parte de los tribunales internos, donde en no pocas ocasiones conocen y resuelven los casos puestos a su conocimiento alejados de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Carmona, 2015, p.\_ 35).

Explicado de forma resumida lo anterior, puede contestarse la interpelación inicial de manera afirmativa, que el control difuso de convencionalidad, a nuestro juicio, se convierte en una de la mejores herramientas para que los Estados-parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos — en especial sus sistemas judiciales — no tengan excusas para cumplir con los parámetros exigidos en el DIDDHH en casos de violaciones y masacres masivas de derechos humanos.

Esto es así porque, incluso, por medio del control de convencionalidad, los tribunales de cada país parte de la Convención están en la obligación no solo de aplicar las disposiciones de la Convención y la jurisprudencia de la Corte, sino también, de manera directa, todo instrumento internacional que acarree mayor protección de derechos humanos.<sup>29</sup> Inclusive, este instituto llama la atención en cuanto a que las leyes pueden ser desaplicadas cuando tengan vicios de inconvencionalidad. En lo particular, esta disposición tiene una colosal relevancia (Medina, *et al.*, pp. 8-9), pues, ello permitiría a los Estados y a las instituciones encargadas de aplicar la ley

que, en caso de que existan acciones encaminadas a lograr la impunidad (como, por ejemplo, leyes de amnistía y otros mecanismos), pueden desaplicarlas para procesar a los perpetradores de sangre (Llobet, 2007, p.\_224).

En Costa Rica, por ejemplo, tratando de hacer un ejercicio de traslado hipotético de cada uno de los casos analizados en la sección anterior, podríamos afirmar que, en el contexto actual, el control de convencionalidad sería un arma útil — una solución práctica — sin lugar a dudas para hacerle frente al panorama planteado.

### VI.- Colorario

Lamentablemente, ante atrocidades y violaciones masivas de derechos humanos, los Estados tienden a valerse o buscar cualquier tipo de artificios (ejemplo: leyes de amnistía y/o prescripción, no investigación) para lograr la impunidad de los perpetradores y causar, con ello, verdaderas tensiones entre su obligación y el DIDDHH. Por otro lado, las víctimas, familiares y gran parte de la sociedad suelen tomar posiciones activas ante estas situaciones y suelen pedir el procesamiento de los perpetradores.

No obstante, ante posiciones tan disímiles, existen algunos mecanismos y fuentes como el DIDDHH, la Corte, el control de convencionalidad, incluso la misma criminología, los cuales pueden inclinar la balanza hacia una decisión, quizás, más idónea y pacífica.

No puedo concluir, sin dejar de advertir el papel preponderante que la criminología crítica está llamada a cumplir, en el tema de los derechos humanos. El programa propuesto en este tópico por esta rama del saber debe continuar, sin descuidar, eso sí, los grandes retos que se vislumbran y afloran en el horizonte, como son, por ejemplo, las nuevas formas de violencia, los crímenes de Estado y mercado que causan colosales y variados daños sociales.

En este contexto, no sería una excusa admisible seguir dando la espalda a los retos propuestos que para nada son nuevos. En caso contrario, sería actuar con dolo directo, pues el Holocausto ya pasó, y la criminología ciertamente sostuvo, ante tales atrocidades, una posición más que pasiva, ya que no lo vio o no lo quiso ver (en una tercera tesis que puede apuntarse, sin lugar a duda, más atroz: la criminología ayudó a prepararlo).

Lo cierto del caso es que el juicio a la criminología ya se hizo y al parecer lo perdió. No obstante, su sanción fue bondadosa pues, a pesar de lo sucedido, se le condenó, pero otorgándosele el beneficio de ejecución condicional de la pena, por lo que se encuentra en una etapa de prueba, la cual, en caso de fallar, podría significar su deslegitimación (*Bernal y Cabezas, et al.*, 2012).

### Referencias Bibliográficas

- -Baratta, A., (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal.* (1ª edición) Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- -Brewer-Carías, A. (2012). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. El control de convencionalidad y su aplicación. (1ª edición), San José, Costa Rica.
- -Cohen, S., (1997). Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado. Nueva Doctrina Penal. Editoriales Puertos.
- -Chinchón, J. (2009). Modelos de persecución penal y justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: jmpunidad fáctica, amnistías e indultos. Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, España.
- -Llobet, J., (2007). *Derechos humanos y justicia penal*. Costa Rica, Heredia: Poder Judicial, Depto de Artes Gráfica.
- -Medina, C., y Nash, C. (2011). Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección. Edición preparada para los diplomas de postítulo que dicta el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).
- -Morrison W., (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial.* (1ª edición), Barcelona, España: Anthropodos.
- -O'Donnell, D., (2012). Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. (2ª edición), México: Marycarmen Color Vargas

- (OACNUDH) y Óscar Agustín Romero Pastrana (TSJDF).
- Zaffaroni, E., (2015). *La palabra de los muertos*. (1ª edición). Bogotá, Colombia: Ibáñez.

### Otros

- -Bernal, C., Cabezas, S., Forero, A., Rivera, I., y Tamayo, I. (2012). Más allá de la criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. 2012.
- Carrillo, A., (2004). La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Universidad de Deusto Bilbao. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Juan Antonio Carrillo Salcedo.
- Huhle, R., (2005). De Nuremberg a La Haya: Los crímenes de derechos humanos ante la justicia. Problemas, avances y perspectivas a los 60 años del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Análisis político n.º 55, Bogotá, septiembrediciembre, 2005: pp 20-38.
- Filippini, L. y Cavana, A., (2012). Acciones civiles por complicidad con el terrorismo de estado.
- Méndez, E., (2011). *Justicia transicional. Manual para América Latina. Responsabilización por los abusos del pasado.* Editor Félix Reátegui. Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Sánchez, J. (2010). Corte Interamericana, Crímenes contra la humanidad y construcción de la paz en Suramérica. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau.

### Revistas

-Bernal, C., Cabezas, S., Forero, A., Rivera, I., y Tamayo, I. (2012). Debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 6 (49-73).

- -Carmona, A. (2015). Control difuso de convencionalidad: Una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil. *Revista Escuela Judicial*. 10 (29-55).
- Ferrajoli L. (2012). Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder.* 4 (224).

### Páginas de Internet

http://static.ow.ly/docs/20.%20 Comunicado%2013-VII-2016%20Ley%20de%20 amnist%C3%ADa\_50Yr.pdf (Consultado 15/09/16).

### Normas internacionales

- Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Decreto número 486, emitido el 20 de marzo de 1993 por la Asamblea Legislativa de la República del Salvador.

### Jurisprudencia internacional

- Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.
   Sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2016.
- Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de fondo, 26 de septiembre de 2006.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia de fondo, 24 de noviembre de 2016.
- Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001.
- Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de interpretación, 3 de septiembre de 2001.
- Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") vs. Brasil. Sentencia de fondo, 24 de noviembre de 2016.
- Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia de fondo, 25 de octubre de 2012.
- Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de fondo, 31 de enero de 2006.

### Jurisprudencia nacional

-Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2000-07484 del 25 de agosto de 2000

### Notas

- 2 Posterior al nacimiento de la ONU como parte del proceso de DIDDHH, se crean varios instrumentos internacionales para su protección, entre ellos: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), entre otros más recientes.
- 3 El que posteriormente dio, como frutos en el continente americano, el nacimiento del sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos, el cual tuvo entre sus estandartes, el nacimiento y la consagración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 4 , Aunque parezca irónico, varios siglos después, esta lucha todavía tiene vigencia para algunos, no obstante, ya se ha venido aceptando, con mayor medida, que ambas ramas del saber son independientes y que si bien pueden compartir el objeto de estudio (el delito), lo hacen –al menos en la actualidad" desde diferentes ópticas.
- 5 Estas posiciones, con diferentes intensidades y matices, han sido sostenidas por personas autoras reconocidas como: Alessandro Baratta, Roberto Bergali, Lola Aniyar de Castro y Eugenio Raúl Zaffaroni, entre otros.
- 6 Así lo regulan, por ejemplo, los artículos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 7 , Por ejemplo, se ha dispuesto por la Corte en los casos analizados en el segmento número cuatro de este trabajo.
- 8 ,El tema de reparación a la víctima y/o familiares merece especial tratamiento y mención, en el tanto no se habla de cualquier tipo de reparación (no se trata de una reparación de mentirillas como popularmente se afirma) sino de una que implique satisfacción integral del daño causado, cuyo contenido, al menos, debe ser: 1. Restitución: entendida como regresar, cuando sea posible, las cosas, derechos o situaciones a su estado anterior; 2. Rehabilitación: vista como todas aquellas acciones encaminadas a restablecer desde la óptica médica, psiquiátrica, psicológica y emocional –al menos" de la víctima y/o familiares; 3. Garantía de no repetición: se refiere a todas aquellas medidas, decisiones y/o mecanismos creados por el Estado y sus instituciones para evitar que las violaciones de los derechos humanos se repitan; 4. Satisfacción moral, que implica, entre otras cosas, el pedido de disculpas por parte de los Estados por lo sucedido y, por último 5. La indemnización: se refiere el pago de daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y/o familiares. Implicaría tomar en cuenta el proyecto de vida como uno de los parámetros medibles de causación de daño y pago de este (Medina, et al., p.12).
- En las transgresiones de derechos humanos, la intensidad de la investigación, procesamiento y sanción debe ser más notable que en las acciones tomadas con respecto a los delitos comunes, en razón de la naturaleza del derecho vulnerado que tiene especial incidencia en la paz y la sociedad, razón por la cual el Estado tiene la obligación de cumplir con un principio de debida diligencia en la investigación de tal manera que debe actuar de manera oficiosa, seria, oportuna, imparcial, independiente, exhaustiva y eficaz para que se investigue a todos los responsables y así descubrir la verdad de lo sucedido, en un plazo razonable, requiriendo la participación activa de la víctima y/o familiares. Esta investigación debe comprender varias líneas, entre ellas: averiguar el paradero de víctimas, identificarlas en caso de ser necesario, investigar a todos los responsables, abarcar totalidad de hechos, ejecutar órdenes de capturas y decisiones judiciales y usar los medios de investigación adecuados (implica utilizar expertos y medios tecnológicos y probatorios legalmente posibles).
- 10 Se habla aquí de una verdad judicial y del medio adecuado para alcanzarla que es el proceso penal. La idea es integrar la voz de la víctima en la construcción de esta verdad. Se pretende, entre otras cosas, lograr reconocimiento público y/o oficial y construcciones de memorias entre otras acciones.
- 11 Podríamos definirla como el proceso, mecanismos y medidas tomadas por los Estados y el DIDDHH, posterior a la violación masiva de derechos fundamentales (hechos del pasado), para instaurar la paz y armonía entre las personas involucradas (perpetradores, víctimas, familiares, sociedad, instituciones, etc.).
- 12 Cuando el Estado no cumple y no respeta estas exigencias que, desde el DIDDHH se regulan, se entra en algunas tensiones y disyuntivas, tal como se explicará en la sección número cuatro.

- Al respecto Zaffaroni afirma (2015, p.\_421) que: "[...] los estados mataron más o menos casi tres personas por cada una de las muertes provocadas por las guerras o al menos el doble que éstas lo que equivale a decir que más de uno de cada cincuenta habitantes del planeta fue muerto por los estados en el curso del siglo pasado, sin contar los de guerra".
- 14 Las críticas al respecto han sido realmente fuertes pues, incluso, algunos autores señalan de cómplices y autores a la criminología en las barbaries del siglo XX, especialmente las asesinas en la Segunda Guerra Mundial, donde, se indica que la criminología contribuyó a preparar el Holocausto (Bernal et al., 2012).
- 15 En este tópico, no puede dejarse de mencionar al profesor Zaffaroni (2015) con su majestuosa obra "La palabra de los muertos" donde critica duramente el tema del horror señalado y la pasividad del saber criminológico.
- 2affaroni (2015, p.\_431) propone el concepto de masacre, el cual se definiría así: "toda práctica de homicidio de un número considerable de personas por parte de agentes de un estado o de un grupo organizado con control territorial, en forma directa o con clara complacencia de éstos, llevada a cabo en forma conjunta o continuada, fuera de situaciones reales de guerra que importen fuerzas más o menos simétricas".
- 17 Ferrajoli (2013, p.\_ 6) al respecto hace dos propuestas concretas: La primera es una sugerida ya por Zaffaroni: que los crímenes contra la humanidad, por su imprescriptibilidad según el numeral 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, deberían generar, más allá de su punición, la petición y obtención, en la jurisdicción civil, de su reparación o la indemnización por los daños causados, pues ello permitiría, según este autor, otras cosas: preservar la memoria como una "categoría epistemológica" esencial para la prevención de nuevos crímenes y como la reafirmación constante del "nunca más". Con este fin también sería necesario, en ausencia de una respuesta penal, al menos la creación de Tribunales de la Verdad como el modelo experimentado en Sudáfrica. La segunda propuesta (la más importante) consistiría en lograr la prohibición de las armas.
- Cohen (1997, pp. 561-562) identifica cinco posibles formas de enfrentar los crímenes de guerra: "la primera es el relacionado con el debate sobre el conocimiento (la "fase de la verdad" del proceso de rendición de cuentas), generalmente a cargo de una Comisión de la verdad o de semejante naturaleza; la segunda es la responsabilidad, se refiere al cuestionamiento sobre qué hacer concretamente con los criminales del Estado (este es el discurso más relevante para la criminología y el trabajo jurídico en derechos humanos). Esta es la llamada "fase de la justicia". Toma las formas de a) castigo de acuerdo con el modelo tradicional del Derecho Penal; b) la compensación para las víctimas y/o sus familiares; c) la purificación (la purga masiva, especialmente por medio de la destitución o remoción y de la descalificación para puestos gubernamentales); la tercera es la impunidad; la cuarta es la expiación, la percepción inmediata de que la enormidad de lo que sucedió en el régimen anterior requiere respuestas más radicales que la mera designación de una comisión de investigación, el castigo a unos pocos seleccionados como responsables o su expulsión de sus puestos de trabajo; y, por último, están los objetivos políticos duales de reconciliación y reconstrucción. Estos buscan tratar los problemas de la transición fuera de los marcos legales de responsabilidad, mirando hacia adelante más que hacia atrás. Se trata de reconciliar a los enemigos previos entre sí y de unirlos en la reconstrucción (o nueva construcción) de las democracias".
- 19 En este sentido, es adecuado la mención de Sánchez (2010, pp. 9-10) cuando afirma que en temas de justicia transicional "[...] sólo aquellos acuerdos que toman en cuenta las necesidades de las víctimas y que apuntan hacia el castigo de los autores y demás participes de los hechos son los que en la actualidad concuerdan con los desarrollos que a nivel teórico y práctico ha alcanzado el derecho internacional de los derechos humanos, para el cual el único interés concebible, es la justicia".
- 20 Chinchón (2009, p. 6) expone, acertadamente, que la lucha contra la impunidad en materia de derechos humanos debe ir más allá de la necesidad de que se haga justicia: debe responder también a sancionar a los responsables y satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación".
- 21 Valen aquí la acotación y la aclaración que al respecto Chinchón plantea (2009, pp. 26-27) que, a pesar de que el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, en el numeral 6.5, da la posibilidad de conceder amnistías para lograr el cese de hostilidades a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado, esta norma debe leerse de manera integrativa con los artículos de los Convenios de Ginebra que exigen la imposición de sanciones penales

- adecuadas para las infracciones graves de los Convenios, y no la exoneración a sí mismos de las responsabilidades en que se haya incurrido como consecuencia de ellas.
- Acertadamente, Chinchón lo señala (2009, p. 3), cuando indica que, independientemente de la modalidad con la que se busque la impunidad, resulta evidente que esta ha sido la constante en los procesos de transición iberoamericanos. En realidad esta afirmación es extensible a la mayoría de situaciones análogas. Advierte, de seguido, que esta práctica se ha convertido en el precio político a pagar para conseguir el fin de la violencia o el cambio de los regímenes totalitarios/autoritarios.
- 23 Decreto número 486, emitido el 20 de marzo de 1993 por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. En este cuerpo normativo, se regula la forma de conceder la amnistía a todas las personas que hayan participado en delitos políticos, comunes y conexos, antes del 1º de enero de 1992.
- 24 Es importante indicar que, recientemente, el 13 de julio de 2016, mediante pronunciamiento de su Corte Constitucional, el Estado salvadoreño derogó por acuse de inconstitucional la Ley de Amnistía N.º 486 por considerar los magistrados y las magistrados que este cuerpo normativo es contrario al derecho de acceso a justicia y reparación de víctimas de crímenes. Además, impide el cumplimiento de obligaciones estatales, la investigación y enjuiciamiento por violaciones (http://static.ow.ly/docs/20.%20Comunicado%2013-VII-2016%20Ley%20de%20amnist%C3%ADa\_50Yr.pdf revisado en fecha 15/09/16).
- 25 El autor Huhle (2005, p.\_36) es contrario a la doctrina simplista y justificativa del perdón y es enfático en decir que: "La justicia es en realidad el remedio que mejor puede sanar las torsiones psíquicas que miles y millones de víctimas han sufrido".
- Puede indicarse que se debe aplicar en este caso lo que es conocido con la expresión "corpus juris de los derechos humanos", el cual está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados como tratados, convenios, resoluciones y declaraciones (O'Donnell, 2012, p.\_115).
- 27 En íntima relación con este tema, se encuentra la controversia entre control concentrado y difuso de constitucionalidad. Sobre esta controversia, en el caso de Costa Rica, ver Carmona (2015, p.\_31).
- 28 El juez de la Corte García Ramírez, en el año 2004, en razón del caso Tibi Vs. Ecuador realizó una cotejo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, y concluyó que, en razón del control de convencionalidad que la Corte realizaba, las funciones que pueden asemejarse a las que realizan los tribunales constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de alguna ley o acto acorde con su Constitución; pero que la diferencia radica en que la Corte analiza los actos de los Estados partes conforme a la Convención, es decir, aún más allá de la constitución de cada país (Tibi vs. Ecuador, 3 párr.).
- 29 En el ámbito nacional, la Sala Constitucional ha dispuesto, en reiteradas ocasiones, que cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos otorguen mayores derechos, garantías y protección de derechos humanos, estos tomarán un rango mayor a la Constitución (voto 2000-07484 del 25 de agosto integrada por: Luis F. Solano C., Eduardo Sancho G., Carlos M. Arguedas R., Ana V. Calzada M., Adrián Vargas B., Susana Castro A., Gilbert Armijo).

# EL CONTRATO ADMINISTRATIVO IRREGULAR

M.Sc. Alex Rojas Ortega <sup>1</sup> alex.rojas.09@hotmail.com

#### **RESUMEN**

El contrato administrativo irregular es una figura concebida como un mecanismo idóneo para satisfacer el interés público ante supuestos en que ha existido una irregularidad en los contratos administrativos. Sin duda, la verificación de su existencia requiere constatar ciertos presupuestos, que determinan un régimen especial en cuanto a su naturaleza y efectos. En el presente artículo, se analizarán el instituto del contrato irregular, sus presupuestos, efectos e implicaciones, así como su objetivo de servir para hacer efectivo el interés general.

### PALABRAS CLAVE

Contrato administrativo / irregularidad / buena fe / contratista / Administración pública.

#### **ABSTRACT**

The irregular administrative contract is a legal modality conceived as an ideal mechanism to satisfy the public interest in situations where an irregularity has been detected in administrative contracts. Certainly, the verification of its existence requires certain assumptions to be established, which ascertain a special regime in terms of its nature and effects. In this article, the concept of the irregular contract, its preconditions, effects and implications, as well as its goal to serve and fulfill the general interest, will be analyzed.

### **KEYWORDS**

Administrative contract / irregularity / good faith / contractor / Public Administration.

**SUMARIO:** I.- Los principios generales de la contratación administrativa. A.- Aspectos generales de la contratación administrativa. B.- Los principios de la contratación administrativa. C.- El principio de buena fe en la contratación administrativa. II.- Concepto de contratación administrativa irregular. A.- Regulación normativa. B.- Definición de contrato administrativo irregular. III.- Responsabilidad del contratista. IV.- La indemnización al contratista irregular. V.- Conclusiones. VI.- Referencias bibliográficas.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en técnica legislativa por el Congreso de los Diputados de España, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los Parlamentos, por Oficina de Cooperación Española y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Constitucional y Administrativo

## I. Los principios generales de la contratación administrativa

l'instituto de la contratación administrativa posee una serie de particularidades que la constituyen en un área especial del derecho administrativo, con reglas diferenciadas e, inclusive, excepcionales. A través de ella, la Administración pública acuerda el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador en aras de la consecución del interés público.

Este instituto posee una naturaleza jurídica muy distinta a la propia de los contratos particulares pactados entre sujetos de derecho privado, puesto que, debido a la trascendencia e importancia del contrato administrativo para la búsqueda del interés público, en él existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. Esta razón justifica que se conozcan como contratos con cláusulas exorbitantes del derecho común.

Una de las características esenciales fenómeno de la contratación administrativa ha sido la creación de un régimen jurídico particular de los contratos administrativos dentro de la categoría más general de los contratos de la Administración, como parte de una diferenciación mucho más marcada en esta parcela específica del ordenamiento jurídico denominada derecho administrativo, ratificada por la creación de una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso administrativa (art. 49 de la Constitución) y el sometimiento de la Administración a los tribunales de justicia (arts. 11 y 153 ibid.) que han llevado a la multiplicación de reglas de fundo peculiar, claramente caracterizadas por la prevalencia del interés general sobre los intereses privados de los cocontratantes y de los propios intereses del funcionariado público.

# A. Aspectos generales sobre los principios de la contratación administrativa

Los principios generales del derecho son una fuente no escrita -en ocasiones positivizada" del ordenamiento jurídico que, al tenor del artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, sirven para integrar, delimitar e interpretar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tienen el rango de la norma que integran, interpretan o delimitan.

Estos principios constituyen una manifestación concreta del orden general, del sistema de valores y principios esenciales definidos desde el derecho de la constitución, por lo que deben manejarse y aplicarse conforme a un contenido inducido a partir de ese propio sistema de valores y principios. Al respecto, Jinesta (2007, p. 283) ha señalado que los principios generales del derecho:

[...] son aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas éticojurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación e interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico.

Se ha afirmado (Cazorla, 1978, p. 82) que, en el derecho administrativo, los principios generales del derecho juegan un papel de mayor trascendencia que en otras ramas jurídicas, debido a varias razones, tales como la abundancia de las normas que se producen a diario en el seno de la Administración, las cuales tienen un contenido conocido como "normamedida"; la potestad normativa reglamentaria propia de la Administración que le permitiría crear y aplicar, ella misma, la norma jurídica y, adicionalmente, por las facultades discrecionales de la Administración y los conceptos jurídicos indeterminados que, según se adopte la teoría

de la solución única o no², podrían involucrar un halo mayor de opcionalidad en manos de la Administración.

De esa manera, el contenido y el alcance de los principios generales resultan del análisis y de la ponderación de ellos en relación con los demás y con los derechos fundamentales; es decir, requieren que sean "situados" en el orden material de la Constitución, como el Tribunal Constitucional español lo señala (1981) en su sentencia n.º 27/1981 del 20 de julio de 1981:

Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad-no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

Esa sujeción al orden material de la Constitución Política se deriva precisamente del sentido de unidad material que dicha norma suprema ofrece, en tanto aquella no solo es la norma determinante de la unidad del ordenamiento del Estado, sino también porque es portadora de una serie de valores materiales que brindan unidad al entero ordenamiento jurídico y subordinan a él todas las formas en que el Estado es susceptible de manifestarse, particularmente a través de sus funciones legislativa, gubernativa, legislativa y jurisdiccional.

Como consecuencia, los principios generales del derecho, particularmente en materia de contratación administrativa, son determinantes para verificar la corrección del respectivo contrato, en todas las fases que este involucra. De esa manera, el artículo 182 de la Constitución Política (Asamblea Legislativa, 1949) señala que Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del estado, las

Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a la mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

En atención de esta norma suprema, la pública Administración no solo debe acudir a los procedimientos de contratación administrativa previstos en el ordenamiento jurídico, sino también implica que el contrato administrativo está supeditado en momento al ordenamiento jurídico y, muy particularmente, a los principios generales de la contratación administrativa, previstos tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la Ley de Contratación Administrativa (Asamblea Legislativa, 1995) y su Reglamento (Poder Ejecutivo, 2006), permeando de esa manera cada una de las fases que componen el procedimiento concursal, esto es, desde la preparación, formación, perfección, formalización, ejecución y extinción del contrato administrativo, todo con el objeto de seleccionar la oferta que sirva mejor a la consecución de los intereses públicos.

# B. Los principios de la contratación administrativa

La importancia de los principios generales aplicables a la contratación administrativa es de tal envergadura que su base es de rango constitucional, con sustento en el artículo 182 de la Carta Magna (1949), lo que incluso ha sido afirmado por la jurisprudencia constitucional cuando señaló que "debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado". (Voto n.º 998-1998). Esto se reafirma en tanto el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, Lev N.º 7494 (1995), en lo de interés, dispone que "En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa".

Puntualmente, puede hacerse un desglose –al menos sucinto de los principios que, en nuestro criterio, constituyen el núcleo del régimen de la contratación administrativa:

- Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes: Posee origen en el derecho fundamental a la igualdad (art. 33 de la Constitución Política) y su finalidad es doble, pues por un lado, i) es una garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, lo que provoca que exista un impedimento para la Administración pública de imponer condiciones restrictivas para el acceso a los concursos, a través de la emisión de reglamentos, carteles o cualquier otra conducta que atente contra ese derecho, y por el otro lado, ii), es una garantía para la Administración, en tanto ve incrementadas sus posibilidades de elegir la mejor opción encaminada a satisfacer el interés público.
- 2. Publicidad: Resguarda la más amplia invitación y participación de los posibles interesados en un concurso público, con el objeto de que sea amplio, general, abierto, con publicidad y divulgación efectiva del cartel, y el oportuno y real acceso a los expedientes, informes, resoluciones y cualquier otro documento atinente al contrato. Sin duda, este principio confirma la concurrencia de los eventuales contratistas en condiciones de igualdad.

Puntualmente, el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que "Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza. Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria. [...]".

3. Legalidad de los procedimientos: Tiene sustento en el artículo 11 constitucional, así como reflejo en los numerales 11, 13, 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública (1978). Básicamente lo que postula es que todos los procedimientos de

- contratación administrativa deben estar previa, cierta y claramente definidos, con el fin de que no exista margen alguno para que la Administración pública contratante pueda sustraerse de tales reglas definidas.
- 4. Seguridad jurídica: Este principio también se deriva del texto constitucional, puntualmente del numeral 34 de la Carta Política (1949). Está claramente relacionado con el de legalidad de los procedimientos, por cuanto si tales procedimientos están sometidos en todo momento a las reglas jurídicas que han sido previamente definidas para ellos, automáticamente se brindan seguridad jurídica y garantía de transparencia a las personas oferentes.
- 5. Eficacia y eficiencia: De acuerdo con estos principios, la eficiencia tiende a que los recursos humanos, materiales y humanos de la Administración sean utilizados de la forma más racional y oportuna con el objeto de alcanzar las metas y fines previstos en la norma jurídica (eficiencia); al mismo tiempo, todas las fases del contrato administrativo, así como las conductas administrativas propias de cada una de ellas deben enfocarse en el cumplimiento de los fines y las metas propuestas al momento de valorar la necesidad institucional y el interés público a satisfacer, esto es, a la eficacia.

Al respecto, el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que:

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

- Postula que en los procedimientos de contratación debe darse prioridad o mayor importancia al contenido de las actuaciones que a otros aspectos atinentes a las formalidades del concurso. Así, en lo de interés, el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que "En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo",
- 7. Principio de conservación de los actos:
  Dado que el contrato administrativo busca
  satisfacer un determinado interés público,
  debe entenderse que las diversas actuaciones
  y los comportamientos de la Administración,
  así como del administrado deben
  interpretarse de la forma que mejor permita
  su conservación y sirva como mecanismo de
  facilitación para que se adopte la decisión
  final del concurso, en claro provecho del
  interés general. En tal sentido, el ordinal 4
  de la Ley de Contratación Administrativa
  (1995) dispone que

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

8. Libre competencia: Dispone que, a través de los procedimientos de contratación administrativa, debe permitirse la más amplia y libre competencia entre los potenciales oferentes, de modo que no solo haya igualdad entre ellos, sino también que les brinden las mismas armas concursales y las mismas condiciones para competir en aras de resultar adjudicados en el concurso.

En tal sentido, el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) indica:

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

En el mismo sentido, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) manifiesta que "No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes".

## C. El principio de buena fe en la contratación administrativa

El principio de buena fe ha sido definido como "[...] la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es otra cosa que la aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad: neminem laedere". (Ripert, 1946, p. 18). Al mismo tiempo, se ha afirmado (Benitez, 2003, p. 150) que la buena fe:

[...] es un principio que informa e integra el ordenamiento jurídico con el valor de la confianza que gravita en la conciencia social, por lo cual la doctrina jurídica lo ha considerado, con acertada razón, como la base del tráfico y el principio supremo y absoluto que domina el derecho de las obligaciones.

Por su parte, Escobar Gil también afirma (Reina, 2009, p. 15):

La buena fe es el cauce por medio del cual el derecho recoge el valor ético social de la confianza, constituye un principio general del derecho, que como tal, forma parte del ordenamiento jurídico, tiene valor normativo y existencia propia como fuente del derecho, al margen de que haya sido o no reconocido por el legislador o la jurisprudencia

En ese contexto, el principio de buena fe posee un contenido que trasciende a todas las ramas del ordenamiento jurídico y que permea, con mayor intensidad, los espacios en los que exista alguna obligación entre partes, sea que esta se derive de un ámbito contractual o extracontractual, como es el caso de la responsabilidad que se genera en el derecho administrativo, como resultado, respectivamente, de un contrato administrativo o de una conducta ajena a ese tipo especial de instituto jurídico; es decir, la responsabilidad civil extracontractual.

de la Aplicado al ámbito contratación administrativa, se considera básico el principio de buena fe, y este determina que tanto la Administración pública como los eventuales oferentes y contratistas deben actuar de manera leal, ética, sin ánimo de dañar a otro sujeto de derecho y donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas morales y éticas claras, bajo la premisa de que el interés público debe prevalecer sobre cualquier otra clase de interés. En tal sentido, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) dispone que "Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.

Significa entonces que el principio de buena fe resulta de plena aplicación a la materia de contratación administrativa, respecto de la cual crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes. De esa forma, el artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) expresamente indica que "La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado".

Mientras tanto, el artículo 20 de la misma Ley establece la obligación de cumplimiento para la contraparte de la Administración, al expresar que "Los contratistas están obligados a cumplir, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación

formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato".

Por tanto, estas obligaciones a cargo de ambas partes de un contrato administrativo se originan del principio de buena fe y se extienden a los deberes de cumplimiento y colaboración mutuos.

### II. Concepto de contratación irregular

El contrato administrativo irregular es una categoría especial en materia de contratación administrativa que apareja un supuesto de hecho definido, con reglas y consecuencias también previamente determinadas. Puede afirmarse que uno de los aspectos que particularizan a esta figura es que su existencia está claramente enfocada en fungir como un mecanismo que posibilite la satisfacción de los intereses públicos, por lo que debe abordarse este instituto jurídico desde las siguientes aristas:

### A. Regulación normativa

El contrato administrativo irregular está previsto en el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa (1995), cuando dispone:

Artículo 21.-Verificación de procedimientos.

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual.

En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.

A través de esta norma, se encarga al contratista la responsabilidad de verificar la regularidad jurídica del respectivo procedimiento de contratación administrativa, así como la ejecución contractual. De la misma forma, se establece una regulación similar a la contenida en el numeral 129 de la Constitución Política (1949), en tanto dispone que "Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice". Por su parte, el artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) señala:

Artículo 210.-Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.

La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.

Puede observarse cómo, vía reglamentaria, se efectúa una definición de lo que puede entenderse como contratación irregular, al indicar que ella se presenta cuando en el trámite de la contratación se incurra en vicios graves y evidentes, tales como la omisión del procedimiento concursal que corresponda o se haya acudido de manera ilegítima a alguna excepción; es decir, cuando sin que se presente el elemento condicionante de la respectiva excepción a los procedimientos ordinarios de concurso, se verifique el elemento condicionado que haría surgir el efecto excepcional previsto en el ordenamiento jurídico.

## B. Definición de contrato administrativo irregular

La "regularidad" de un procedimiento concursal hace referencia a aquel cuyo contrato observó todos los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico y del cual se deriva la figura de un contratista regular. *A contrario sensu*, el contrato administrativo irregular es el que surge de un contrato suscrito entre la Administración y un determinado contratista y tiene por fin la satisfacción del interés público: pero con la particularidad de que ha sido concertado y llevado a cabo sin seguir los requerimientos previstos para ello por el ordenamiento jurídico, o bien, que no ha observado los principios aplicables a la materia de contratación administrativa.

En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirmó que el contrato irregular es el que se da "[...] con inobservancia de los procedimientos legales y reglamentarios necesarios para configurar una contratación regular [...]". (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, voto n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 2009).

De esta manera, la figura del contrato administrativo irregular se presenta en aquellos casos en que la Administración percibe u obtiene, parcial o totalmente, en forma efectiva y de buena fe, los respectivos bienes o servicios por los cuales suscribió el contrato administrativo, con evidente provecho para ella, pero, a pesar de eso, se presenta una anomalía o irregularidad en el procedimiento concursal, dado que no se ha cumplido con las

reglas previstas en el ordenamiento jurídico, se ha hecho caso omiso de los principios aplicables a la materia, o bien, no se ha seguido el respectivo procedimiento de contratación que, de acuerdo con la materia específica de que se trate y el monto de la contratación, sería el que deba seguirse. Inclusive, el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa 2006 dispone que se verificará la irregularidad del contrato en los contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo contralor o la aprobación interna, cuando sea necesario.

Bajo ese contexto, estimamos que la existencia de un contrato irregular está sujeta a que se presenten tres elementos:

- Que exista una irregularidad en el procedimiento concursal, es decir, que no se hayan seguido las reglas, principios y condiciones previstas en el ordenamiento jurídico para el inicio, desarrollo y ejecución del contrato.
- ii) Que como resultado del contrato administrativo, la Administración pública contratante perciba u obtenga una ventaja o beneficio.
- iii) Y finalmente, que exista buena fe por parte de la persona contratista. Este aspecto supone un comportamiento honrado, honesto y leal en el ejercicio de los derechos y en la relación negociadora. La buena fe en el contrato administrativo exige que se descarten interpretaciones que puedan aparejar un resultado contrario a ella, "[...] como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta [...]". (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, 2009, voto n.º 01246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009).

### III. Responsabilidad del contratista

En la contratación administrativa, la persona contratista se encuentra obligada a entregar efectiva y cabalmente el objeto de la contratación, a través, según corresponda, de la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, incluso estas en conjunto, o la entrega de un bien, y debe efectuarlo en armonía y plena observancia de las reglas previstas en el cartel, en el contrato y, en general, en el ordenamiento jurídico, con el objeto de cumplir fielmente los requerimientos de cantidad, calidad, las especificaciones técnicas y de oportunidad que el respectivo contrato demande puntualmente. Así, tal como el Tribunal Contencioso Administrativo lo indica, solo puede hablarse de cumplimiento contractual en materia de contratación administrativa:

cuando se ejecuta a cabalidad una prestación en los términos originalmente pactados o bien de acuerdo con las nuevas especificaciones suministradas por la Administración en el curso de la ejecución contractual, en aquellos casos en los cuales, para la satisfacción plena del interés público, se modifique el objeto contractual o alguno de los elementos que forman parte de este. (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, 2012, voto n.º 100-2012 de las 14:30 horas del 24 de octubre de 2012).

Como se aprecia, el contratista tiene un deber de regularidad de su conducta y del proceso de contratación administrativa en general, de modo que debe ser un garante de un regular, debido y oportuno cumplimiento del contrato. En tal sentido, se ha afirmado (Escola, 1977, pp. 422-423) que:

La administración pública tiene el derecho de exigir a su contratante el debido y regular cumplimiento de todas las obligaciones impuestas a éste por el contrato y por los documentos complementarios que lo integren. Lo que está pactado y tal como está pactado debe ser cumplido por el contratante, y todas las potestades de que está investida la administración pública

en el contrato administrativo están dirigidas a posibilitar y obtener ese cumplimiento. Si la administración contrata, es justamente para que lo que fue convenido se ejecute, porque el interés público que se busca satisfacer por medio del contrato celebrado así lo reclama. Pero como los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino también a todo lo que sea una consecuencia que pueda considerarse que hubiese sido virtualmente comprendido en ellos... el cocontratante quedará también obligado al cumplimiento de esas consecuencias, necesarias para que exista el "regular" y el "debido" cumplimiento del contrato, que será interpretado, a estos fines, con arreglo al principio de buena fe que debe imperar en todos los contratantes y conforme a las reglas que son aplicables a esa interpretación. Pero la administración pública no sólo tiene el derecho de exigir que las prestaciones estipuladas se cumplan, sino que además corresponde que el cocontratante actué siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la ejecución de las prestaciones el cuidado que es propio a quien se desempeña con el carácter de un colaborador de la administración en la realización de un fin de interés general. Las reglas del arte, las costumbres y los usos de cada actividad deben ser respetados, y así el cocontratante no sólo debe cumplir, sino que debe cumplir bien.

De ese modo, en el contrato administrativo existe un equilibrio en lo relativo a la responsabilidad, ya que en los supuestos donde haya irregularidades en el procedimiento concursal, se comparte la responsabilidad entre la Administración y la persona contratista.

Bajo esa teoría, cuando se detecten anomalías en el procedimiento, se traslada responsabilidad a la persona contratista en razón de su deber de verificación de la regularidad y corrección del procedimiento de contratación, tal y como lo impone el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006), cuando señala que

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

Así, el deber de verificación de la regularidad del contrato funge como presupuesto de la prohibición claramente establecida que impide que se reconozca pago alguno al o a la contratista cuando ha habido una irregularidad en el contrato. Ese impedimento para reconocer el pago a la persona contratista deriva de que esta no ha guardado su deber de corrección del procedimiento concursal y cede únicamente en el supuesto de excepción contemplado en el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa (1995), relativo a aquellos supuestos en que se haya ejecutado el contrato con evidente provecho para la Administración, en cuyo caso el ordenamiento jurídico admite la respectiva indemnización a la persona contratista.

Sin embargo, aun en tales casos de excepción en los que se admite la indemnización al o a la contratista, el artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) dispone que se reconocerá el pago; mas no el lucro cesante, es decir, el beneficio o la utilidad dejada de percibir y, en caso de ser desconocida, se aplicará por tal concepto la rebaja de un 10% del monto total. Lo anterior se traduce en que efectivamente la Administración pública contratante debe resarcir si obtuvo provecho del contrato, pero no puede reconocer el lucro cesante.

# IV. La indemnización al contratista irregular

Como afirmamos antes, el contrato administrativo irregular se genera cuando este se verifica sin cumplir con las reglas y el procedimiento debidos, con el consentimiento de la Administración interesada y siempre que la buena fe medie en

la conducta de la persona contratista, quien es fundamental para determinar la procedencia del posible resarcimiento del bien o del servicio prestado.

Ahora bien, como aspecto de suma trascendencia y que usualmente provoca confusión entre los operadores jurídicos, en la contratación administrativa irregular no existe pago al o a la contratista, sino que lo que se otorga es una indemnización. Surge, de esa manera, el derecho del contratista a percibir una indemnización (no un pago) al ejecutar un contrato administrativo, siempre y cuando, como indicamos antes, concurran los tres elementos determinantes de una contratación irregular: i) irregularidad en el procedimiento de contratación; ii) la Administración pública interesada obtiene una ventaja o beneficio; y iii) existe buena fe de la persona contratista.

Al respecto, puede entenderse que la indemnización al contratista dentro de un acuerdo administrativo irregular cobra sentido en el marco de los principios de equidad y de no enriquecimiento sin causa, con claro sustento en los numerales 33 y 45 de la Constitución Política (1949).

Es precisamente en ese marco de consideraciones, donde el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) establece expresamente que, en casos de contratos irregulares, "no se reconocerá el lucro previsto". En caso contrario, si se reconoce aquel lucro, significaría otorgarle validez y eficacia a un contrato administrativo que por sí mismo es defectuoso, lo cual generaría un enriquecimiento sin causa en provecho de la persona contratista. En el orden de consideraciones antes expuesto, a propósito de la indemnización al contratista, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló que ante supuestos de contrataciones irregulares

[...] el reconocimiento que haga la Administración en tales casos es sólo indemnizatorio, motivado

en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular (...). En conclusión, el fundamento para indemnizar a particulares por la ejecución de contrataciones irregulares está fundado en principios jurídicos de equidad y el de no enriquecimiento sin causa, aplicables en la especie, por integración del ordenamiento jurídico administrativo, según lo previsto en el numeral 7º en relación con el 16.1. de la Ley General de la Administración Pública [...]. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, 2009, voto n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:16 horas del 30 de octubre de 2009).

Consecuentemente, en el contrato administrativo irregular, técnicamente no existe pago alguno al contratista irregular, sino tan solo una indemnización derivada de los principios de buena fe, equidad y de prohibición de enriquecimiento sin causa, cuyo sustento es de rango constitucional en los numerales 33 y 45 de la Carta Magna (1949).

### V. Conclusiones

El contrato administrativo irregular es el que ha sido concertado y ejecutado sin seguir los requerimientos previstos para ello por el ordenamiento jurídico, o bien, que no ha observado los principios ni las reglas aplicables a la materia de contratación administrativa.

Con el objeto de determinar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado a solicitar una indemnización por aplicación de esa figura, deben presentarse simultáneamente varios requisitos: i) La existencia de un contrato administrativo en el que no se haya seguido el procedimiento debido; es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o pueden haberse obviado procedimientos, reglas y principios básicos dentro de un contrato existente o, inclusive del todo, inexistencia absoluta de una contratación, lo que es conocido como un contrato de hecho; ii) Asimismo, la Administración pública debe haber

obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del contratista; y iii) el contratista debió haber prestado el servicio o el objeto contractual de buena fe, a efectos de que la Administración contratante reconociera una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa.

En tal supuesto, técnicamente lo que se reconoce al contratista es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que el ordenamiento jurídico impide que se reconozca el lucro cesante, y si no se puede calcular, debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización.

La prohibición de reconocer el lucro cesante se origina en la regularidad y la legitimidad que deben imperar en los contratos administrativos, como área integrante del concepto de función administrativa, cuyo carácter esencial lo constituye el estar sometida íntegra y plenamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, prevista en el canon 49 de la Constitución Política.

#### VI. Referencias bibliográficas

Benitez Parra, J. (2003). Introducción al derecho. Medellín, Colombia: Editorial Universidad Pontifica Bolivariana.

Cazorla Prieto, L. M. (1978). Temas de derecho administrativo. Madrid, España. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, tercera edición.

Escola, H. J. (1977). Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

González Camacho, O.; Jinesta Lobo, E.; Jiménez Meza, M., & Milano Sánchez, A. (2006). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En la obra en conjunto El nuevo proceso contencioso administrativo. San José, Costa Rica. Escuela Judicial, Poder Judicial.

Jinesta Lobo, E. (2007). Tratado de derecho administrativo. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Reina Sánchez, J. (2009). Aplicabilidad de la buena fe en el derecho administrativo sancionador aduanero a partir de la doctrina de los actos atípicos. Bucaramanga, Colombia. Escuela de Derecho.

Ripert, G. (1946). La regla moral en las obligaciones civiles. Bogotá, Colombia: Editorial La Gran Colombia.

Sainz Moreno, F. (1976). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Madrid, España: Editorial Civitas.

#### Notas

Es relevante mencionar que deben valorarse las conductas administrativas que poseen elementos discrecionales, en nuestro criterio, además, en relación con tres conceptos de suma relevancia: i) En primer lugar, según se adopte o no por el operador jurídico, la posición asumida por la doctrina de la solución única en lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, la cual en Iberoamérica ha tenido como máximo exponente a don Eduardo García de Enterría, bajo el postulado de que los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles, solamente, de una única solución y no dan margen a una apreciación comparativa entre soluciones igualmente válidas desde la mira de la juridicidad (Al respecto vid. (Sainz, 1976); ii). De acuerdo con la terminología alemana, la valoración del concepto de reducción a cero de la discrecionalidad, en cuyo caso, la discrecionalidad inicial inmersa en la conducta administrativa daría paso a la conducta reglada por parte de la Administración; y, iii) La discrecionalidad residual que la Administración pueda mantener en sus manos luego de que una controversia haya sido llevada ante el estrado jurisdiccional contencioso administrativo y, en ejercicio de la potestad conferida por los artículos 11, 49 y 153 de la Carta Política, así como sus homólogos 11, 15, 16, 59 y 216 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 127 y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo, este orden judicial haya impuesto los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, para el legítimo ejercicio de la potestad discrecional que permanece en forma residual sobre la Administración pública. Para un estudio acabado sobre el tema vid. (González, O. et al., 2006).

# DENOMINACIÓN SOCIAL: EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO LÍMITE LEGAL, SU DISTINCIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL, DE LA MARCA Y EL NOMBRE COMERCIAL

Parte I

Lic. Alina Guadamuz Flores alinaguadamuz@gmail.com

#### **RESUMEN:**

El objetivo de esta investigación consiste en diferenciar los conceptos de "razón" y "denominación social", así como establecer uno de los límites para nombrar a las sociedades anónimas. El nombre de las personas físicas es un derecho personalísimo y encuentra resguardo legal en el ordenamiento jurídico costarricense, por eso se debe contar con el consentimiento de la persona interesada al utilizarlo, así no se quebrantará ese derecho. Como conclusión, se utiliza la "razón social" con sociedades de personas y, la "denominación social", en sociedades de capital, como lo es la anónima por excelencia. No existe libertad absoluta para denominar a las sociedades de capital, ya que debe contarse con el consentimiento de la persona física para utilizar su nombre.

#### PALABRAS CLAVE:

Derecho, denominación social, nombre, razón social, sociedad.

#### ABSTRACT:

The objective of this research is to differentiate the concepts of "business name" ("razón social") and "corporate name" or "company name" ("denominación social"), as well as to establish one of the limits for naming stock companies. The name of individuals is a personal right and finds legal protection in the Costa Rican legal system, reason for which the consent of the interested person is required to use such name, to avoid the violation of this right. As a conclusion, "business name" is used with partnerships and the "company name" in equity companies, such as a stock company, which is an equity company by excellence. There is no absolute freedom to name equity companies, because the consent of the individual is required to use his/her name.

#### **KEYWORDS:**

Law; company name; name; business name; company.

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho, UCR. Especialista en Derecho Comercial, SEP-UCR. Investigadora académica en Derecho: Telecomunicaciones, Comercial y Desarrollo Sostenible. Abogada y consultora independiente. Proponente de la Iniciativa Popular Nº 2288, (2016) y Anexo I, (2017).

#### Introducción

a denominación social distingue a cada una de las sociedades de capital. Al igual que la razón social, es un distintivo que da certeza a terceras personas que se relacionen con una jurídica. Ese nombre legal beneficia a la persona moral en términos de comercio, clientela (ganancia económica del negocio y a la buena fama para quien comercie), beneficios crediticios, etc. La doctrina europea indica:

[m]ediante el nombre se distingue y diferencia la individualidad, jurídica o no, de un sujeto respecto de los restantes de igual clase o consideración, en el ámbito de su entorno social... el nombre se convierte... en un elemento jurídico,..., de diferenciación respecto de otros sujetos dotados de capacidad; por otro... asume un papel identificativo en relación a la persona sobre la cual van a recaer las consecuencias derivadas del ejercicio de una actividad. <sup>2</sup>

Tanto la razón, como la denominación social tienen como objetivo distinguir a los distintos tipos de sociedades, encontrando, eso sí, límites legales para establecer ese nombre social.

#### Razón social

Al crear a las personas jurídicas (morales), deben nombrarse de forma tal que se diferencien de las demás de su clase, ya que de manera natural, se distinguen de las personas físicas<sup>3</sup> y de su capacidad jurídica, la capacidad de actuar, el derecho y los deberes.

La creación de las personas jurídicas, específicamente de las sociedades, se remonta a la época romana cuando las personas pertenecientes al gran imperio, junto con otras de diferentes regiones, cada una con su ordenamiento jurídico, pero de forma paralela, fueron creando las figuras y regulándolas con normas de carácter jurídico.

Así se manifiesta en el trabajo final de graduación: Problemática en la inscripción de la

razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación):

[e]l concepto de la personalidad moral, [...], es obra de la antigua Roma, de la Iglesia Cristiana y del derecho germánico antiguo y moderno [...] la Alemania moderna ha hecho los más finos análisis de la idea romana y la idea cristiana y ha entresacado del seno de los textos del Cuerpo del Derecho Civil, de las doctrinas jurídicas eclesiásticas y de la contextura de las primitivas asociaciones germánicas, las teorías actuales acerca de las personalidad moral.<sup>4</sup>

De acuerdo con esta obra, la razón social surge para determinar a quiénes comerciaban, de una forma precisa y determinada. Eso le adjuntaba una responsabilidad innegable a esa persona que comerciaba, lo que generaba confianza en sus potenciales clientes, incentivando la actividad mercantil. Así se evitaba el fracaso de la sociedad, y lo que predominaba cerca del siglo XIV era la responsabilidad de las obligaciones sociales a través del mecanismo de la "mano común". Pero lo que se buscaba era separar, tanto los activos como los pasivos de la empresa, del patrimonio de la persona social.

Con base en esto, surge el signum societatis, que es la identificación de la empresa conceptualizada como la "razón social" que, de acuerdo con el Diccionario jurídico de Cabanellas, se puede definir así: "nombre o denominación con que son designadas o conocidas las compañías o sociedades. [...] Consiste en yuxtaponer los nombres de dos o más socios. [...]; y si contiene el nombre de un socio, basta ello para su responsabilidad por todas las obligaciones de la sociedad contraídas bajo la firma social".

En cuanto al fundamento de por qué se indica el apellido de quien comercia en el nombre de una sociedad de personas, se debe a que inicialmente los negocios eran familiares, y la razón social cumplía su rol principal dando a conocer al público a quién pertenecía el negocio.

Para nombrar a una persona moral, debe verificarse que el nombre que planea otorgársele no exista ya nombrando a otra de su clase, porque esa es la función del nombre legal: identificar plenamente a las personas, en este caso, a las sociedades. Así, incluso, a cada una de ellas se les añade el aditamento "Sociedad Anónima" (S. A.), "Sociedad de Responsabilidad Limitada" (S.R.L.) o "Compañía" (Cía.), según sea su naturaleza jurídica, ya que así se determinará cuál es de personas y cuál de capital, lo que les sugiere a las personas ajenas a la sociedad, quién será responsable y quién responderá en caso de error contra ellas y cómo será ese tipo de responsabilidad, si limitada o ilimitada.

Según Messineo, la razón social puede definirse de la siguiente manera: "el nombre social en el cual se utiliza el nombre o parte del nombre de uno o varios socios". La razón social se utiliza para nombrar a las sociedades de personas, no de capital, como lo es la anónima.

Por descarte, las sociedades de personas son: la S.R.L. (esta sociedad es mixta: de personas y de capital); la sociedad en comandita (simple) y la sociedad en nombre colectivo, esto, específicamente, para el caso de Costa Rica.<sup>7</sup>

Si en las sociedades de personas, sea la persona jurídica o sus socios o socias, incurren en algún error que perjudique a personas ajenas a la sociedad, las personas socias responderán a título personal, de manera ilimitada y solidaria. No obstante, ni las demás personas socias, ni la sociedad responderán por las obligaciones personales de las personas físicas, téngase en cuenta una pensión alimentaria, por ejemplo.

La responsabilidad civil en materia mercantil, aunque solidaria e ilimitada, es subsidiaria, en caso de que la persona jurídica no tenga los suficientes activos como para hacerles frente a las deudas respecto a terceras personas. Pero la responsabilidad se enmarca en los aspectos propios de la actividad comercial, excluyendo la esfera legal de las personas socias; es decir, lo que le corresponda propiamente como persona física, con sus obligaciones particulares.

Para determinar cuándo se trata de una sociedad de personas a través de su razón social, se puede indicar la expresión y "Compañía" o su abreviatura, "Cía.", voz que se ha mantenido a lo largo de los años. Álvarez y Jiménez indican: [I]a fórmula de la razón social es normalmente la del nombre de un socio con el añadido "y Compañía" o "y compañeros", pero no es una fórmula sacramental, cualquier enunciación que sirviera para indicar la comunidad del vínculo respondía al fin".8

Dicho esto, se explica la nomenclatura legal de cada tipo de sociedad, en el ordenamiento jurídico costarricense.

#### Sociedades en nombre colectivo

La razón social aplica para las sociedades de personas, y las sociedades en nombre colectivo son una de ellas. El Código de Comercio de Costa Rica señala en su artículo 35 que: "[l]a razón social se formará con el nombre y apellido o sólo el apellido de uno o más socios, con el aditamento "y Compañía" u otra expresión equivalente que indique la existencia de más socios, si los hubiere". Al designar el nombre de la persona con su añadidura, se entiende que se trata de una sociedad en nombre colectivo y no de otra. La ley de marras explica, además, cómo debe procederse en cuanto a la modificación del aditamento si alguien del grupo societario se retira:

Artículo 37: La separación de un socio o el ingreso de un extraño a la sociedad, no impedirá la continuación del uso de la razón social existente, pero si el nombre o apellido del socio separado apareciere en la razón social y este consintiere en que se siga usando, deberá agregarse a la razón social la expresión "Sucesores" u otra equivalente. Esa circunstancia no limita la responsabilidad del socio separado, la cual se mantendrá mientras su nombre aparezca en la razón social.

Dada la seriedad que implica la responsabilidad subsidiaria, pero ilimitada y solidaria, a la cual conlleva el formar parte de una sociedad de personas, lo mejor es solicitar el retiro del nombre para así desvincularse completamente de la sociedad. Esa desvinculación social se lleva

a cabo de conformidad con el artículo 19 del Código de Comercio, Ley N.º3284, el cual indica: "[1]a constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil".

#### Sociedad en comandita

La sociedad en comandita tiene una naturaleza "mixta" porque para una parte de las personas socias, la responsabilidad es personal e ilimitada, pero para otra, se limita al monto aportado, siendo entonces esta sociedad, una especie de híbrido entre la sociedad de capital y la de personas, en cuanto a este aspecto específico.

El artículo 60 del Código en mención, nos indica: "[*l*]*a responsabilidad de los socios gestores o comanditados es similar a la de los socios colectivos, pero la del socio o socios comanditarios queda limitada al monto del capital suscrito"*. Su razón social manifiesta esa combinación de sociedades, ya que indica que se revelarán los nombres y apellidos de las personas socias gestoras o comanditadas, teniendo responsabilidad solidaria e ilimitada en caso de que la persona jurídica no pueda hacer frente a sus obligaciones.

El aditamento que caracteriza a esta sociedad heterogénea es "y Compañía, Sociedad en Comandita", pudiendo abreviarse "S. en C.". Las siguientes son las disposiciones textuales de la norma: [a]rtículo 62:

La razón o firma social deberá formarse necesariamente con el nombre, nombres o apellidos de los socios gestores o comanditados, y el aditamento de "y Compañía, Sociedad en Comandita", lo que podrá abreviarse "S. en C.". El comanditario que consienta en que su nombre completo figure en la razón social, será considerado, para los efectos legales, como si fuera socio comanditado.

El numeral 63 del Código en mención nos explica qué pasa con la razón social si se modifica la conformación de las personas socias: "[1]a sociedad en comandita termina por la muerte, quiebra, interdicción o imposibilidad para administrar del socio comanditado. Pero si fueren varios los socios comanditados y el caso estuviere previsto en la escritura social la sociedad podrá continuar bajo la administración delos otros socios, debiendo modificarse, si fuere del caso, la razón social". Interpretamos que no es obligatorio añadir el apéndice "Sucesores", como en el caso anterior, sino que simplemente se deben cambiar el nombre y apellidos de las personas socias, manteniendo el aditamento propio de la sociedad en comandita.

#### Sociedades de responsabilidad limitada

Las personas legisladoras costarricenses optaron por brindarle a la S. R. L. la libertad de nombrarse mediante nombre de una o varias de sus personas socias, el objeto de su creación, su actividad u otro, pero se debe incluir siempre el aditamento característico de esta persona jurídica: "SRL" o "Ltda.". Se detalla la norma:

[a]rtículo 76: Podrán estas sociedades tener una razón social, o denominarse por su objeto, o por el nombre que los socios quieran darle y será requisito indispensable, en todo caso, el aditamento de "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o solamente "Limitada", pudiéndose abreviar así: "S.R.L.", o "Ltda.". Las personas que permitan expresamente la inclusión de su nombre o apellidos en la razón social, responderán hasta por el monto del mayor de los aportes.

La razón y la denominación social son exigidas por ley para evitar la inducción a la confusión; es un tema de información (art. 46 de la Constitución Política) y de seguridad jurídica, hacia las personas ajenas a la sociedad. La siguiente es la advertencia hecha por la ley al grupo societario de una S.R.L.:

[a]rtículo 77: En todos los documentos, facturas, anuncios o publicaciones de la sociedad, la razón o denominación deberá ser precedida o seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada",

"Limitada" o sus abreviaturas. La omisión de este requisito hará incurrir a los socios en responsabilidad solidaria e ilimitada, por los perjuicios ocasionados a terceros con tal motivo.

La norma señala indistintamente la razón o la denominación social para nombrar a este tipo de sociedades. Leyendo detenidamente el artículo 75 del Código de Comercio, se entiende que las personas socias responderán únicamente por su aporte, salvo los casos "en que la ley amplíe esa responsabilidad". Tal frase puede interpretarse de acuerdo con el artículo 76 del mismo Código, considerándose como una remisión tácita. Específicamente el párrafo indica: "[l]as personas que permitan expresamente la inclusión de su nombre o apellidos en la razón social, responderán hasta por el monto del mayor de sus aportes", lo que puede considerarse una ampliación de la responsabilidad solo por el hecho de que el nombre de una persona física que sea socia aparezca identificando a la sociedad. No obstante, esa responsabilidad tiene límites, como su nombre lo indica. La sanción es que responde de manera solidaria e ilimitada si omite el aditamento, y eso hace incurrir en error a terceras personas.

Según el numeral 245 del Código de Comercio, las S.R.L. pueden usar indistintamente la razón o la denominación social, tal y como el numeral 77 lo hace ya transcrito. Esta persona jurídica puede ser vista como mixta, ya que los nombres de las personas socias que no aparezcan en la razón social, responden solo por su aporte como si fuera una sociedad de capital; pero quienes muestren su apellido en ella responderán hasta por el mayor de sus aportes. Aquí no hay responsabilidad ilimitada, ni personal, pero sí ampliada, por lo que el solo hecho de incluir el nombre y el apellido en la razón social genera más responsabilidad para el socio o la socia.

#### Sociedad de actividades profesionales

Su fin es regular la actividad de los y las profesionales liberales que quieran ejercer su profesión; pero sin necesidad de tener que crear

una sociedad mercantil para trabajar a través de una persona jurídica. Para crear una de estas sociedades, se debe haber incorporado al colegio profesional. Esta persona jurídica se encuentra regulada en la Ley N.º 2860. En cuanto a su nombre, en el numeral 2 de este cuerpo normativo, se establece lo siguiente: [a]rtículo 2º.- Las sociedades de actividades profesionales deberán tener razón social. Cuando en ésta se empleen nombres propios de personas, solamente podrán figurar en la denominación los nombres de socios profesionales graduados pertenecientes a un Colegio nacional y sometidos al régimen profesional del mismo". En este numeral se usan la "razón social" y la "denominación" de forma indistinta, lo cual es una falencia de la ley, porque ambos son conceptos diferentes. Por la naturaleza de la persona jurídica y su función, sería más apropiado usar el término de "razón social", ya que se busca distinguir con claridad al o a la profesional que está ejerciendo.

El artículo 5 de dicha Ley menciona que el nombre de la sociedad debe constar en el estatuto que la crea y que, este, a su vez, se inserta en la escritura pública, lo que debe concordarse con el artículo 7 de la misma ley, ya que indica que el nombre de la sociedad no puede llevar denominaciones de carácter comercial, laboral, ni el de profesionales sin colegiar (arts. 2 y 8 de la Ley N.º 2860), aunque sí pueden usarse nombres de índole profesional. Las sociedades de actividades profesionales deben cambiar su razón social, si una de las personas socias, cuyo nombre se incluye en el de la persona jurídica, deja de formar parte de la sociedad. Hecho el cambio respectivo, se inscribe en el Registro de Personas y se presenta ante el colegio profesional correspondiente.

#### Denominación social

La denominación social es la principal característica formal de las sociedades de capital, específicamente de la anónima, donde el anonimato de las personas socias les exime de una responsabilidad personal en su contra. Así se separa por completo el patrimonio de la persona jurídica, del de la física.

Lo anterior sucede quizás, porque varias personas, de diferentes familias, deciden organizar una empresa, no un negocio familiar; simplemente son personas con intereses comunes que deciden llevar a cabo una actividad mercantil, con (casi) el único objetivo de conseguir lucro. La doctrina costarricense indica que las sociedades de capital, como lo es la anónima por antonomasia, excluyen el aspecto familiar, pero además, dejan de ser esas sociedades pequeñas con actividad artesanal, para convertirse en un negocio grande que se extiende a otros territorios:

[e]l surgimiento de las sociedades de capital vino a romper el esquema prevaleciente de las sociedades familiares o de clanes que estaban limitadas a un territorio y actividad comercial muy reducida, demarcando básicamente al ámbito de su grupo. El desarrollo del comercio, históricamente dado, vino a variar esta situación desligando a la persona jurídica (sociedad) de sus fundadores, dándole independencia en su actuación y limitando la responsabilidad de los socios. 10

Los autores Álvarez y Jiménez continúan explicando este cambio histórico que dio origen al surgimiento de la "denominación social":

[...] podemos decir que con el advenimiento del maquinismo y el industrialismo, toman plena vigencia dos conceptos básicos sobre los cuales hemos venido tratando: Primero: el nombre social, y segundo: el nombre comercial... El nombre comercial a su vez se subdivide en: razón social y denominación social [...] la razón social fue la que primeramente se utilizó en las sociedades de personas ya que inicialmente no existía la empresa, sino una persona física que realizaba cierta actividad comercial o prestaba un determinado servicio. Posteriormente se crea la figura de la persona moral o jurídica para facilitar el funcionamiento de la unidad económica que en la práctica ya funcionaba y los distintos ordenamientos comienzan a regular al respecto, dándole cabida a nivel de legislación comercial. La sociedad o empresa evoluciona desde las de personas (Colectiva y en Comandita) hasta llegar a las sociedades hoy conocidas como "de capital" (Limitada y Anónima)".

Con la S. A. se logra desvincular por completo el patrimonio personal del de la persona jurídica. El anonimato, que es la característica principal de las sociedades de capital en Costa Rica, limita por completo la responsabilidad del conjunto societario ante terceras personas. Por eso, incluso el nombre de la sociedad puede ser uno de fantasía y, eso sí, debe ser diferente al del resto de las S. A. existentes para que no haya confusión. El Código de Comercio regula la denominación social en su artículo 103:

Artículo 103: la denominación se formará libremente, pero deberá ser distinta de la de cualquier sociedad preexistente, de manera que no se preste a confusión; es propiedad exclusiva de la sociedad e irá precedida o seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S.A.", y podrá expresarse en cualquier idioma, siempre que en el pacto social se haga constar su traducción al español.

Por tratarse de la denominación social, que no incluye el nombre de las personas socias de manera obligatoria, se da margen para que se usen nombres en otro idioma, pero en el pacto social, se debe hacer constar su traducción al español. El nombre de la S. A. debe constar en todos los documentos emitidos por ella, como sus acciones y los certificados. (Art. 134, inciso a, Código de Comercio). De acuerdo con la doctrina española, puede explicarse así la función de la denominación:

[l]a principal función jurídica de la denominación social consiste en identificar e individualizar al ente societario, como sujeto jurídico titular de derechos y obligaciones y centro de imputación de responsabilidades (nombre-firma). Junto a esta función, la figura desempeña otro cometido relevante, cual es el de funcionar como instrumento de publicidad del tipo social y, en particular, de la singular forma en que responde el ente colectivo de las deudas contraídas con los terceros. 12

Si comparamos nuestra legislación con la argentina, por ejemplo, en su Ley N.º 19550, específicamente, en la Sección III de la Sociedad de Capital e Industria, en el artículo 142, que indica:

Razón social. Aditamento.

La denominación social se integra con las palabras "sociedad de capital e industria" o su abreviatura.

Si actúa bajo una razón social no podrá figurar en ella el nombre del socio industrial.

La violación de este artículo hará responsable solidariamente al firmante con la sociedad por las obligaciones así contraídas.<sup>13</sup>

Además de la Sección V sobre la S.A., el numeral respectivo indica:

ARTICULO 164. – La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión "sociedad anónima", su abreviatura a la sigla S.A.<sup>14</sup>

En este país sudamericano, debe usarse el aditamento que indica que es una sociedad de capital; cuando se trate de la razón social, no puede figurar el nombre de personas socias si son industriales (asumimos que esas son personas jurídicas, ya que la ley no las define).

En Costa Rica, la denominación puede incluir el nombre de las personas socias porque tienen libertad para hacerlo y, con mayor razón, si hablamos de sociedades de personas que se nombran socialmente mediante razón y no denominación.

El artículo 142 de la Ley N.º 19550 manifiesta de forma mezclada la regulación de la razón social con la denominación social, siendo la primera el encabezado del numeral y la segunda su contenido. Además, no señala si las personas

socias pueden crear un nombre de fantasía o sugerir el objeto de actividad de la sociedad en la denominación. Y cuando dicha ley señala a "personas de existencia visible", asumimos que se refiere a personas físicas vivas, ya que las jurídicas son una ficción legal que corporalmente podrían reflejarse en un bien que les pertenezca; pero no resultar ser la correspondencia de aquella como tal. Asimismo no se entiende aquí que se esté hablando de un grupo de interés económico o de una o varias sociedades que sean accionistas de otra o varias de ellas, sino de personas físicas que son accionistas de la sociedad.

Doctrinalmente, la "denominación social" puede ser concebida de la siguiente manera:

responde al derecho a la identidad personal de todo ente colectivo (persona jurídica) y, por ende, es equiparable al nombre civil de la persona física,... ha de evitarse la asimilación...entre la figura de la denominación social del empresario colectivo y el instituto del nombre comercial-nombre-firma (ditta) del empresario individual. A juicio de Costi, el nombre social es un verdadero nombre civil cuya adopción y utilización responde al derecho subjetivo que tiene todo ente colectivo a su identidad personal, es decir, a que se reconozca su propia individualidad en el ámbito del contexto social en el que se desenvuelve, que,... no se circunscribe exclusivamente a la realización de actividades de naturaleza económica. Opinión que nace del pleno convencimiento de que los intereses, privados y públicos, conexos a las denominaciones sociales son, en bastantes de sus aspectos, similares a los que se tutelan a través de las normas reguladoras del nombre civil; instituto este último, que responde a una necesidad ineludible, de orden privado y de orden público, cual es la identidad personal. 15

Resolución de la Sala de Casación de las 14:25 horas del 28 de noviembre de 1940. Caso de "Bomba de Gasolina Lang, Sociedad Anónima"

En este caso, el registrador considera que el artículo 67 de la Ley de Sociedades Comerciales

indica: "en la sociedad anónima la responsabilidad de todos los socios o accionistas se halla limitada por el monto de sus aportes, y el comercio se ejerce por medio de mandatarios revocables y bajo la designación del objeto de la empresa o cualquiera otra denominación adecuada, que debe diferir de la de otras compañías preexistentes en el país", 16 por lo que se impide que las personas socias puedan nombrar a la sociedad con un nombre de persona física, es decir, no tienen "absoluta libertad" para nombrar a la sociedad.

El caso se remite a la Sala Civil, donde el registrador argumenta que cuando la ley indica "bajo la designación del objeto de la empresa o cualquiera otra denominación adecuada"<sup>17</sup> para nombrar a la sociedad, no se admite el nombre de personas físicas en la denominación y, en este caso, se le quiere agregar a la gasolinera el apellido "Lang", que corresponde a uno de los socios.

En la resolución de las 13:35 horas del 25 de octubre de 1940, la Sala rechaza los argumentos del registrador dándole la razón a la parte ocursante y considera que no existe prohibición expresa por la ley y que, además, no hay posibilidad de error para terceras personas, si la sociedad contiene el aditamento, así como también existe la libertad para insertar el nombre de la persona fundadora o una predecesora de las acciones, en el nombre de la sociedad.

El registrador recurre a casación por la violación del artículo 67 de la Ley de Sociedades Comerciales, e insiste en que la razón social debe indicar el objeto de la sociedad y que debe ser impersonal.

La Sala considera que el registrador general cometió un error al hacer su apreciación sobre el tema de la denominación social. Sí se puede incluir el nombre de una de las personas socias en el nombre de la persona jurídica cuando se trate de una S.A. La Sala desestima el recurso del registrador con base en el siguiente análisis:

II.-No ha podido ser violado el referido artículo 67, [...], desde que dicho canon legal no alude [...] a la estructura de la denominación o enseña de las sociedades anónimas; pero aun suponiendo que ese texto hubiera de ser tomado en cuenta, lo sería en sentido inverso al que se le presta, pues al estatuir que en la sociedad anónima la responsabilidad de todos los socios o accionistas se halla limitada por el monto de sus aportes, está diciendo que no hay manera de suponer que algún socio pueda ser responsable por encima de la suma que aportó o suscribió. No es efectivo entonces el supuesto peligro, para terceros, de ser inducidos en error acerca de la naturaleza de la empresa si, como en el caso actual se consigna, al pie de la denominación, su característica de sociedad anónima. Por otra parte es de observar que las palabras "Bomba de Gasolina Lang", no constituyen un nombre propio, sino el de la bomba de gasolina cuya explotación será el objeto del giro comercial de la empresa.18

Resolución n.º 41-1965 de la Sala de Casación. San José, a las 15 horas y 35 minutos del 27 de abril de 1965. Caso de Colchonería Jirón, Sociedad Anónima.

En este conflicto judicial, el registrador general deniega la inscripción de la sociedad por violentarse los artículos 50 y 59 del Reglamento del Registro. Se basa en el Código de Comercio, en los numerales: 18 6), sobre la escritura constitutiva, el inciso indica la razón o denominación social; 103, sobre cómo debe nombrarse la S. A. y la inclusión del aditamento; 225 parte final del párrafo primero, sobre el cumplimiento de requisitos en cuanto al nombre o razón social; y el 245 que señala en su párrafo segundo: "[...] [1] as sociedades por acciones no tendrán razón social, sino un nombre distintivo de su objeto y finalidad, o cualquier otro que los socios tengan por conveniente" 19.

El registrador indica que se está abusando del apellido Jirón, ya que perteneció a una persona que trabajó en la elaboración de colchones de calidad por muchos años, contó con buena fama, y ahora personas

extrañas al negocio quieren utilizar ese apellido para aprovecharse del esfuerzo hecho por esa persona de apellido Jirón. Además, señala que la denominación debe ser objetiva, ya que la actividad comercial no se ejercita bajo un nombre propio, por eso se le llama sociedad anónima.

Las personas interesadas apelan, por lo que el caso pasa a conocimiento de la Sala I Civil. Este tribunal rechaza los alegatos del registrador y lo obligan a inscribir la sociedad salvo que encuentre otro error. La Sala I Civil concluye que el director del Registro interpretó erróneamente las normas 35 y 62 del Código de Comercio que prohibían el uso de apellidos de personas que no estuvieran involucradas en el negocio, ya que esta disposición no aplicaba para las S.A., porque su nombre podía formarse libremente, de acuerdo con el Código; se puede incluir el nombre que a bien se tenga, en el entendido de que se agregue el aditamento "Sociedad Anónima" o su respectiva abreviatura "S. A.". Si se hubiera tratado de una sociedad de personas, sí habría sido oportuna la objeción del registrador, ya que su razón social no puede contener un apellido distinto al de las personas socias.

El párrafo segundo del artículo 245 del Código de Comercio alegado por el registrador no es tomado en cuenta, porque la Sala consultó a las personas redactoras del proyecto del Código de Comercio vigente y recibió la explicación que, supuestamente, se refería al proyecto original de las sociedades en comandita por acciones y que la Asamblea Legislativa: "acogiendo una oportuna sugestión de los Licenciados Jaime Solera y Francisco Morelli, al suprimir esta clase de sociedades por su poco uso e importancia práctica, olvidó suprimir del Código el citado párrafo [...]". 20

En cuanto al abuso del apellido Jirón y la clientela que maneja y que es usado por las personas interesadas, el tribunal desestima el argumento del registrador indicando que eso se vería dentro del Registro como tema aparte y que, por la libertad que las personas socias de una S. A. ostentan, pueden nombrarla como gusten.

Dado el resultado de la Sala I Civil, el registrador general acudió al recurso de casación, alegando que,

según el tratadista Gay de Montellá, en las S. A. las personas socias no responden ilimitadamente, ni mucho menos las terceras personas, y su principal preocupación es que en la denominación se intenta poner el nombre de una persona que no es socia y eso puede llevar a error a terceras.

Para el registrador, el tribunal de instancia no tomó en cuenta la doctrina jurídica para resolver, sino que se apoyó en el criterio de sus colegas, el cual puede ser cambiante y errado. Además, el numeral 103 del Código no indica que haya completa libertad para crear la denominación social. El registrador señala que regían las disposiciones del nombre comercial y no las del artículo 103. El Tribunal de Casación resolvió con base en los siguientes argumentos:

III. —[...] no estima esta Corte que la Sala de instancia haya infringido el artículo 245 en su párrafo segundo, al estimar que la sociedad aue se trata de inscribir, cuva denominación determina con toda claridad su objetivo o finalidad, que es la de ser una empresa de colchonería, por contener un apellido, Jirón, sea una razón social, con las características que corresponden a una sociedad colectiva o en comandita. Lo considera así esta Corte, porque lógicamente interpretado el párrafo segundo del artículo 245 en comentario, lo que dispone es que las sociedades anónimas no deben tener razón social en los términos que la tienen las sociedades colectivas o en comandita, para prevenir a terceras personas que todos sus socios o parte de ellos son ilimitadamente responsables. ... cabe el nombre o apellido que hava venido dándole prestigio a la empresa, siempre que la denominación sea precedida o seguida por las palabras "Sociedad Anónima" que son las que le dan su verdadera naturaleza a la sociedad y las que advierten a terceros, que su responsabilidad está limitada a los aportes de los socios.<sup>21</sup>

Consideramos que puede recurrirse a las personas redactoras de un proyecto de ley para saber cuál era su espíritu: pero debe tenerse en cuenta que, para tener información oficial, detallada y concreta, se pudo haber recurrido a

las actas de la Asamblea Legislativa, donde se supone que constan todas las críticas de quienes redactan las leyes, más otras circunstancias que influyen en ese procedimiento de elaboración. La consulta a las personas redactoras pudo haber sido complementaria a la revisión de las actas, si es que estas se encontraban disponibles en aquel momento. De esta forma, se habría evitado la confusión que el registrador señaló en sus alegatos.

Por otra parte, consideramos que no existe total libertad a la hora de nombrar a una S. A., sobre todo cuando se refiere a nombres de personas físicas. Para usar el nombre y el apellido de una persona física, debe contarse con su consentimiento, debe ser una persona socia y, con mayor razón, si se trata de una tercera, ajena a la sociedad.

Esto podría darse por supuesto, sin embargo, es necesario hacer la observación. El énfasis al respeto que debe dársele al consentimiento de las personas físicas en cuanto al uso de su nombre en estos casos se da cuando se incluyen el nombre y el apellido, de manera tal que la identifique plenamente, lo que no sucede cuando se utiliza un nombre o el apellido solo, por lo que no individualiza a una persona física, sino que simplemente se usa un sustantivo propio para nombrar a la persona jurídica sin hacer referencia a una física en específico.

Si se usan un nombre y apellido para nombrar a una persona jurídica de manera tal que puede llegar incluso a identificar a una persona física de forma evidente, debe contarse sin duda alguna con su consentimiento, ya que el nombre civil es parte de los derechos de las personas.

La doctrina reconoce el derecho que la persona física tiene sobre su propio nombre y apellido y a que se le respete. El Dr. Víctor Pérez Vargas menciona al respecto:

El sujeto de derecho, como unidad de la vida jurídica y social, ha de ser individualizado para que pueda tener la consideración de persona no confundible con las demás. Esta "individualización" se logra principalmente mediante la atribución de un nombre, el cual se ha definido como: "elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación.

Claro que para que sea considerado como "derecho" de la personalidad tal función no basta.

Este pensamiento lo recoge muy bien BONET, al comentar el Código Civil italiano del que dice que se inspira "en el concepto de nombre no como institución de policía civil ni simple etiqueta de la persona, sino como expresión de la vida moral y material de una persona en todas sus relaciones familiares y sociales.

Estas propiedades se le reconocen básicamente al apellido, pero en ciertas legislaciones se prefiere ampliar y englobar en una sola esfera de protección al nombre y apellido(s).

El sujeto tiene que usarlo (lo recibe automáticamente con base a reglas técnicas por razones de interés público. <sup>22</sup>

El Código Civil de Costa Rica tutela el derecho al nombre y el respeto que las demás personas deben tenerle. Si una persona usa o intenta usar el nombre de alguien más, debe hacerlo con su consentimiento: "[a]rtículo 53: Toda persona tiene derecho a oponerse a que otra use su propio nombre, si no acredita su derecho legítimo a usarlo. El derecho a controvertir el uso indebido de un nombre por otra persona, se transmite a los herederos del reclamante".

La denominación social encuentra un límite a esa supuesta "libertad absoluta" para nombrar a las S. A. y es el respeto del derecho al nombre y su debido uso, resguardado por el ordenamiento jurídico a través del Código Civil, y las personas que lleguen a dañar a otra están sujetas a responder civilmente, por usar su nombre sin la autorización pertinente (art. 59,<sup>23</sup> Código Civil).

Respecto a la denominación en las S. A., las personas socias solo responderán por sus aportes aun cuando su nombre aparezca en la denominación; es decir, que oficialmente se muestren tanto su nombre como su apellido individualizándolas claramente, para designar el nombre legal de la sociedad. Sin embargo, esa exención de responsabilidad se dará siempre y cuando conste el aditamento, "Sociedad Anónima".

Aun así, el consentimiento de la persona, cuyo nombre aparece en la denominación social, debe ser claro, expreso y, desde luego, sin vicios en el consentimiento, ya que conllevarían a la nulidad relativa del acto jurídico.

#### Conclusiones

La razón social y la denominación social no son sinónimos, aunque en ocasiones sean usados de manera genérica. La razón corresponde a las sociedades de personas, dándole énfasis a su naturaleza jurídica mediante la inscripción del nombre de sus socios y socias junto con el respectivo aditamento, con el fin de brindar certeza jurídica a las terceras.

En cambio, en las sociedades de capital, la responsabilidad es limitada al aporte realizado y no se obliga a que sus socios y socias indiquen su nombre en la denominación. Si un nombre o apellido se hace constar en la denominación y a la par de este se indica "Sociedad Anónima" o "S. A.", queda sobreentendido que terceras personas no malinterpretarán ese nombre pensando que a quien corresponda el nombre o apellido, responderá ilimitada y personalmente y, si acaso hubiera una errónea interpretación de la denominación social, la sociedad estaría exenta de responsabilidad porque ha incluido el apéndice respectivo, tal y como la ley se lo exige.

#### Referencias bibliográficas

Aguilera, Agustín et al.. (1991). Derecho de sociedades anónimas I. La fundación. Madrid: Editorial Civitas, S. A.

Alcázar, E. y Hughes, B. (2007). Diccionario de términos jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Álvarez Luisy Jiménez Miguel. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

CIJUL. "La razón y la denominación social", *Cijul en Línea*, 30 de junio de 2017, http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzA2MQ

Código Civil de Costa Rica. Ley  $N.^{\circ}$  63 del 28 de septiembre de 1887.

Código de Comercio de Costa Rica. Ley N.º 3284 del 24 de abril de 1964.

Espinoza, Ana L. "La sociedad anónima". Derecho comercial costarricense, 13, abril, 2013, http://derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_

admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-\_28\_ noviembre\_1940\_-\_sobre\_denominacion\_ social\_y\_plazos\_de\_nombramiento\_en\_la\_ SA.307102027.pdf

Espinoza, Ana L. "La sociedad anónima". *Derecho comercial costarricense*. 13 de abril de 2013

http://www.derechocomercial-cr.com/ yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_ Casacion\_-\_41-1965\_-\_sobre\_denominacion\_ social\_en\_la\_SA.301102638.pdf

"Ley de Sociedades Comerciales de Argentina. Ley N.º 19.550", 13 de abril de 2013, http://www.cnv.gov.ar/leyesyreg/leyes/19550.htm

Miranda, Luis M. (1997). *Denominación social y nombre comercial*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

Pérez, Víctor. *Derecho privado*. San José. Litografía e Imprenta LIL, S.A. 1994.

Real Academia Española. "Persona", *Diccionario de la lengua española*. 16 de julio de 2016, http://lema.rae.es/drae/?val=persona

Resolución n.º 10176-2011. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cuarenta minutos del cinco de agosto de dos mil once.

#### Notas

- Agustín, Aguilera "et al.". (1991). Derecho de sociedades anónimas I. La fundación. Madrid: Editorial Civitas, S. A., p.
- 3 El Diccionario de la Real Academia Española indica que en el derecho, "persona física" es un "individuo de la especie humana", mientras que la persona jurídica es una "[o]rganización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones". 16 de julio de 2016, http://lema.rae.es/drae/?val=persona
- Luis, Álvarez y Miguel, Jiménez. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, p. 2).
- 30 de junio de 2017, http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzA2MQ
- Luis, Álvarez y Miguel, Jiménez. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, p. 3).
- 7 Art. 17. Código de Comercio. Es mercantil, independientemente de su finalidad: La sociedad en nombre colectivo; b) La sociedad en comandita simple; c)
- La sociedad de responsabilidad limitada y
- d) La sociedad anónima.
- Luis, Álvarez y Miguel, Jiménez. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, pp. 6-7).
- El principio de seguridad jurídica ha sido definido de la siguiente manera por los tribunales constitucionales de nuestro país, en el voto n.º 10176-2011 que explica: "La seguridad jurídica constituye un principio general del Derecho, que también puede conceptualizarse como la garantía de todo individuo, por la cual, tiene la certeza de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente, es decir, representa la garántía de la aplicación objetiva de la ley, en tanto los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de sus bienes le serán respetados; lo cual requiere de ciertas condiciones, tales como la organización judicial, el cuerpo de policía, las leyes, por lo que, desde el punto de vista objetivo, la seguridad jurídica equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública".
- Luis, Álvarez y Miguel, Jiménez. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, p. 31).
- Luis, Álvarez y Miguel, Jiménez. (1997). Problemática en la inscripción de la razón y denominación social, en el Registro Mercantil (parámetros que inciden en su aceptación). (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho.
- Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, pp. 9-10). Luis, Miranda. Denominación social y nombre comercial. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1997), p. 133.
- 13 de abril de 2013, http://www.cnv.gov.ar/leyesyreg/leyes/19550.htm
- 13 de abril de 2013, http://www.cnv.gov.ar/leyesyreg/leyes/19550.htm
- Luis, Miranda. (1997). Denominación social y nombre comercial. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., p. 119.
- 16 http://derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-28\_noviembre\_1940\_-\_sobre\_denominacion\_social\_y\_plazos\_de\_nombramiento\_en\_la\_SA.307102027.pdf
- 17 2013, http://derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-28\_noviembre\_1940\_-\_sobre\_denominacion\_social\_y\_plazos\_de\_nombramiento\_en\_la\_SA.307102027.pdf
- 13 de abril de 2013, http://derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-\_28\_noviembre 1940 - sobre denominación social y plazos de nombramiento en la S.A.307102027.pdf
- 19 13 de abril de 2013, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-41-1965\_-\_ sobre\_denominacion\_social\_en\_la\_S.A.301102638.pdf
- 13 de abril de 2013, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-41-1965\_-\_ sobre\_denominacion\_social\_en\_la\_SA.301102638.pdf
- 13 de abril de 2013, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Sala\_Casacion\_-41-1965\_-\_ sobre\_denominacion\_social\_en\_la\_SA.301102638.pdf
- Víctor, Pérez. (1994). Derecho privado. San José: Litografía e Imprenta LIL, S. A., pp. 95 y 96.
- El Código Civil dispone: "ARTÍCULO 59.- Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad".



### EL DERECHO A LOS PROPIOS ALIMENTOS

Lic.Arcelio Hernández Mussio<sup>1</sup> ahernandezm@abogados.or.cr

#### Resumen

Este artículo analiza el derecho fundamental a la propia subsistencia, a menudo inobservado por los juzgados de pensiones alimentarias, sin darse cuenta de que los mismos derechos que buscan proteger a las personas beneficiarias cobijan también a quienes deben esos alimentos. Los derechos a la vida, salud, vivienda y educación son derechos inherentes a toda persona. Si bien es cierto, la obligación alimentaria tiene título preferente, también es cierto que tiene un límite, y este es el ingreso mínimo vital del alimentante. Es importante que se respete el derecho a los propios alimentos, pues esto hace más eficaz la satisfacción de la obligación alimentaria, en respeto a los derechos fundamentales de todas las partes involucradas.

#### Palabras claves:

Pensión alimentaria / propia subsistencia / retención salarial / embargo /alimentos.

#### **Abstract**

This article examines the fundamental right to subsistence, often disregarded by Family Courts, without realizing that the same rights they seek to protect in beneficiaries also apply to the defendants. The rights to life, health, housing and education are inherent to every person. While it is true that the support obligation has priority, it is also true that it has a limit, which is the minimum income of the defendant. It is important that the right to one's support is respected, because this makes the satisfaction of the support obligation more effective, respecting the fundamental rights of all parties involved.

#### **Keywords:**

Alimony / own support / wage withholding / garnishment / support.

Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de las Américas. Un extracto de su tesis de licenciatura fue publicado por la Editorial Universidad de Costa Rica bajo el título Hacia una Nueva Cultura de Seguridad Vial en el año 2003. Es abogado litigante y Notario Público desde el año 2001. Tiene estudios superiores en California, donde cursó estudios generales y obtuvo un grado de Asociado en Artes en el año 1992. Es traductor e intérprete oficial del idioma inglés y perito para el Poder Judicial desde el año 2000. Ha sido profesor universitario de Derecho de Familia y ha escrito varios libros y artículos científicos en diversas ramas del derecho.

#### Introducción

xiste un derecho fundamental a la propia subsistencia que a menudo es inobservado por los juzgados de pensiones alimentarias, sin darse cuenta de que los mismos valores que buscan proteger a las personas beneficiarias de una pensión alimentaria cobijan también a quienes deben esos alimentos.

Los derechos a la vida, salud, vivienda, educación y a un medioambiente sano y equilibrado son derechos inherentes a toda persona. Aunque parece innecesario decirlo, esto incluye a las personas alimentantes.

No obstante, debido a las interpretaciones erróneas que abundan en la jurisprudencia nacional, es necesario recalcarlo y explicar la razón de ser de la protección al derecho a la propia subsistencia que tiene toda persona obligada a dar alimentos y que el Estado tiene la obligación de respetar.

En relación con el **contenido del concepto de alimentos**, este se determinaba teniendo en cuenta las necesidades del acreedor alimentista y las posibilidades económicas de la parte alimentante; pero, en términos generales, acabó por englobar **todo lo necesario para la vida y la subsistencia del titular del derecho**: comida, bebida, vestido, calzado, alojamiento, educación, tratamiento médico y medicamentos.

Desde los primeros momentos en los que al parecer los juristas reflejaban la idea de nutrir, sustentar y suministrar víveres, se va asumiendo en general una extensión de su contenido: alojamiento, cama, vestido, calzado, entre otros. La obligación del padre respecto a los hijos e hijas deriva, originariamente, de la patria potestad y dentro del marco de los deberes éticos.

Según parte de la doctrina, la prestación de alimentos en sentido estricto comienza a esbozarse con Antonino Pío (138-161), quien le presta cierta atención en algunos rescriptos y no

parece tomar la forma adecuada hasta la serie de normas concernientes a esta materia bajo el principado de Marco Aurelio (161-180).<sup>2</sup>

Pero, más modernamente, y al tenor del artículo 35 del Código de Familia, la esposa tiene también la obligación de dar alimentos "en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios".

#### Desarrollo

El reto más difícil de superar a la hora de hacer efectivo el derecho a los propios alimentos radica en que se ha venido interpretando que, al haber un choque entre iguales derechos, debe prevalecer el derecho de la persona beneficiaria de los alimentos cuando es una persona menor de edad.

Sin embargo, esto no es más que una mala interpretación del principio del mejor interés de la persona menor, a veces mal traducido como el "interés superior del niño o de la niña", porque el mejor interés de la persona menor es ser efectivamente alimentada, y esto no se logra cuando el alimentante no puede satisfacer sus propias necesidades básicas, ya que al final termina privado de libertad, por apremio corporal o acorralado al punto de huir del alcance de la jurisdicción en la que debe alimentos. <sup>3</sup>

A menudo, la vida del alimentante se convierte en un verdadero infierno en el que debe vivir bajo una tensión extrema y constante, debido a la dificultad o imposibilidad de cubrir los alimentos de otras personas sin desatender sus propias necesidades básicas. En algunos casos extremos, el alimentante ha optado por quitarse la vida ante la falta de respuesta por parte del Estado a su reclamo por el respeto a sus propios alimentos. En todos los casos, es evidente que no se tutela el mejor interés de la persona menor de edad cuando al alimentante se le deniega el derecho a la propia subsistencia, ya que, en esos casos, los alimentos no llegan al beneficiario y, por el contrario, hay un gasto enorme para el Estado, ya que tiene que

dar bonos y otras ayudas a las familias que no tienen un sustento, y, por otro lado, tiene que gastar en la custodia de quienes son apremiados, con un costo que anda en alrededor de 900 000 colones mensuales por cada uno, muchas veces es un monto que supera hasta en diez veces el monto de la cuota fijada.

Esto quiere decir que algunas frases usadas por la judicatura, tales como "el interés superior del niño o de la niña", a la larga se convierten en una muletilla que más bien sirve para vulnerar la efectiva prestación de la obligación alimentaria, cuando quienes están encargados de impartir justicia no comprenden la *ratio juris* de la norma que tutela el derecho a los propios alimentos.

Así, tenemos una gran cantidad de decisiones judiciales que recurren a frases vacías y argumentos como el siguiente, al denegar el derecho a los propios alimentos del alimentante:

La obligación de dar alimentos tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que, con su satisfacción, se le garantiza al acreedor alimentario, el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, dentro de los cuales se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación, de modo tal que la fijación de una pensión alimentaria, responde a la protección de valores constitucionales y de derechos humanos, que obligan a su pago, inclusive mediante el apremio corporal. De igual manera, no puede perderse de vista que en esta materia también prevalece el interés superior del menor, que para el caso concreto es el derecho de las personas menores de edad a los alimentos. (Res. 2017014315 de las nueve horas treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil diecisiete, Sala Constitucional).

Como se puede observar con facilidad, este tipo de razonamiento es totalmente contradictorio, pues en realidad no existe tal satisfacción de la obligación de dar alimentos para la persona beneficiaria cuando se deniega al alimentante el derecho a sus propios alimentos y encima se le apremia, sin un debido proceso, privándole de su libertad y de su derecho a procurarse sus alimentos por medio del trabajo cuando se ve imposibilitado a depositar la totalidad de la cuota, sin desatender sus propias necesidades básicas.

El artículo 173, inciso 1 del Código de Familia indica que no hay oblación de dar alimentos en la medida en que afecte este derecho a la propia subsistencia.

En el derecho comparado, el **Tribunal Supremo** español se ha pronunciado en al menos dos ocasiones en tiempos recientes en relación con la fijación de la pensión de alimentos en el mínimo vital (de 150 a 200 euros). En la sentencia del **12 de febrero de 2015**, ese máximo órgano jurisdiccional sostuvo que "En casos de penuria económica del padre, lo normal será reducir la pensión a un mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles del menor, y sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, podrá acordarse la suspensión de la obligación".

Ese caso en particular era un supuesto en el que sucedían las siguientes circunstancias: el padre tenía cubiertas sus necesidades de vivienda y percibía un subsidio por desempleo que, a pesar de escaso (426 euros) y gravado (por incumplir sus obligaciones alimentarias), no suponía carencia total de ingresos.

No obstante, en el caso que se analizó poco tiempo después, en su sentencia del 2 de marzo de 2015, el demandado no recibía ningún tipo de ayuda pública ni tenía ingresos. El obligado alimentario presentó una solicitud para que se acordara la suspensión de la obligación hasta tanto pudiera percibir algún tipo de ingresos. Esa solicitud fue desestimada por el juzgado.

Tras el recurso de apelación, la Sección Quinta de la AP de Cádiz dictó la sentencia el 16 de diciembre de 2013, en la cual se ordenó suspender temporalmente la pensión alimentaria hasta que el padre obtuviera ingresos por un trabajo remunerado; es decir, cuando fuera beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o cualesquiera otras prestaciones, momento en el que volverá a reanudarse la pensión alimentaria establecida. La actora presentó un recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, el cual dispuso lo siguiente:

Ocurre así en este caso -carácter muy excepcional- en atención a los datos que valora la sentencia recurrida. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa

"Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres".4

Además, en Perú, por ejemplo, los ingresos del obligado alimentario se pueden afectar hasta un máximo de un 60%. Esto, si bien representa un porcentaje elevado, al menos asegura el respeto a la propia subsistencia de la persona obligada a dar alimentos.

Ahora bien, el derecho a los alimentos no significa que el Estado tenga la obligación de distribuir alimentos a toda su ciudadanía, sino más bien supone la obligación estatal de no interferir con los esfuerzos del individuo por ganarse el sustento y tener una vida digna. Además, el Estado debe proteger a su pueblo de que otras personas infrinjan esos derechos. Por otra parte, la obligación del Estado también implica facilitar el derecho a los alimentos mediante la creación de oportunidades educativas y laborales para procurar ese sustento.<sup>5</sup>

Toda forma de discriminación que impida asegurar el acceso a los alimentos o disponer de los medios de alcanzarlo, por motivos de raza, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, condición patrimonial, de nacimiento o de otro tipo implica una violación al derecho a los propios alimentos. De allí surje la importancia de que quienes juzgan en esta materia resuelvan los conflictos que se les presenta haciendo una correcta aplicación

del sistema de la sana crítica racional. Debe analizarse la prueba en un proceso de alimentos, ya sea de fijación o de aumento o rebajo, bajo el sistema de la sana crítica racional, el cual está integrado por las reglas de la experiencia común, la psicología y la lógica, de forma tal que el juez o la jueza tiene la obligación de valorar la prueba con base en estos elementos, con el propósito de dar una debida fundamentación respecto de la decisión que toma.

En el caso de Costa Rica, existe una limitación al embargo de salarios, contenida en el artículo 172 del Código de Trabajo, un 50% del salario es intocable, en respeto a la dignidad de la persona asalariada que debe alimentos. Esta persona debe quedar, luego de los descuentos que puedan hacerse a su salario, en capacidad de proveerse sus propios alimentos.

No obstante, hay un problema en la práctica judicial que interpreta que esa limitación no cubre el concepto de "retención salarial" que la Ley de Pensiones Alimentarias contempla y, entonces, tenemos que en la práctica hay casos en que se violentan los derechos fundamentales de las personas obligadas a dar alimentos al privárseles del derecho a su propia subsistencia. En realidad, se trata de un tecnicismo que, en nuestro criterio, no justifica que se afecte más que ese límite que permite la propia subsistencia, en respeto a la dignidad humana.

Se podría pensar en casos excepcionales cuando una persona obligada tiene muchos hijos y no provee para ellos, porque sus ingresos no le alcanzan. Indudablemente, habrá casos en que el Estado deberá brindar ayuda, como lo viene haciendo por medio del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS) y otros programas gubernamentales, pues también el Estado tiene una responsabilidad en cuanto a políticas que permitan combatir situaciones de extrema pobreza.

También el Estado tiene la responsabilidad de promover una paternidad responsable. No por ello el Estado debe desmotivar a sus habitantes de tener hijos e hijas por medio de políticas que nieguen la dignidad humana de los y las alimentantes al hacer imposible la propia subsistencia, ni debe desmotivar que las familias tengan descendencia, porque la tasa de natalidad tiene una relación directa con el sostenimiento de toda economía y puede afectar de manera muy importante temas sociales muy sensibles, tales como los regímenes de pensiones.

En Costa Rica, se puede observar que la tasa de natalidad viene en una constante disminución. Así, tenemos que, en 1960, la tasa era de 7,31 por mujer, pero ya en 1972, la tasa baja a un 4,49; en 1984 a un 3,49; en 1994 a un 2,84; y en el 2012 a un 1,81. De esta manera, este país ya está por debajo de la tasa de reposición poblacional, con los peligros que ello implica sobre la economía nacional. <sup>6</sup>

El derecho a la propia subsistencia mediante los ingresos de un trabajo digno se encuentra consagrado también en la Constitución Política, en el artículo 56:

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta, útil y debidamente remunerada. Artículo 57:.. todo trabajador tendrá derecho a una salario mínimo que le procure bienestar y existencia digna.

El artículo 173, inciso 1) del Código de Familia establece que:

No existirá la obligación de proporcionar alimentos: Cuando el deudor no pueda suministrarlos sin desatender sus necesidades alimentarias o sin faltar a la misma obligación de alimentos para con otras personas que, respecto de él tengan título preferente.

La lógica de esta norma, se insiste, radica en que para elegir a una persona con el fin de que le dé alimentos a otra, esa persona debe primero estar en capacidad de suplir su propia necesidad alimentaria, la cual tiene una preferencia sobre cualquier otra. Es decir, para poder darle alimentos a su prole, un padre o una madre debe estar en capacidad de mantener una parte de su salario suficiente para comprar sus propios alimentos. Esa es la protección que se tutela al prohibir embargos o descuentos salariales mayores a un cincuenta por ciento del monto neto del salario, como veremos a continuación.

Desde la constitución de la OIT, en 1919, esta organización ha promulgado una serie de principios generales que las legislaciones laborales de cada país deben cumplir, los cuales pueden adaptarse y diferir en cada caso, pero respetando los principios universales establecidos en los convenios internacionales. Estos principios promueven la paz social por medio del pago adecuado de ingresos.

Convenios internacionales: Entre los métodos y los principios que figuraban en la lista y que se consideraban adecuados para orientar la política de los Estados miembros, se encontraban "el pago al empleado de un salario adecuado para mantener un razonable nivel de vida, tal y como ello se concibe en su tiempo y país" y medidas destinadas a garantizar a todas las personas una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan un empleo así como aspectos, tales como los "descuentos salariales, el embargo de los salarios o las garantías salariales, en caso de quiebra".

Con este fin, es necesario que la persona que labora reciba normalmente su salario en efectivo para que pueda gastarlo como desee, que se le pague regularmente y a intervalos lo suficientemente cortos para que pueda vivir de sus ingresos más bien que sobre una base de crédito, "que se le proteja contra todo descuento injusto o arbitrario de sus ganancias nominales".

Directrices para la protección de los salarios: Para lograr los objetivos de paz y bienestar social, se promulga el *Convenio sobre la protección del*  *salario, 1949 (núm. 95).* Este convenio establece lo siguiente:

Embargo y cesión de los salarios: El Convenio (artículo 10) dispone que el salario "no pueda embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación o la reglamentación nacional". Estipula también que el salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión, en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia. El fundamento de esta disposición es similar al relativo a los descuentos, es decir, debe existir una proporción del salario del trabajador que sea absolutamente esencial para su propio mantenimiento y el de su familia y debe ser, por esta razón, inmune al embargo o a la incautación.

El Convenio CO95 OIT indica en su artículo décimo lo siguiente:<sup>7</sup>

# Artículo 10 (Convenio sobre la protección al salario)

- 1. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional.
- 2. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

El Código de Trabajo en atención a estos convenios internacionales tiene un capítulo dedicado a la protección del salario: "CAPÍTULO CUARTO Del salario y de las medidas que lo protegen". Allí encontramos los siguientes artículos de interés:

ARTÍCULO 171.- El salario se pagará directamente al trabajador o a la persona de su familia que él indique por escrito, una vez hechas las deducciones y retenciones autorizadas por el presente Código y sus leyes conexas.

ARTÍCULO 172.- "[...] Sin embargo, todo salario será embargable hasta en un cincuenta por ciento como pensión alimenticia. Por salario se entenderá la suma líquida que corresponda a quien lo devengue una vez deducidas las cuotas obligatorias que le correspondan pagar por ley al trabajador. Para los efectos de este artículo las dietas se consideran salario. Aunque se tratare de causas diferentes, no podrá embargarse respecto a un mismo sueldo sino únicamente la parte que fuere embargable conforme a las presentes disposiciones.

No solo el salario como tal se encuentra protegido de deducciones excesivas. Todas las prestaciones laborales también lo están a saber:

ARTÍCULO 253.- Las prestaciones médico-sanitarias de rehabilitación y en dinero que otorga el presente Código no podrán renunciarse, transarse, cederse, compensarse, ni gravarse, ni serán susceptibles de embargo, salvo las prestaciones en dinero, en un 50%, por concepto de pensión alimenticia. Para este efecto, los tribunales denegarán de plano toda reclamación que en ese sentido se plantee.

ARTÍCULO 30.- El preaviso y el auxilio de cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes: a) El importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, ni podrá ser embargado, salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias.

En cuanto a subsidios laborales por diferentes condiciones (vejez, incapacidad, entre otros) el Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte indica en su artículo 43 lo siguiente:

Sobre el monto de las pensiones otorgadas a favor de los asegurados, o de sus beneficiarios,

solamente se harán las deducciones permitidas por la ley y por el artículo precedente. Con excepción de lo anterior, las prestaciones en dinero otorgadas por este Seguro, no pueden ser cedidas, compensadas gravadas ni embargadas por ningún concepto.

Las pensiones por vejez y los subsidios por enfermedad solamente podrán ser deducidas por los errores o delitos tipificados en el artículo 42: "La Caja podrá modificar las pensiones si se comprobara que éstas fueron asignadas contraviniendo disposiciones legales o reglamentarias, o que hubo errores de cálculo o falsedad en los datos".

Para todo efecto práctico, el término "retención" de la Ley de Pensiones Alimentarias cae dentro de la categoría de "deducciones, descuentos, rebajos, embargos, confiscaciones, entre otros" que encontramos en el citado Convenio de la OIT en el sentido de que todas impiden a la persona que labora disponer libremente de sus ingresos y deben ser reguladas según la legislación.

#### Conclusiones

Se ha observado que toda la legislación tanto nacional como internacional establece la protección de un monto mínimo de salario para que tanto la persona que labora como su familia puedan vivir dignamente.

Si bien es cierto, la obligación alimentaria tiene título preferente, también es cierto que tiene un límite y este es el ingreso mínimo vital del alimentante. Los subsidios por enfermedad, incapacidad y vejez no son embargables, pues ambos (pensión alimentaria y pensión por vejez, incapacidad o subsidio por enfermedad) son subsidios para personas en condición de vulnerabilidad y no pueden establecerse preferencias, pues todos tienen igual importancia para poder sufragar sus necesidades básicas, derecho que tiene todo ser humano.

A pesar de ello, hemos visto resoluciones de juzgados de pensiones alimentarias que desconocían este derecho fundamental del alimentante, aun en casos en que la persona beneficiaria no era menor de edad.<sup>8</sup>

Es importante que en Costa Rica se respete el derecho a los propios alimentos, pues como se ha expuesto líneas atrás, esto hace más eficaz la satisfacción de la obligación alimentaria, en respeto a los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en un conflicto de esta naturaleza.

#### Referencias bibliográficas

ALBURQUERQUE SACRISTÁN, Juan Miguel Revista General de Derecho Romano, ISSN-e 1697-3046, N°. 8, 2007. Resumen citado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2313457

https://as.com/futbol/2002/11/01/mas\_futbol/1036105213\_850215.html

http://www.lexfamily.eu/tribunal-supremo-siel-padre-no-tiene-ingresos-no-puede-fijarse-elminimo-vital/

http://www.fao.org/FOCUS/s/rightfood/right1.htm En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996, dirigentes de 185 países y de la Comunidad Europea reafirmaron, en la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, "el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en

consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre.

http://www.datosmacro.com/demografia/natalidad/costa-rica, citado en Revista Judicial, Costa Rica, Nº 115, marzo, 2015, en el artículo **Familia, Natalidad y Políticas Públicas**, Lic. Arcelio Hernández Mussio.

Código de Familia N. 5476 del 2 de diciembre de 1973. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 5 de febrero de 1974.

Constitución Política de la República de Costa Rica: con historia y anotada por Odilón Méndez Ramírez -- 1ª edición-- San José, Costa Rica, 2009. Editorial Juritexto.

Ley de Pensiones Alimentarias N. 7654 del 19 de diciembre de 1996. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 23 de enero de 1997.

#### Notas

- 2 Alburquerque Sacristán, Juan Miguel. (2007). "Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano". Revista General de Derecho Romano, volumen n.º 8, . Resumen citado en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codi-go=2313457
- 3 Octubre 23, 2017, https://as.com/futbol/2002/11/01/mas\_futbol/1036105213\_850215.html
- 4 Octubre 23, 2017, http://www.lexfamily.eu/tribunal-supremo-si-el-padre-no-tiene-ingresos-no-puede-fijarse-el-mini-mo-vital/
- En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996, dirigentes de 185 países y de la Comunidad Europea reafirmaron, en la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, "el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre". Citado en octubre 23, 2017, http://www.fao.org/FOCUS/s/rightfood/right1.htm
- 6 Octubre 23, 2017, datosmacro.com/demografia/ natalidad/costa-rica, citado en Hernández Mussio Arcelio. Familia, natalidad y políticas públicas. (2015). Revista Judicial, Costa Rica, n.º 115, marzo.
- 7 Convenio relativo a la protección del salario, 1949 (número 95, entrada en vigor: 24 septiembre 1952, en Costa Rica desde el 2 de junio de 1960) Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). Según citado en la web oficial de la OIT: octubre 23, 2017, http://www.ilo.org
- Ver, por ejemplo, la resolución de las once horas con veinte minutos del siete de abril de dos mil diecisiete del Juzgado de Pensiones Alimentarias de Escazú, la cual ordenó la "retención del salario" del alimentante, por la suma de 100 000 colones para su cónyuge, y el oficio fue dirigido a la Gerencia de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social. Sin embargo, el demandado no laboraba para dicha institución, lo que tenía era una pensión de la CCSS por vejez por la suma de 130 000 colones.

# ANÁLISIS CON RESPECTO A LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL MATRIMONIO CIVIL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COSTA RICA

Ms.C Francisco Lemus Víquez<sup>1</sup> jlemusv30@gmail.com

#### **RESUMEN**

Estudio crítico sobre el fundamento constitucional del matrimonio y el impedimento legal a las personas homosexuales de casarse. Se concluye que dicha imposibilidad es inconstitucional por discriminatoria, ya que se basa en un criterio de exclusión por mera orientación sexual, lo cual es insostenible de conformidad con el derecho de la Constitución.

#### PALABRAS CLAVE

Familia, matrimonio, parejas del mismo sexo, igualdad y no discriminación por orientación sexual, libertad y libre desarrollo de la personalidad.

#### **ABSTRACT**

Critical study on the Constitutional foundation of marriage and the legal impediment to homosexual marriage. It is concluded that this impossibility is unconstitutional because of discrimination, since it is based on a criterion of exclusion on the grounds of mere sexual orientation, which is untenable under Constitutional Law.

#### **KEYWORDS**

Family; marriage; same-sex couples; equality and non-discrimination

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Principios de igualdad ante la ley y no discriminación por orientación sexual, dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad. III. Derecho fundamental y garantía social a la familia. IV. Derecho fundamental y garantía social al matrimonio. V. Conclusiones. Bibliografía.

Licenciado en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (2006); máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España (2016); máster en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia (2017). He fungido como docente en diferentes universidades privadas del país, en cursos de Introducción al Derecho y Procesal Penal. Desde el 2001 trabajo en el Poder Judicial, actualmente me desempeño como Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

#### I.- Introducción

n nuestro país, las parejas de igual sexo tienen impedimento legal de fundar una familia por vínculo de matrimonio, situación que la Sala Constitucional interpretó que no era discriminatoria ni inconstitucional en precedente número 7262-2006, de las 14:46 horas, del 23 de mayo de 2006.

No obstante, el debate político y jurídico sobre la legitimidad de dicha restricción continúa. Al respecto, desde el 2006, se tramitan en la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley, bajo expedientes n.º 16.390 y n.º 17.668, con el fin de regular las "sociedades de convivencia entre personas del mismo sexo".

Asimismo, en la resolución de las 15:39 horas, del 10 de febrero de 2016, la Sala Constitucional admitió para estudio de fondo dos acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 14, inciso 6, del Código de Familia, el cual imposibilita el matrimonio homosexual. Sin embargo, ni los legisladores ni los magistrados se han ocupado por resolver el asunto.

De cara al tema, el propósito de este artículo de investigación es determinar si el precepto legal que imposibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a la Constitución o no; es decir, si se basa en una diferenciación de trato ante la ley legítima o constituye un trato discriminatorio por orientación sexual.

# II.- Igualdad ante la ley y no discriminación por orientación sexual, dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad

Tal y como se adelantó, el objetivo central de este trabajo es determinar si la diferenciación de trato ante la ley para impedir a las personas homosexuales casarse se basa en razones jurídicas justificadas o no.

Así, en primer término, resulta pertinente analizar las normas y los principios fundamentales involucrados, como son el de igualdad ante la ley y no discriminación, de dignidad humana, libertad y libre desarrollo de la personalidad; en segundo término, el régimen constitucional costarricense sobre la familia y el matrimonio civil, y finalmente, averiguar si el impedimento a parejas de un mismo sexo de contraer matrimonio es conforme con la Constitución o, por el contrario, si es inconstitucional.

a) Principio de igualdad ante la ley y no discriminación: La Constitución Política en el título IV, Capítulo I, sobre Derechos y garantías individuales, artículo 33, establece: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". En similar sentido, se pueden consultar los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El principio de igualdad no solo permea todo el ordenamiento jurídico, sino también se configura como un auténtico derecho subjetivo, en relación con la regulación, ejecución o aplicación de una norma, posibilitando el pleno ejercicio de otros derechos. El derecho a la igualdad consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho. Sin embargo, no excluye que los poderes públicos puedan otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas. En resumen, lo que el principio de igualdad prohíbe es la diferencia de trato arbitrario (Hernández, 2015, pp. 150-151).

A través de su jurisprudencia vinculante, la Sala Constitucional ha sentado que la igualdad ante la ley implica un trato por igual a quienes se encuentren en iguales condiciones, y desigual a quienes se encuentren en desiguales condiciones, y la distinción esté provista de una justificación objetiva y razonable. Véanse, entre otras, las

resoluciones números 00316-1993, 4883-1997, 5797-1998.

Del numeral 33 constitucional, también se desprende el subprincipio de no discriminación, según el cual, toda diferenciación de trato contrapuesta a la dignidad humana está prohibida. Es decir, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, según preceptúan los numerales 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de aplicación directa al tenor de los ordinales 7 y 48 de la Constitución.

b) Dignidad humana y prohibición de discriminación por orientación sexual. La dignidad es un valor superior del ordenamiento jurídico, fuente de los derechos y libertades fundamentales que le son inviolables, inherentes e irrenunciables, en igual mérito para todas las personas (Martínez, 2008, pp. 106-108).

Sobre el tema, en diversas ocasiones, la Sala Constitucional se ha pronunciado respecto a que todo trato desigual ante la ley, por motivo de orientación sexual, es ilegítimo y, por ende, violatorio de la dignidad humana, ya que las personas tienen, *per se*, igual dignidad con independencia de su identidad o preferencia sexual. Así mediante la resolución n.º 10404, de las 16:00 horas del 31 de julio de 2013, la Sala señaló:

IV.- Sobre la discriminación sexual. [...] Nuestra Constitución Política dispone en el artículo 33 que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, lo que evidentemente incluye la discriminación por la orientación sexual de la persona (cuestión expresamente recogida por el numeral 4.h de la Ley General de la Persona Joven).

Al respecto, véanse también las resoluciones números 08724, de las 9:18 horas, del 1 de julio

de 2011; 18660-2007 de las 11:17 horas, del 21 de diciembre de 2007. En cuanto al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad sexual, cambio o reasignación de sexo de las personas transexuales, se pueden consultar las resoluciones números 7128-2007 y 16877-2009.

Igualmente, en el caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, mediante la sentencia dictada el 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue tajante, respecto a que la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante de distinción de trato ante la ley. En lo conducente, indicó:

[...] la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

#### La sentencia citada aclara además que:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

Por último, establece categóricamente que:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

Finalmente, es relevante destacar que, mediante la promulgación de la Ley N.º 9155 del 2 de julio de 2013, se reformó la Ley General de la Persona Joven, N.º 8261, modificando el artículo 4, inciso h), en el sentido de prohibir toda discriminación por orientación sexual, y adicionó un inciso m), en el cual se reconocía el derecho a las personas adultas jóvenes de conformar uniones de convivencia, según el Código de Familia.

c) Derecho de libertad y libre desarrollo de la personalidad sin distingo de orientación sexual. El derecho al libre desarrollo a la personalidad comprende el derecho a la libre actuación del individuo, es, por lo tanto, una concreción del derecho de libertad, y solo podrá limitarse cuando dicha injerencia esté justificada a favor de valores y principios constitucionales (Martínez, 2008, pp. 113-115).

El artículo 28 de la Constitución preceptúa el régimen o sistema de libertad individual. Dispone en lo conducente:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

Al respecto, la Sala Constitucional ha interpretado que de este principio de libertad se derivan tres valores fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico:

[...] a) el principio de libertad que en su vertiente positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción, incluso, de la ley [...]. Se pueden consultar también las resoluciones números 4569-1998, 11154-2007 y 16099-2008.

En cuanto a las limitaciones o restricciones a los derechos de libertad, la Sala Constitucional ha considerado que son injustas cuando se fundan en forma exclusiva en la identidad sexual, pues con ello se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual comprende la libre autodeterminación de la orientación sexual, elemento esencial de la dignidad humana.

Al respecto, en la resolución n.º 10404 de las 16:00 horas, del 31 de julio de 2013, la Sala declaró inconstitucionales los artículos 98, inciso 6) y 102, inciso e) del Código Penal, los cuales contemplaban como supuesto para imponer una medida de seguridad, la mera práctica de actos homosexuales. En dicho pronunciamiento, la Sala determinó que la homosexualidad constituía una orientación sexual tan digna y aceptable como la heterosexualidad, y que según informes de la Organización Mundial de la Salud, no era una

enfermedad mental que debía curarse mediante tratamiento. En lo que interesa, el precedente indicado señaló:

VI.- [...] Ahora bien, lo cierto es que el 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud eliminó de la Clasificación Internacional de Enfermedades a la homosexualidad, que con anterioridad era considerada como una enfermedad mental. Se reconoció que la orientación sexual no se elige y que no existe un mecanismo científico reconocido para promover la preferencia homosexual. [...] Con base en lo expuesto, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resulta del todo improcedente que nuestro ordenamiento jurídico penal autorice la imposición de una medida de seguridad a una persona por la sola condición de ser homosexual, toda vez que a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento. [...] De manera que actualmente la opinión científica mayoritaria no solo ha descartado que la homosexualidad sea una enfermedad, sino que a través de instrumentos internacionales como los citados, se ha promovido el derecho a la orientación sexual de la persona como parte de su desarrollo de la personalidad, identidad y dignidad, y se ha convocado a los Estados a erradicar cualquier forma o práctica que produzca la discriminación en este sentido. (Lo resaltado en negrita no está así en el original).

Históricamente los gays y las lesbianas han sido un grupo desventajado o minoría perseguida. Por ejemplo, en nuestro país, el Código Penal de 1924, en el artículo 317, tipificaba como delito la sodomía y lo castigaba con cárcel. Más adelante, si bien es cierto esto se reforma, no obstante, perdura en el ordinal, 380, inciso 15 del Código Penal como una contravención contra las buenas costumbres (inmoral), y no es sino hasta fecha reciente, con la promulgación de la Ley N.º 8250 del 2 de mayo de 2012, cuando se deroga en forma definitiva.

Es decir, durante mucho tiempo, en nuestro país, los actos homosexuales fueron calificados como acciones privadas contrarias a la moral social y el orden público, delito, contravención o enfermedad psíquica. Sin embargo, en la actualidad y a la luz de la jurisprudencia constitucional, así como de la Corte IDH, los homosexuales no pueden ser inquietados ni perseguidos por ley ni privárseles de derechos fundamentales por su mera preferencia sexual, pues por ese motivo no se afectan el orden público, las buenas costumbres ni se perjudica a terceras personas.

En otro orden, es importante indicar que, en el ámbito internacional europeo, también se ha reconocido la orientación sexual como un derecho intrínseco de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En una primera etapa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la vida privada de las personas homosexuales, declarando contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, las legislaciones que penalizaban la sodomía, caso Dudgeon, STEDH del 22 de octubre de 1981; caso Norris STEDH del 26 de octubre de 1988. En una segunda parte, el Tribunal fue más allá, admitiendo la orientación sexual como causa prohibida de discriminación, sentencia Salguero Da Silva Mouta, del 21 de diciembre de 1999, asunto Kramer del 24 de julio de 2003. (Martín, 2008, pp. 94-98).

En conclusión, el derecho de la Constitución reconoce y protege la igualdad y no discriminación, la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, con independencia de la orientación sexual del individuo. Por consiguiente, es prohibida toda distinción de trato ante la ley, privación o restricción de un derecho o libertad fundamental, basada de manera exclusiva en la orientación sexual.

# III.- Derecho fundamental y garantía social a la familia

La Constitución Política en el título V, Capítulo Único, sobre Derechos y garantías sociales,

artículo 51, establece: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

Con similar redacción, se hallan los artículos 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.

En cuanto al concepto y tipos de familia, en la resolución número 1125-2007, la Sala Constitucional estableció que era un elemento natural y fundamento de la sociedad. A diferencia del matrimonio, como bien se indica: "[...] ni se trata de un acto necesariamente jurídico en su origen, ni la relación familiar se mantiene en base a un vínculo jurídico sino como una situación de hecho por parte de sus miembros". (Martínez, 2008, p. 148).

La Sala reconoció dos clases de familia: a) extensa, compleja o patriarcal, unida por lazos de consanguinidad, verbigracia: tíos, primos, abuelos, sobrinos; y b) nuclear, constituida por matrimonio, con hijos o sin ellos, uniones convivencia extramatrimoniales, descendencia o sin ella, grupos monoparentales, padre o madre que vivía solo con su hijo, a causa de viudez, divorcio o soltería. En similar sentido, se hallan las resoluciones 15171-2011, 5594-2012. La diversidad de la familia y su igual protección jurídica encuentran fundamento también en el artículo 1 Constitucional, según el cual: "Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural". Por tanto, el derecho a la familia abarca la coexistencia de múltiples planes o proyectos de vida, y la no imposición de un pensamiento único para todas las personas. Desde el pluralismo cultural, pueden figurarse,

de manera enunciativa, las siguientes clases de familia:

a) dos persona de distinto sexo unidas en matrimonio por la ley civil con o sin hijos; b) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos; c) dos persona de igual sexo unidas en matrimonio por la ley civil con o sin hijos; d) dos personas de igual sexo que conviven con o sin hijos; e) dos personas de distinto sexo que conviven con o sin hijos; f) dos o más parientes consanguíneos o afines, convivan o no; g) una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado; h) el progenitor y sus hijos con los que no convive tras haberse separado o divorciado; i) una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre; j) dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno o ambos. (Domínguez, 2010, p. 50).

Asimismo, mediante la resolución número 2001-07521, de las 14:54 horas del 01 de agosto del 2001, la Sala señaló que el concepto de familia era amplio y no restrictivo, abarcaba tanto la familia de derecho constituida por matrimonio, como la familia de hecho equiparable. La misma protección que el Estado otorgaba a la familia, la debía también conceder a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. En similar sentido, se hallan la resoluciones números 1975-1994, 1155-1994, 1465-2001.

Con relación a la tutela constitucional de la familia, sin diferenciación por motivos personales o sociales, en las resoluciones de la Sala Constitucional, números 1151-1994 y 1486-2002, se indicó que aquella era una institución jurídica y social autónoma e independiente del matrimonio, cuya finalidad esencial era facilitar a sus miembros el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y la promoción de los valores consagrados en la Constitución, principalmente, de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Desde esta óptica, se impone la intervención del Estado para brindar protección

legal y hacer efectivo el vínculo de la vida familiar. (Martínez, 2008, p. 145).

Por otra parte, en el caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, la Corte IDH estableció que existía un derecho humano a la vida privada y familiar, y que el concepto de familia no era uniforme o cerrado, sino abierto, y por consiguiente, el Estado tenía interdicción de intervenir en forma arbitraria.

Con base en ello, en el caso bajo estudio, la Corte IDH resolvió que negarle a una madre la patria potestad de su hija, por ser lesbiana y convivir con su pareja, era violatorio del principio y el derecho humano a la igualdad y no discriminación por orientación sexual. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo igual tesitura, en la sentencia del 21 de diciembre de 1999, caso Salguero Da Silva Mouta contra Portugal.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, la familia es un elemento natural y fundamento de la sociedad. La familia no es solo aquella conformada mediante el matrimonio, sino que abarca, como bien se afirma: "[...] cualquier unidad convivencial iniciada entre dos adultos con o sin descendencia o de, al menos un adulto, con descendencia". (Martínez, 2008, p. 157). Es un concepto histórico dinámico, según las circunstancias de cada época y lugar.

En virtud de su relevancia para el desarrollo de la persona y el colectivo, el Estado la instituye, garantizando su protección jurídica en igual dignidad sin discriminación para todas las personas. Por tanto, existe un derecho fundamental humano a formar una familia y obtener tutela legal, sin que pueda excluirse a determinado grupo de sujetos, por su sola orientación sexual.

## IV.- Derecho fundamental y garantía social al matrimonio

La Constitución Política en el título V, capítulo único, sobre Derechos y garantías sociales,

artículo 52, establece: "El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17.2 señala: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2 dispone: "[...] Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello".

La institución del matrimonio tiene por objeto garantizar su carácter de derecho de la esfera personal del individuo, íntimamente ligado a otros derechos constitucionales como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la vida privada y familiar. En consecuencia, su privación a un determinado grupo de personas, solo sería factible si es razonable y proporcional para obtener un beneficio constitucional mayor. (Martínez, 2008, p. 127).

Sobre el matrimonio, la jurisprudencia *erga omnes* de la Sala Constitucional ha desarrollado que ha sido la base esencial de la familia y ha tenido por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Véase al respecto, la resolución 7517 de las 14:50 horas, del 1 de agosto de 2001. Asimismo, ha señalado que el matrimonio es un derecho y una libertad fundamental, y solo puede limitarse de forma razonable por ley, si resulta necesario, idóneo y proporcional para proteger

fines de rango constitucional. Véanse al respecto, resoluciones números 16976-2008, 18965-2010, 16099-2008.

Con relación al impedimento legal a las personas homosexuales para unirse en matrimonio, en la resolución número 7262, de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, la Sala Constitucional estableció que tal restricción era conforme con la Constitución y no existía discriminación. A continuación, se presenta un extracto de las razones emitidas:

IX.- [...] De acuerdo con el análisis realizado, la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política, toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato. En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales, según se explicó. A pesar de lo dicho en el considerando III de esta sentencia en cuanto a la naturaleza y evolución histórica del matrimonio (que permite llegar a la conclusión contraria a las pretensiones del accionante), esta Sala descarta que haya impedimento de alguna naturaleza para la existencia de uniones homosexuales. [...] Estamos, entonces, en presencia de un escenario de lege ferenda, pero ni por asomo de una omisión ilegítima del Estado. [...] Ante esta situación, este Tribunal considera que es el legislador derivado el que debe plantearse la necesidad de regular, de la manera que estime conveniente, los vínculos o derechos que se deriven de este tipo de uniones, lo cual evidentemente requiere de todo un desarrollo normativo en el que se establezcan los derechos y obligaciones de este tipo de parejas, a las cuales, por razones obvias, no se les puede aplicar el marco jurídico que el constituyente derivado organizó para el tratamiento de las parejas heterosexuales. En similar sentido, se halla la resolución número 9765-2011, de las 15:13 horas del 27 de julio de 2011.

Análisis crítico. Según el pronunciamiento de la Sala, el matrimonio en el derecho constitucional costarricense está reservado exclusivamente a las parejas heterosexuales. La heterosexualidad es así una característica esencial del matrimonio. Por tanto, el impedimento legal a las personas homosexuales de casarse es consecuente con la Constitución y no existen roces de inconstitucionalidad. No se violenta el derecho a la igualdad y no discriminación, porque las personas homosexuales se encuentran en una situación de "naturaleza" distinta, y por ende, puede dárseles un trato diferente. Tampoco se quebranta su libertad, puesto que no se les niega que mantengan uniones de convivencia.

De previo, es importante indicar que la propia Sala Constitucional ha establecido que debían interpretarse las normas y los principios constitucionales no solo al tenor de su letra o enunciado gramatical, sino también, de forma sistemática, finalista, institucional e histórico-evolutiva. Al respecto, se pueden consultar las resoluciones números 3481-2003, 4575-2011.

Lo anterior toma relevancia, pues según se indica, la Sala se limitó en su momento a realizar un examen de interpretación de constitucionalidad sesgado respecto al matrimonio en Costa Rica, limitándose a una lectura histórico-originaria, dejando de lado, enfoques de un control más amplio y obligatorio, de acuerdo con la realidad social actual y los cambios en la cultura jurídica nacional e internacional.

En primer término, ni la Constitución ni los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país establecen en forma literal e indubitable que el matrimonio sea el vínculo exclusivo entre el hombre y la mujer, execrando la posibilidad de lazos conyugales entre parejas del mismo sexo.

Ahora bien, ciertamente, de acuerdo con una interpretación histórica originaria, es decir, de 1949, el matrimonio era concebido como la unión exclusiva entre el varón y la mujer. Tómese en cuenta que, para esa época el grupo o la minoría homosexual era socialmente rechazada o marginada. Se consideraba la homosexualidad un trastorno psíquico, delito, más tarde una contravención contraria a las buenas costumbres, inclusive, merecedora de medidas de seguridad curativas.

Bajo ese prisma, es claro que la limitación a las personas homosexuales de contraer matrimonio fuera admisible, en tanto su orientación sexual era inmoral, insana e ilegal. Por tanto, es comprensible que tuviera un trato diferenciado ante la ley, puesto que la orientación sexual homosexual no tenía la misma dignidad humana que la heterosexual. En palabras simples, la desigualdad por orientación sexual respecto a quienes podían casarse y obtener protección jurídica era legítimo y no discriminatorio.

Sin embargo, tal y como se estudió al inicio de este artículo, en los últimos años, se ha producido un significativo avance normativo a nivel del reconocimiento de derechos de las personas homosexuales. Para empezar, en nuestro país, la sodomía dejó de ser delito y contravención. Asimismo, se declararon inconstitucionales las medidas de seguridad curativas en causas penales contra homosexuales.

Así en la resolución número 10404-2013, la Sala Constitucional, apoyándose en datos de la comunidad científica, por ejemplo, de la Organización Mundial de la Salud, afirmó que la homosexualidad no era una enfermedad mental,

y la orientación sexual, fuera cual fuera, era un elemento intrínseco de la dignidad humana, y por tanto, todo trato diferenciado ante la ley por esa mera razón era discriminatorio.

Igualmente, en las resoluciones números 08724-2011 y 18660-2007, se estableció que el respeto de la orientación sexual era condición esencial para el libre desarrollo de la personalidad.

También, en el Caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, mediante la sentencia del 24 de febrero de 2012, la Corte IDH determinó que la orientación sexual era consustancial a la dignidad de la persona y que constituía un derecho humano, y en consecuencia, la privación de un derecho reconocido en el Pacto de San José, por esa sola condición, era discriminatoria.

Por otro lado, en el ámbito internacional, mediante la resolución número A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, y en un informe aprobado el 15 de enero de 2009, el Parlamento Europeo instó a la Unión Europea a la igualdad de derechos de los gays y las lesbianas, a incluir en la agenda política la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y a que se reconocieran los celebrados en otros Estados comunitarios. (Domínguez, 2010, pp. 157-158; Souto, 2008, p. 149).

En el derecho comparado, la tendencia es la del reconocimiento del matrimonio igualitario, o al menos, la de uniones civiles entre parejas del mismo sexo. Los cambios en los ordenamientos jurídicos han surgido por vía de reforma de ley, o bien mediante la jurisprudencia de las cortes constitucionales.

Entre los países que han reconocido el matrimonio igualitario, se hallan: Holanda (2001), Bélgica (2003), Canadá (2005), España (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010). Más recientemente, el 26 de junio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos legalizó el matrimonio homosexual en todos

sus Estados, decidiendo que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo violaba la Constitución. Igualmente fue reconocido en México (2015), Brasil (2011), Uruguay (2013), Colombia (2016), Dinamarca (2012), Nueva Zelanda (2013), Francia (2013), Irlanda (2015). Entre los países que aceptan las uniones civiles entre parejas del mismo sexo se encuentran: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Chile, Chipre, Croacia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Gibraltar, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Reino Unido, República Checa, Ecuador, Italia. (Domínguez, 2010. pp. 149-155; Souto, 2008, pp. 149-152). Ver sitio web: http://elpais.com/tag/ matrimonio\_homosexual/a/.

Además, a diferencia de las Constituciones Políticas de Bolivia, del 07 de febrero de 2009 y la República Dominicana, del 26 de enero de 2010, las cuales expresamente disponen que el matrimonio es la unión exclusiva entre el hombre y la mujer, la Constitución de Costa Rica no preceptúa de forma expresa lo mismo. Tampoco los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país son conclusivos en su literalidad al respecto, por lo que tal instituto podría ser ampliado a otros vínculos de pareja, sin que con ello se afecte a las personas heterosexuales a casarse.

Así una interpretación del matrimonio civil en Costa Rica resulta jurídicamente insostenible, basado únicamente en la visión originaria de la realidad histórica en que fue aprobada la Constitución de 1949 en rigor, tal y como desafortunadamente la Sala Constitucional dispuso en el voto de mayoría 7262-2006, pasando por alto la evolución de nuestra cultura jurídica, por ejemplo, respecto a que cualquier trato diferenciado ante la ley por motivo exclusivo de orientación sexual era discriminatorio, desprovisto de toda justificación objetiva y razonable.

En otras palabras, la heterosexualidad no era ya un elemento definidor sino prescindible del matrimonio ante la ley. Por eso, la posibilidad biológica de *procrear* o no entre un hombre y una mujer tampoco es un contenido esencial del matrimonio civil, en tanto ese vínculo legal es perfectamente válido entre parejas de ancianos, estériles o que, por libre elección, no deseen tener hijos, sin perjuicio de lo que otros credos o religiones establezcan, como es el caso de la Iglesia Católica, cuyo tipo de matrimonio sacramental, también reconocido por la ley costarricense, dispone que aquel es la alianza indisoluble entre el varón y la mujer, cuyo fin es la generación y la educación de la prole.

Dichos modelos de matrimonio, aunque distintos, son perfectamente coexistentes de acuerdo con el régimen de derechos y libertades fundamentales de igualdad, conciencia, culto y pluralismo multiétnico y cultural, propios de un Estado democrático de derecho, según los artículos 1, 28, 33 y 75 de la Constitución Política.

Por tanto, el matrimonio civil o laico y sin hijos e hijas también es matrimonio y conforma una familia conyugal. Lo relevante, tal y como el artículo 11 del Código de Familia enuncia y que la Sala Constitucional ha interpretado a través de resoluciones vinculantes números 7517-2001, 16099-2008, 9519-2017, es que se trate de una unión basada en la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Bajo estos argumentos, hoy por hoy, el impedimento legal a parejas gays o lesbianas de casarse, por su sola orientación sexual, es abiertamente violatorio de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional como son la igualdad y la no discriminación de la dignidad humana, la cual vale igual para cada quien con independencia de si es homosexual o heterosexual. Por este motivo, si las personas homosexuales no pueden casarse con la persona de su preferencia, también se les quebrantaría su derecho de libertad al libre desarrollo de la personalidad y formar así una familia propia.

De igual forma, es incorrecto asumir que exista una laguna de ley que regule las uniones de parejas de igual sexo, ya que existe el matrimonio civil, única alternativa prevista por ley para que el hombre y la mujer, de manera libre y voluntaria, conformen una familia propia.

Tampoco existen razones legítimas ni plausibles para negarle a la comunidad homosexual ese derecho y libertad fundamental, expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, partiendo del derecho constitucional de toda persona a recibir igual protección ante la ley, sin discriminación por su orientación sexual, la cual es intrínseca a su dignidad humana.

# V.- Conclusiones

Con fundamento en la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, debe considerarse la orientación sexual una causa prohibida de discriminación, respecto a la privación de derechos y libertades fundamentales. Por tanto, el trato diferente ante la ley por ese motivo deberá pasar un examen estricto de razonabilidad y proporcionalidad, al tenor de los preceptos, valores y principios constitucionales,

### Referencias bibliográficas

Bossert, Gustavo. (2011). *Unión y matrimonio homosexual*. En: Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Directora: Flah, Lily. Buenos Aires, Argentina: Editorial Errepar S.A.

Domínguez, Andrés. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Hernández, Rubén. (2015). Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y con citas de jurisprudencia., San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país sobre derechos humanos.

La Constitución ampara y protege la igualdad y no discriminación, la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y el derecho fundamental a fundar una familia por vínculo legal de matrimonio. En esa medida, la heterosexualidad no resulta una razón objetiva y razonable que justifique la privación de casarse a las parejas homosexuales, ya que les conculca una serie de derechos constitucionales, sin que con ello se persiga un valor social de rango superior, a su vez que en nada demerita a las personas heterosexuales su libre elección de casarse y recibir protección legal.

Por las razones indicadas, considero que la prohibición legal en Costa Rica a las parejas del mismo sexo de casarse es inconstitucional, por ser violatoria de los principios, derechos y las libertades fundamentales de igual protección ante la ley y la no discriminación por orientación sexual, libertad y libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada y familiar.

Martín, María. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Madrigal, Maureen. (2008). *Relaciones estables de pareja entre personas del mismo sexo*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Scala, Jorge. (2006). Recrear la cultura de la vida. Principios fundamentales de la bioética. San José, Costa Rica: Editorial Promesa.

Souto, Esther. (2008). *El derecho a contraer matrimonio homosexual*. En: El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Coordinador: Souto, José. Madrid, España: Editorial Comares.

# RELACIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LOS SEGUROS

Lic. Federico Torrealba Navas¹ ftorrealba@fayca.com

#### **RESUMEN**

La responsabilidad civil puede cumplir una función creadora de incentivos al aseguramiento, si se condiciona la responsabilidad limitada de los socios y asociados de las personas jurídicas, a la concertación de contratos de seguros con cobertura suficiente para la indemnización de los daños previsibles.

#### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, responsabilidad limitada, seguros, levantamiento del velo corporativo.

#### **ABSTRACT**

The Law of Torts can play a role in creating incentives to have insurance, if the limited liability of partners and associates of legal entities is conditioned to executing insurance contracts with sufficient coverage for the compensation of foreseeable damages.

#### **KEYWORDS**

Civil liability, limited liability, insurance, piercing of corporate veil.

SUMARIO<sup>2</sup>: 1. Introducción: la función creadora de incentivos a la toma de seguros. 2. La responsabilidad limitada en las sociedades mercantiles. 3. La doctrina del levantamiento del velo corporativo. 4. Conclusiones.

# 1. Introducción: la función creadora de incentivos a la toma de seguros

That de las principales funciones de la responsabilidad civil es incentivar la toma de seguros.

La responsabilidad civil asume una función creadora de incentivos a la toma de seguros,

especialmente en los casos de responsabilidad objetiva, donde el sujeto debe pagar la indemnización a pesar de que su propia conducta sea incuestionable. Desde el punto de vista del potencial responsable, la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva constituye un incentivo a la toma de seguros de responsabilidad civil, debido a la reducción de las defensas potenciales.

<sup>1</sup> Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Así como no se le exige al actor la prueba de la culpa, no se le permite a la persona demandada la defensa de debida diligencia.

El establecimiento de un régimen de riesgo creado acentúa otro riesgo: el de responsabilidad civil, el cual no solo se conjura mediante el incremento de los costos de prevención, sino también a través de la toma de pólizas de seguros contra la responsabilidad civil.

La suscripción de una póliza de seguros se presenta, ante el sujeto, como una decisión económica racional, para neutralizar la contingencia negativa del nacimiento de una obligación indemnizatoria.

Cuanto mayores sean la probabilidad y la dimensión cuantitativa de la contingencia, mayor será el incentivo a tomar el seguro. Tales variables de riesgo aumentan con la instauración de nuevos regímenes de responsabilidad sin culpa o de culpa presunta, con la ampliación del elenco de daños indemnizables y con el incremento del importe económico de las condenatorias.

Sin embargo, esta misión de la responsabilidad civil enfrenta un enemigo portentoso: la responsabilidad limitada que el ordenamiento les concede a los socios y las socias de las sociedades mercantiles y a los y las miembros de otras personas jurídicas, como las asociaciones cooperativas.

En la presente ponencia, enfocaremos las profundas conexiones existentes entre la responsabilidad civil, la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, la doctrina del levantamiento del velo societario y los seguros. *A priori*, se trata de temas aparentemente inconexos.

Sin embargo, si me conceden la gentileza de prestarme su atención durante los próximos 20 minutos, veremos las ricas relaciones entre estos institutos del derecho privado.

# 2. La responsabilidad limitada en las sociedades mercantiles

Entre los factores a considerar a los fines de la elección de un tipo societario, uno de los más relevantes es la limitación -o no□ de responsabilidad de los socios y las socias. Cuando alguien busca asesoría profesional sobre la mejor estructura legal para organizar su negocio, el primer consejo que suele recibir es formar una sociedad bajo un modelo que ofrezca responsabilidad limitada. El objetivo es compartimentar el riesgo: los bienes o el dinero invertido como aporte de capital son lo único que se pone en juego. Si el negocio sale mal, el patrimonio personal o el patrimonio asignado a otros emprendimientos queda a salvo de la persecución de las personas acreedoras de la sociedad fallida.

La "responsabilidad limitada": ¿Qué es y qué implica? El concepto de "responsabilidad limitada" tiene dos componentes: 1. Limitación de riesgo: el riesgo del socio o asociado se limita a la aportación que hizo o se obligó a hacer a favor de la entidad; y 2. Ausencia de responsabilidad por deudas de la persona moral: Con algunas excepciones, el socio o el asociado no responde con su patrimonio personal, por las deudas de la sociedad. La principal ventaja de la limitación del riesgo es la posibilidad de aislar y proteger el patrimonio personal frente a las vicisitudes de la actividad realizada por la persona jurídica.

Entre dos posibles modelos societarios, uno que ofrezca la responsabilidad limitada al socio y otro que no, no es difícil suponer cuál habría de preferir un agente económico racional.

Por ello los moldes legales societarios que responsabilizan al socio por las deudas sociales tienden a caer en desuso o rara vez son utilizados. Entre ellos, cabe mencionar a la sociedad en nombre colectivo<sup>3</sup>, la sociedad en comandita<sup>4</sup>, las sociedades de actividades profesionales<sup>5</sup> y las sociedades civiles.<sup>6</sup>

Correlativamente, no es de extrañar que los modelos legales que sí ofrecen responsabilidad limitada sean los más utilizados en la práctica: la sociedad anónima<sup>7</sup>, la sociedad de responsabilidad limitada<sup>8</sup> y la asociación cooperativa.<sup>9</sup>

Desde el punto de vista de política pública, el otorgamiento de responsabilidad limitada a las sociedades se basa en el **incentivo a la inversión**. En lo concerniente a la atracción de inversiones, los países y los Estados que reconocen la responsabilidad limitada suelen tener una relativa ventaja competitiva.

Conviene detenernos un momento para hacer un apunte histórico.

Origen de responsabilidad limitada en el derecho anglosajón. Durante la primera mitad del siglo XIX, la concesión de responsabilidad limitada a las corporaciones fue objeto de intenso debate en Inglaterra. Quienes estaban a favor invocaban el incentivo a la inversión. Quienes se oponían sostenían que la responsabilidad limitada generaría injusticias, al trasladarles a los acreedores los riesgos del negocio.

En 1855, el Parlamento inglés aprobó la *Limited Liability Act*. En los Estados Unidos, se venía generando una discusión similar. El Estado de Nueva York había aprobado, desde 1811, un estatuto de incorporación de sociedades, bajo el sistema de *double liability* –doble responsabilidad, conforme al cual, si la sociedad no pagaba sus deudas, los acreedores podían exigir de los socios otro tanto igual al precio original de las acciones.

En 1816 el estado de Nueva Inglaterra instituyó la responsabilidad limitada. Los Estados de Massachusetts y Rhode Island se plegaron a la responsabilidad limitada en 1830 y 1847, a fin de mantener la competitividad en la atracción de inversiones. El Estado de California se resistió a adoptar la responsabilidad limitada. Mantuvo un sistema de responsabilidad a prorrata de los socios por las deudas impagas de la sociedad,

hasta que, en 1931, se plegó al sistema de la responsabilidad limitada.

La anterior nota sobre la evolución de la responsabilidad limitada en el derecho anglosajón permite articular la conexión entre responsabilidad limitada y la competividad de una plaza en la atracción de inversiones. Si varios ordenamientos ofrecen responsabilidad limitada y otro no, es claro que este se encuentra en posición de desventaja como sede potencial para negocios. No es, ciertamente, el único factor que una persona inversionista consideraría, pero tiene su peso pues, si de elegir de trata, el inversionista racional tiende a preferir el modelo de responsabilidad limitada, como instrumento de delimitación y contención del riesgo.

El sacrificio del principio de responsabilidad patrimonial universal, aparejado a las personas jurídicas con responsabilidad limitada, se funda en un *quid pro quo*: el beneficio de la limitación de responsabilidad tiene, como causa o contrapartida, la realización de una inversión generadora de utilidad social, *v. gr.*, la generación de empleo, la construcción de vivienda, el intercambio comercial, la producción de bienes, la contribución a la carga pública por vía de tributos, etc.; en una palabra, la creación de riqueza. En un plano macro, la responsabilidad limitada contribuye a vitalizar la economía.

La responsabilidad limitada juega un rol determinante en lo que concierne al levantamiento de capital por medio de la venta de acciones a socios inversionistas. En lugar de obtener financiamiento a base de préstamos y acumular pasivos financieros, una sociedad puede robustecerse mediante la captación de inversión accionaria. Pero, para ello, el requisito indispensable es la responsabilidad limitada.

Ningún inversionista racional asumiría, a ciegas, el riesgo de invertir en acciones o cuotas de una sociedad, si con ello contrae una contingencia de tener que responder ilimitadamente por todas las posibles deudas de la empresa. Por otra parte,

el agente racional normalmente condiciona la inversión a la existencia de una puerta de salida que le permita liquidar su posición. Y dicha liquidez depende, principalmente<sup>11</sup>, de la existencia de un mercado secundario, es decir, de que otros inversionistas estén, eventualmente, interesados en adquirir las partes sociales, lo cual depende de que haya limitación de responsabilidad.

Lo anterior se aplica no solo en pequeña escala, sino también respecto de empresas cuyas acciones se cotizan y negocian en bolsas de valores. La responsabilidad limitada es un requisito *sine qua non* de un mercado organizado de valores accionarios. Sería imposible transar acciones que arrastren cargas desconocidas, acaso superiores al valor de las acciones en cuestión. De lo expuesto deriva la existencia de una conexión entre la responsabilidad limitada y el desarrollo de mercados bursátiles de acciones.

Desde el punto de vista de la pequeña persona empresaria que requiere financiamiento bancario, la responsabilidad limitada no representa una ventaja decisiva, por cuanto el financiador se cuidará de condicionar el otorgamiento de crédito a la constitución de garantías personales de los socios –fianzas, avales- por las obligaciones de la empresa.

La responsabilidad limitada genera efectos socioeconómicos deseables. Sin embargo, desde el ángulo visual de los acreedores involuntarios o extracontractuales, o de los acreedores contractuales débiles (consumidores, trabajadores, adherentes), la limitación de responsabilidad representa una seria desventaja, consistente en el incremento del riesgo de insolvencia, particularmente cuando la sociedad no se encuentra suficientemente capitalizada ni asegurada.

De poco o nada le sirve a la persona damnificada la creación de regímenes de responsabilidad objetiva, si, a la hora de cobrar el crédito indemnizatorio, todas las personas obligadas están infracapitalizadas o si su patrimonio está recubierto de un blindaje de garantías hipotecarias y mobiliarias específicas o universales a favor de acreedores preferentes. La persona damnificada no es más que una humilde y rasa acreedora quirografaria, a quien le corresponden las migajas una vez que los acreedores garantizados quedan saciados.

# 3. La doctrina del levantamiento del velo corporativo

Es aquí donde cobra importancia la doctrina del levantamiento o descorrimiento del velo corporativo.

En ciertos casos, los tribunales admiten el descorrimiento del velo de la personalidad jurídica, a fin de responsabilizar a los socios por infracapitalización o por abuso de la personalidad jurídica. Sobre este tema, la reciente obra del juez don Rolando Soto Castro, *El levantamiento del velo social*, es muy recomendable (Editorial Jurídica Continental, 2015).

La responsabilidad por infracapitalización termina traduciéndose en una responsabilidad por falta de aseguramiento suficiente de los daños previsibles.

El estándar de conducta del bonus vir se integra por el deber de dotar los recursos necesarios para asegurar razonablemente los potenciales daños a terceros. De este modo, se internaliza y dispersa el riesgo de la actividad empresarial, antes que recargarlo sobre los hombros de la parte más vulnerable: la persona damnificada.

Tomemos un momento para otear la figura anglosajona del levantamiento del velo corporativo.

La doctrina estadounidense sobre el "piercing the corporate veil". La limited liability (responsabilidad limitada) de los socios de las corporations se puede exceptuar mediante una acción de piercing, dirigida a responsabilizar a los socios de la empresa deudora y a las otras empresas del mismo grupo económico, por las obligaciones de la entidad deudora. Se trata de un *equitable remedy*, es decir, una medida judicial dirigida a evitar injusticias.

Entre los factores usualmente citados para fundar el levantamiento del velo corporativo, se encuentran los siguientes:<sup>12</sup>

La infracapitalización. Se les reprocha a los socios no haber dotado a la empresa de suficientes recursos como para poder hacer frente a sus obligaciones. El quantum de una capitalización adecuada depende del tipo de actividad a que se dedique la sociedad. Los principales perjudicados de la infracapitalización son los acreedores involuntarios o extracontractuales –por ejemplo, las personas consumidoras de productos defectuosos-, a quienes se les traslada el riesgo creado por la empresa.

El infraaseguramiento. Ligado a lo anterior, se responsabiliza a los socios por la omisión de toma de seguros con cobertura suficiente para reparar los daños previsibles de su operación.

El fraude precontractual. Se responsabiliza a los socios por haber inducido a error a su contraparte, sea mediante declaraciones falsas o bien ocultándole información relevante. Por ejemplo, si se acredita que, al momento de contratar, los socios que ejercen el control sabían que la empresa no iba a poder cumplir con sus compromisos. O si se crea en la contraparte la falsa expectativa de que hay una tercera empresa o persona con capacidad económica que respalda la obligación.

La autocontratación abusiva. En principio, no está prohibido que los socios celebren contratos con la sociedad; por ejemplo, que les presten servicios o que les otorguen financiamiento. Sin embargo, si se demuestra

que tales contrataciones fueron abusivas, un mecanismo para extraer recursos de la empresa en perjuicio de los acreedores, los jueces pueden encontrar viable el *piercing*.

La confusión de patrimonios. Si el propio socio no respeta la división entre su propio patrimonio y el de la empresa, y se comporta como si la compañía fuera su caja chica – por ejemplo, para el pago de sus gastos personales-, entonces los jueces no se verían obligados a respetar tal división.

La dominación o control. Se pondera si la sociedad tenía "mente propia", o si, por el contrario, era un mero instrumento al servicio de los intereses personales del socio, cuya responsabilidad se reclama. La dominación se suele apreciar en sociedades, cuyo capital está concentrado en una o varias personas. Este factor no es suficiente, por sí solo, para decretar el piercing, nada prohíbe que una persona sea la única socia. Sin embargo, puede explicar por qué se producen otras irregularidades, como la autocontratación abusiva o la confusión patrimonial.

La inobservancia de formalidades sociales y contables: Ciertas circunstancias, como el que la sociedad nunca celebre asambleas de accionistas o que sus directores no se reúnan o que sus órganos de vigilancia no operen, ni se lleve una contabilidad separada, pueden ser indicios de la falta de sustancia de la persona jurídica.

La falta de distribución de dividendos: Esta circunstancia, que en sí misma sería beneficiosa para las personas acreedoras, puede ser indicadora de que los socios han extraído recursos de la empresa a través de otras vías, como por ejemplo, salarios excesivos, bonos, intereses sobre el financiamiento de socios. Sería una evidencia de la autocontratación abusiva.

La fragmentación artificial de un mismo negocio:

La utilización de varias sociedades para desarrollar un mismo negocio, puede ser un factor a tomar en cuenta para el *piercing*.

Trasplantada la doctrina del levantamiento del velo corporativo al derecho de tradición civilista usualmente se desemboca en la aplicación de una de dos instituciones: 1. La inoponibilidad de la personalidad jurídica. 2. La responsabilidad por abuso del derecho a la personalidad jurídica.

La **inoponibilidad**, por el socio, de la personalidad jurídica, consiste en la negación de eficacia frente a terceros del pacto constitutivo de la entidad. Se ignora la membrana divisoria entre la persona jurídica y el socio, de tal suerte que los actos de la sociedad se reputan como actos del socio y viceversa.

La responsabilidad civil por abuso de la personalidad jurídica, sea del socio o del administrador, es un hecho generador de una obligación nueva, distinta, que se alinea al mismo objeto de la obligación de la sociedad. Viene a ser una obligación de carácter extracontractual, con objeto coincidente y causa diversa (in solidum). El abuso de la personalidad jurídica puede consistir, perfectamente, en desarrollar una actividad generadora de riesgo para terceros bajo condiciones de infracapitalización y de infraaseguramiento. La culpa consiste en la falta de consideración por los potenciales terceros damnificados, a quienes se pretende endilgar, dado el caso, el costo de la materialización del riesgo.

Conviene, finalmente, distinguir los anteriores remedios de las hipótesis en que, bien por virtud de la ley o del negocio jurídico, el socio o el administrador responde solidariamente por las deudas de la sociedad, o, inversamente, la sociedad responde solidariamente por las obligaciones de los socios o administradores.

En ciertos casos, la ley impone al socio responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales. Por ejemplo:

En la sociedad en nombre colectivo, los socios responden por las deudas sociales de manera solidaria, ilimitada y subsidiaria<sup>13</sup>, incluyendo las obligaciones indemnizatorias *ex delicto penal*.<sup>14</sup>

En las sociedades en comandita, los socios comanditados responden por las deudas sociales del mismo modo que los socios de las sociedades en nombre colectivo.<sup>15</sup>

En todas las sociedades comerciales, los socios responden solidariamente: por los daños y los perjuicios derivados de la sobrevaloración de aportes sociales, <sup>16</sup> por todas las deudas contraídas en nombre de la compañía antes de su inscripción. <sup>17</sup>

En otros casos, la ley responsabiliza solidariamente a la sociedad por las obligaciones de los socios y administradores. Por ejemplo:

Las compañías de transporte, hospedaje, de depósito y dueñas de establecimientos responden por las obligaciones civiles de sus administradores, originadas en un hecho punible.<sup>18</sup>

Las sociedades y asociaciones responden por las obligaciones de sus administradores originadas en defraudaciones funcionales.<sup>19</sup>

Y en otros muchos casos, los socios se constituyen, por medio de un negocio jurídico (fianzas, avales, codeudas) en garantes solidarios de las obligaciones sociales, y convexamente, las sociedades se constituyen en garantes solidarias de las obligaciones personales de los socios y las socias.

La solidaridad legal o convencional sitúa a dos o más personas deudoras en el plano pasivo de la misma relación obligatoria. En cambio, la doctrina del levantamiento del velo genera efectos netamente distinguibles: 1. Cuando produce la inoponibilidad de la personalidad jurídica, se desconoce la autonomía jurídica de la sociedad y se considera al socio y a la sociedad como si fueran un único sujeto: la sociedad es un alter ego del socio. Por esta vía, no hay pluralidad de deudores, lo cual es el presupuesto básico de la solidaridad pasiva. 2. Cuando hace surgir la responsabilidad del derecho por abuso del derecho, se crea una nueva obligación, in solidum, alineada por su objeto con la obligación de la sociedad. Por consiguiente, no se trata de la misma obligación, lo cual es el presupuesto de la solidaridad. Las obligaciones in solidum son dos o más obligaciones de distinta causa y objeto total o parcialmente idéntico. En cambio, las obligaciones solidarias presuponen la pluralidad de deudores como parte de la estructura interna de una relación obligatoria.

### 4. Conclusiones

La responsabilidad civil puede cumplir su función creadora de incentivos al aseguramiento, si se condiciona la responsabilidad limitada de los socios y asociados de las personas jurídicas, a la concertación de contratos de seguros con cobertura suficiente para la indemnización de los daños previsibles.

En caso contrario, los tribunales quedan perfectamente facultados para responsabilizar a los socios y las socias por la creación culpable de un riesgo para terceros, al cohonestar el desarrollo de actividades empresariales riesgosas bajo condiciones de infracapitalización y de infraeseguramiento.

### Referencias bibliográficas

SOTO CASTRO, Rolando. (2015). El levantamiento del velo social. San José: Editorial Jurídica Continental,

V. GEVURTZ, Franklin. (2010). Corporation Law. Second Edition. West, Thomson Reuters. Hornbook Series.

# **CODIGOS Y LEYES**

Código Penal de Costa Rica de 1941

Código Civil de Costa Rica

Código de Comercio de Costa Rica.

Ley 2860 del 21 de noviembre de 1961

### Notas

- Conferencia impartida el 7 de septiembre de 2016 en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, en el marco de las Primeras Jornadas de Derecho de Seguros, organizadas conjuntamente por la ACODES y el CDAACR. Artículo 33 del Código de Comercio: "Sociedad en nombre colectivo es aquélla que existe bajo una razón social y en la
- 3 que todos los socios responden de modo subsidiario pero ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales"
- En la sociedad en comandita, únicamente los socios pasivos gozan de responsabilidad limitada. Los socios activos o gestores responden por las deudas sociales: De acuerdo con el artículo 60 del Código de Comercio: "La responsabilidad de los socios gestores o comanditados es similar a la de los socios colectivos, pero la del socio o socios comanditarios queda limitada al monto del capital suscrito".
- Al tenor del artículo 14 de la Ley 2860 del 21 de noviembre de 1961, los socios de la sociedad de actividades profesionales responden, solidaria e ilimitadamente, por las obligaciones de la sociedad.
- De conformidad con el artículo 1235 del Código Civil, los socios de la sociedad civil responden mancomunadamente por las deudas sociales.
- "En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones". (Artículo 104 del Código de Comercio).
- "En la sociedad de responsabilidad limitada los socios responderán únicamente con sus aportes, salvo los casos en que 8 la ley amplíe esa responsabilidad". (Artículo 75 del Código de Comercio).
  "Todas las cooperativas del país deberán ajustarse estrictamente a los siguientes principios y normas: [...] i) Responsabi-
- lidad limitada". (Artículo 3.i de la LACCI).
- V. GEVURTZ, Franklin. 2010. Corporation Law. Second Edition. West, Thomson Reuters. Hornbook Series, pp. 25-27.
- También puede haber otras puertas de salida, como la opción de redención: el accionista tiene el derecho facultativo a 11 constreñir a la sociedad o a otro socio a comprarle sus acciones.
- 12 V. GEVURTZ, Frankli. (2010). Corporation Law. Second Edition. West, Thomson Reuters. Hornbook Series, pp. 69-111.
- 13 Artículo 33 del Código de Comercio.
- Ver el artículo 137.5 del Código Penal de 1941, cuyas reglas de responsabilidad civil están vigentes, según la Ley 4891 del 8 de noviembre de 1971.
- 15 Artículo 60 del Código de Comercio.
- Artículo 18.9 del Código de Comercio. 16
- 17 Artículo 22 del Código de Comercio.
- Artículo 137 del Código Penal de 1941. Artículo 137.5 ibidem. 18

# LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS RESOLUCIONES CONDENATORIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

Dr. Guillermo Guilá Alvarado<sup>1</sup> guilleguila@gmail.com

#### **RESUMEN**

Este artículo desarrollará los alcances de la ejecución provisional, de acuerdo con el nuevo Código Procesal Civil. Se describirán las innovaciones que la reciente normativa presenta. Se augura que los cambios introducidos impactarán positivamente en el Sistema de Administración de Justicia de Costa Rica, porque se facilitará la materialización del derecho declarado en un fallo que se encuentra impugnado. También se plantearán situaciones donde será necesario interpretar o integrar la normativa referida. Se propone que esa labor se oriente a equilibrar las posiciones de las partes. Además es indispensable fortalecer la capacitación de las personas juzgadoras para mitigar el riesgo de que la ejecución provisional de una sentencia defectuosa cause daños.

#### PALABRAS CLAVE

Ejecución provisional, resoluciones de contenido patrimonial, condena dineraria, condena no dineraria, garantía, impugnación, revocatoria.

### **ABSTRACT**

This article will develop the scope of the provisional enforcement, according to the new Civil Procedure Code. Describing the innovations presented by the new legislation. It predicts that the changes will positively impact on System of Administration of Justice of Costa Rica, because the realization of law stated in a judgement wich is contested will be facilitated. Situations, in wich it will be necessary to interpret or integrate with the aforementioned rules will also be raised. It is proposed that this work is aimed to balance the position of the parties. It is essential to strengthen the training of the judges, for the purpose of mitigating the risk that the provisional enforcement of a defective judgement will cause damages.

#### **KEYWORDS**

Provisional enforcement; resolutions of patrimonial content; condemns cash; condemns non cash; guarantee; contesting; revocation.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Análisis comparativo entre la normativa derogada y la nueva normativa. 3. Alcances de la ejecución provisional en el nuevo Código Procesal Civil. 4. Problemas en la aplicación normativa. 5. Conclusiones.

<sup>1</sup> Licenciado en derecho por la Universidad Internacional de las Américas. En el 2008 obtiene un doctorado académico en derecho en la Escuela Libre de Derecho. Ha ocupado diferentes puestos en la judicatura, como el Juzgado Civil de Heredia, el Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral del Primer Circuito Judicial de Alajuela. Ha sido profesor universitario en derecho de obligaciones y derecho comercial. Especialista de contenido de la Escuela Judicial. Ha sido miembro de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y de la Comisión Civil del Poder Judicial.

### Introducción

Actualmente, en Costa Rica, rige el Código Procesal Civil de 1989. Este cuerpo normativo, que quedará derogado en octubre del año siguiente, prevé la ejecución provisional de las resoluciones. Sin embargo, introduce una serie de restricciones que limitan la aplicación de esta figura jurídica. En efecto, para el caso de las sentencias, cuya apelación se admita en el efecto devolutivo (dictadas en procesos abreviados, sumarios y monitorios), las disposiciones 563 y 569 autorizan la ejecución provisional de lo resuelto en primera instancia, siempre que se gestione dentro de los tres días posteriores al plazo para apelar y se rinda la "garantía de resultas correspondiente".

Por el contrario, en la hipótesis de los fallos recaídos en procesos ordinarios, cuya apelación se admite en el efecto suspensivo, la ejecución provisional de lo dispuesto en primera instancia no es de recibo. En tal dirección, se ha considerado inadmisible acudir al trámite de cambio de efecto, para gestionar después la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia del proceso ordinario.<sup>2</sup>

Asimismo, el numeral 599 contempla la ejecución provisional de los fallos de segunda instancia (emitidos en procesos ordinarios y abreviados de mayor cuantía o inestimables) que han sido impugnados en casación; pero también requiere "la garantía de resultas correspondiente". Además exige que se formule la solicitud dentro del emplazamiento ante la respectiva sala de casación. Respecto a los autos, el mandato 563 también requiere la garantía, aunque el recurso vertical se admita en el efecto devolutivo, en caso de que se ordenen la entrega de dinero, otros bienes o el cumplimiento de una obligación de hacer.

Para la mayoría de los supuestos donde se acepta la ejecución provisional<sup>3</sup>, la parte victoriosa podrá gestionarla únicamente si cuenta con los recursos económicos suficientes para rendir una garantía.

A la vez, tiene que asumir el riesgo de perder esa caución en el evento de que la resolución ejecutada provisionalmente se revoque.

Adicionalmente, existe un tercer factor de desventaja: la norma que determinaba las garantías admisibles en el Código Procesal Civil de 1989 –artículo 283- fue derogada cuando se eliminó la figura de la garantía de costas. Dicho vacío ha producido que, en la práctica, la mayor parte de las garantías utilizadas en los tribunales de justicia son en dinero en efectivo, lo que dificulta el acceso a la ejecución provisional para las personas que carecen de liquidez.

Tal y como se aprecia, por un lado, el Código Procesal Civil de 1989 introdujo límites temporales a la ejecución provisional; por otra parte, restringió los tipos de resoluciones que la admiten y, finalmente, le trasladó a la parte vencedora la carga de rendir una garantía para pedir la ejecución de comentario.

En razón de la política legislativa que se adoptó, es muy poco frecuente observar la ejecución provisional de una resolución, ya sea de primera o de segunda instancia. Entre los pocos antecedentes que se pueden encontrar sobre el tema, se remite a la persona lectora al voto de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil de San José, número 194-2001, de las 14 horas del 24 de mayo de 2001.

Ahora bien, considerando los obstáculos para acceder a la ejecución provisional, así como los tiempos en que se dictan los pronunciamientos de segunda instancia o casación (que en algunos casos pueden tardar varios años), la parte victoriosa suele esperar a la firmeza de lo dispuesto para gestionar su ejecución, que ya no será provisional, sino definitiva.

Ante ese panorama, la materialización del derecho declarado en una sentencia, a través del proceso de ejecución, suele presentarse de forma tardía, en detrimento de la garantía de tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 41 de

la Constitución Política. A lo sumo, mientras la resolución impugnada alcanza firmeza, la parte vencedora podrá solicitar una medida cautelar, con el agravante de que el Código Procesal Civil de 1989 carece de una normativa sistemática que regule los presupuestos materiales para su adopción, el procedimiento para ordenarla, la rendición de garantía, los recursos admisibles, la modificación, la sustitución, etc... <sup>5</sup>

Con todo, existe una marcada ventaja del proceso arbitral frente al proceso judicial. Nótese que las disposiciones 58 y 66 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social autorizan la ejecución inmediata de los laudos, independientemente de que se haya entablado un recurso de nulidad o una demanda de revisión con el fin de invalidarlos.

Sin embargo, la respuesta a la problemática descrita no consiste en remitir a las personas a la justicia privada. Recuérdese que, para acceder a la jurisdicción privada, es necesario un acuerdo arbitral. Unido a lo anterior, el proceso mencionado genera costos económicos que no todas las personas pueden asumir.

# 2. Análisis comparativo entre la normativa derogada y la nueva normativa

Según se adelantó, el Código Procesal Civil de 1989 aceptó la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia dictadas en procesos abreviados, sumarios y monitorios. En cuanto a los fallos de segunda instancia, autorizó la ejecución provisional de los emitidos en procesos ordinarios y abreviados de mayor cuantía o inestimables. En ambos casos, fijó una restricción temporal para solicitar la ejecución provisional. A estas conclusiones se llega una vez que se interpretan de manera conjunta las disposiciones 563, 569 y 599 del cuerpo normativo derogado.

En efecto, para los fallos de primera instancia, la legislación costarricense de 1989 subordinó la ejecución provisional al efecto en que se admite el recurso vertical (prohibiéndola en el caso de la sentencia de los procesos ordinarios, cuya apelación se admite en el efecto suspensivo). En contraste, para las sentencias de segunda instancia, no estableció un límite de esa naturaleza.<sup>6</sup> En cuanto a los autos, el artículo 563 del Código Procesal Civil derogado fijó una regla que tomó en cuenta su contenido.

En contraposición, el Código Procesal Civil del 2016 abandonó el esquema citado. Por un lado, se suprimió el efecto en que se admite el recurso vertical. De esa forma, la ejecución provisional de los pronunciamientos ya no dependerá del efecto señalado ni del tipo de proceso en que se dicta la resolución. Por otra parte, se eliminaron los límites temporales para gestionar la ejecución provisional.

Cabe subrayar que estos cambios son positivos: con el nuevo Código Procesal Civil, el acceso a la ejecución provisional de los pronunciamientos únicamente quedó supeditado al contenido de la resolución que se pretende ejecutar. De conformidad con sus artículos 65.7 y 141, independientemente del proceso de conocimiento en que se emita la resolución, esta se podrá ejecutar provisionalmente si es de condena y de contenido patrimonial. Encontramos la primera característica del pronunciamiento regulada en el ordinal 62, el cual enuncia las distintas sentencias de condena. No obstante, se advierte que la norma omitió los fallos que imponen una obligación de no hacer.

En lo que concierne a las resoluciones de contenido patrimonial, a grandes rasgos, se trata de las que imponen prestaciones susceptibles de ser convertidas en dinero. Por el contrario, no podrán ejecutarse provisionalmente las resoluciones que no sean de condena o cuyo contenido sea extrapatrimonial.

A manera de ejemplo, en el primer caso, la ejecución provisional para las sentencias meramente declarativas resulta ilógica; en la

segunda hipótesis, los fallos que se pronuncien sobre los atributos de la personalidad, el estado civil de las personas, la filiación, etc. no serán susceptibles de ejecución provisional.

Con todo, en el artículo 141 del Código Procesal Civil del 2016, se establecieron salvedades a la ejecución provisional de las resoluciones.<sup>7</sup> En tal dirección, se excluyeron los pronunciamientos que condenen a emitir una declaración de voluntad, que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial y que ordenen la modificación, la nulidad o la cancelación de asientos de registros públicos. Tampoco se permitió la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que se disponga en tratados internacionales ratificados por Costa Rica.

Aparte del cambio en el criterio que determina las resoluciones que serán objeto de la ejecución provisional, el reciente Código Procesal Civil exoneró a la parte vencedora de la carga de rendir la garantía en la mayoría de los casos.8 De tal modo, fortaleció la tutela judicial en torno a la ejecución de pronunciamientos no firmes. Según se explicará más adelante, la parte victoriosa únicamente deberá rendir la caución de comentario, si la parte vencida se opone de manera fundada a la ejecución provisional de condena no dineraria, demostrando que puede resultar imposible o muy difícil, atendida la naturaleza de lo ejecutado, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensarle económicamente los daños y perjuicios que se le causarían si aquella resolución fuera revocada.

En otro orden de ideas, el Código Procesal Civil del 2016 modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, adicionando el precepto 95 bis y modificando las disposiciones 95 y 105. Esta nueva propuesta reformó la estructura de los tribunales civiles: los procesos ordinarios de mayor cuantía e inestimables serán conocidos por un tribunal colegiado de primera instancia, mientras que la competencia para resolver los demás procesos le corresponderá al juzgado civil.

Asimismo, las sentencias dictadas por el tribunal colegiado de primera instancia, en el proceso de conocimiento, admitirán el recurso de casación, al tiempo que los fallos que el juzgado civil emita serán conocidos en alzada por el tribunal de apelaciones.

Ahora bien, en el escenario descrito solo se ejecutarán provisionalmente las resoluciones de primera instancia. Tómese en cuenta que los pronunciamientos de segunda instancia y casación, una vez notificados a las partes, alcanzarán firmeza y se ejecutarán de manera definitiva.

Una última diferencia entre las regulaciones sobre la ejecución provisional de los Códigos Procesales Civiles de 1989 y 2016 se encuentra en los recursos que admite el pronunciamiento que conoce este tipo de solicitud. En ambos casos, lo dispuesto en torno a la ejecución provisional admite el recurso de revocatoria. Ello se deriva de la regla que contienen ambas legislaciones, según la cual los autos tendrán el recurso horizontal. <sup>9</sup>

Sin embargo, a diferencia del código derogado, el nuevo código prevé en su artículo 67.3.23 el recurso vertical contra el auto que deniegue la ejecución provisional. Unido a lo expuesto, de acuerdo con el precepto 67.3.25, será apelable el auto que ordene el embargo que, como se indicará en las próximas líneas, es la forma en que se ejecutan provisionalmente las resoluciones de condena dineraria.

En fin, el reciente Código Procesal Civil contempla mayores opciones para revisar lo dispuesto en torno a la ejecución provisional, lo que constituye una oportunidad para mejorar la calidad del Sistema de Administración de Justicia.

Con todo, existe una semejanza entre los Códigos Procesales Civiles de 1989 y 2016. Ambos establecen que se tramitará la ejecución provisional a instancia de parte. Predomina aquí el principio dispositivo en los procesos de ejecución, en los que, como regla general, se

requiere la gestión de parte a fin de que el proceso avance.

Como innovación y de manera excepcional, el reciente Código Procesal Civil señala en su artículo 136 que podrá ordenarse de oficio la ejecución de sentencia, cuando se trate de derechos o intereses de carácter público o social.<sup>10</sup> No obstante, dicha norma solo se aplicará a las ejecuciones definitivas, ya que, para las ejecuciones provisionales, el artículo 141 exige la solicitud de parte. Ello es coherente con la naturaleza del procedimiento de ejecución provisional: conforme se explicará más adelante, la parte victoriosa asumirá el riesgo de que se revoque el fallo ejecutado provisionalmente; de modo que se le condene al pago de los daños y perjuicios ocasionados y las costas de la ejecución provisional.

Dadas esas consecuencias y en virtud del contenido patrimonial de la condenatoria que se ejecuta de forma provisional, únicamente el trámite a instancia de la parte vencedora resulta admisible.

# 3. Alcances de la ejecución provisional en el nuevo Código Procesal Civil

En la legislación costarricense, se regularon dos clases de ejecuciones provisionales: las de condena dineraria y las de condena no dineraria. En el primer caso, la parte victoriosa reclamará a la parte vencida el pago de una obligación dineraria que se declaró a su favor en una resolución que aún no se encuentre firme.

De acuerdo con el artículo 145 del Código Procesal Civil del 2016, dicha ejecución provisional se circunscribirá al embargo de bienes, sin que se admita la oposición de la parte vencida. En otras palabras, la ejecución provisional de condenas dinerarias se limitará a una medida de aseguramiento que es el embargo, sin que se permita a la parte victoriosa continuar con ulteriores actuaciones como el avalúo de bienes, el remate o el giro de dineros retenidos.

En contraste, las condenas no dinerarias se refieren a pronunciamientos que imponen obligaciones de entregar bienes diferentes al dinero o que ordenan una conducta que consiste en un hacer o en un no hacer. En este supuesto, se le dará trámite incidental a la solicitud de ejecución, la cual deberá presentarse con la certificación de lo resuelto, en caso de que sea necesario (esto último ocurre cuando se pretende ejecutar una sentencia dictada en otra jurisdicción como la constitucional o la penal).<sup>11</sup>

Para tales efectos, en caso de que el expediente sea físico, se formará un legajo con el testimonio de las piezas que sean indispensables para conocer la petitoria de ejecución provisional. En su defecto, si el expediente es virtual, bastará con crear una carpeta digital que permita resolver la ejecución provisional, mientras que el órgano superior jerárquico se pronuncia en cuanto a la impugnación deducida.

Ahora bien, la parte vencida está facultada para oponerse a la ejecución provisional de resoluciones de contenido no dinerario, invocando las causales establecidas en el artículo 143.1 del Código Procesal Civil del 2016. La primera de ellas se remite al canon 141 de ese cuerpo normativo. El segundo escenario de oposición se presentará cuando resulte imposible o muy difícil, atendida la naturaleza de lo ejecutado, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de daños y perjuicios que se le causarían si aquel pronunciamiento fuera revocado. 12

A manera de ejemplo, esta hipótesis puede ocurrir cuando la sentencia ordena un derribo, pues resultaría muy oneroso para la parte vencida edificar otra vez lo destruido. Con todo, según el artículo 143.2 del nuevo Código Procesal Civil, esta última causal de oposición se ventilará en audiencia oral.

Si se considera fundada la oposición, se le trasladará a la parte victoriosa la carga de rendir una garantía, cuyo monto y naturaleza se fijarán en la misma audiencia oral, a efectos de ejecutar provisionalmente lo resuelto.

En torno a la caución, es preciso acotar que el artículo 75 del Código Procesal Civil del 2016 enuncia distintas modalidades; entre ellas, el dinero, los cheques certificados, los certificados de inversión, las hipotecas (que deben ser de primer grado sobre inmuebles inscritos), las pólizas y las garantías bancarias o de instituciones autorizadas. La norma de comentario prohíbe las garantías sujetas a plazos de caducidad automática o que, por sus condiciones o términos, hagan difícil su cobro.

Para su cuantificación, el tribunal considerará la naturaleza y la entidad de lo que se pretende asegurar, que en este caso serán los daños y perjuicios que se causarán al no poderse restaurar la situación anterior a la ejecución provisional.

Ahora bien, el reciente Código Procesal Civil establece diferentes consecuencias para el evento en que se revoque la sentencia que se ejecutará provisionalmente. En la hipótesis de la ejecución provisional de condena dineraria, el artículo 145 de ese cuerpo normativo prevé el levantamiento de los embargos y la condenatoria al ejecutante al pago de las costas de la ejecución provisional<sup>13</sup> y al resarcimiento de los daños y perjuicios que dicha ejecución haya ocasionado.

En el escenario de la ejecución provisional de condena no dineraria, el precepto 144 *ibidem* ordena que se restaure la situación anterior a la ejecución. No obstante, si ello no fuera posible, se determinarán los daños y los perjuicios causados y se harán efectivas las garantías que se hayan rendido.

## Problemas en la aplicación de la normativa

Una vez que se han descrito las principales características del procedimiento de ejecución provisional que el nuevo Código Procesal Civil introdujo, se entrará en el análisis de situaciones donde la normativa requiere ser interpretada o integrada.

Un primer aspecto a valorar es el tipo de resolución que admite la ejecución provisional. El texto de las disposiciones 65.7 y 141 del Código Procesal Civil del 2016 alude a las sentencias. No obstante, resulta posible ejecutar provisionalmente un auto que aprueba la tasación de costas (aquí existe una condena dineraria).<sup>14</sup>

Con todo, nada impide acudir a la analogía, establecida en el artículo 3.4 de ese cuerpo normativo como mecanismo de integración normativa, para concluir que los autos de condena y de contenido patrimonial son también susceptibles de ser ejecutados de forma provisional. Precisamente, el título de esta monografía se refiere a un concepto general de resoluciones, el cual comprende tanto la ejecución provisional de sentencias como de autos.

Por otro lado, un fallo de condena supone que intervendrá una parte ejecutante victoriosa y una parte ejecutada vencida. Sin embargo, en los procesos no contenciosos no se configura esta dualidad de partes. Más bien, conforme con el artículo 178.1 del reciente Código Procesal Civil, habrá un sujeto interesado que gestionará el avance del proceso y terceras personas o instituciones, a quienes se les concederá audiencia. En dicha hipótesis, no se dicta una sentencia de condena que pueda ser ejecutada provisionalmente. La misma situación se presenta en los procesos sucesorios que se catalogan como procesos especiales en el Código Procesal Civil del 2016.

Existe un supuesto en el que resulta discutible si el trámite de ejecución debe ser provisional o definitivo. Puede ocurrir que el fallo condene al pago de una cantidad de dinero y que la parte actora sea la única impugnante (en tal hipótesis, la parte demandada se habría conformado con el importe de la condenatoria decretada en primera instancia).

Si la parte victoriosa pide la ejecución provisional del punto que la parte vencida consintió al no recurrir la sentencia, podría afirmarse que la ejecución es definitiva<sup>15</sup>, en tanto el órgano superior jerárquico solamente contará con la competencia funcional para modificar o revocar lo dispuesto en primera instancia, en lo que fue objeto de la impugnación de la parte actora, encontrándose prohibida la reforma en perjuicio de la única impugnante.

A pesar de lo anterior, no se puede descartar que el órgano de control decrete oficiosamente la nulidad de lo resuelto, lo que obligaría al dictado de un nuevo fallo de primera instancia.

Una cuestión más a ponderar se relaciona con las salvedades a la ejecución provisional. En efecto, el artículo 141 del nuevo Código Procesal Civil prohíbe este trámite para los casos en que se modifiquen, anulen o cancelen asientos de registros públicos.

Contodo, dentro de las excepciones de comentario, no se incluyeron los fallos en los que se ordene una inscripción en los registros indicados. Sin embargo, se vedó la ejecución provisional de las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública que posteriormente será inscribible en uno de esos registros. Claro está, aparte del otorgamiento de una escritura pública, se puede lograr una inscripción en el registro inmobiliario, a través de la ejecutoria de un fallo que declare la prescripción positiva del derecho de propiedad o de una servidumbre. Y es que resultaría inconsistente una interpretación literal del artículo 141 del cuerpo normativo citado, que sugiera que la ejecución provisional no será de recibo si se ordena la inscripción registral mediante el otorgamiento de escritura pública; pero que sí será viable si se expide una ejecutoria dirigida al registro inmobiliario.

Antes bien, es preciso considerar que la adquisición del dominio a través de la prescripción positiva conlleva la extinción del

derecho de propiedad anterior, lo que implicaría la cancelación del asiento registral que se excluye como forma de ejecución provisional.

Además, la inscripción de un gravamen de servidumbre constituye un mecanismo para modificar un asiento registral que previamente se encontraba libre de esa carga.

Analizando esos factores, se concluye que la ejecución provisional de sentencias que ordenen una inscripción en los registros públicos se halla virtualmente comprendida dentro de las salvedades mencionadas.<sup>16</sup>

Unido a lo expuesto, se debe recordar que los procesos no contenciosos no admiten la ejecución provisional, en tanto sus resoluciones finales no condenan a un sujeto pasivo. Por estos motivos, tampoco podría ejecutarse provisionalmente la inscripción ordenada en unas diligencias de información posesoria.

En la mayoría de ocasiones, es fácil distinguir una condena dineraria frente a otra distinta. No obstante, la condenatoria en abstracto a indemnizar daños y perjuicios genera controversia. Tómese en cuenta que el importe de la condenatoria aún no está cuantificado, de modo que puede discutirse si se trata de una condena no dineraria.

Sin embargo, esta propuesta presenta algunos problemas. En primer lugar, las causales de oposición establecidas en el artículo 143.1 (dificultad o imposibilidad de restaurar la situación anterior o compensar económicamente a la parte ejecutada) están pensadas para circunstancias muy diferentes. Por ende, la parte vencida no contará con una verdadera oportunidad de oponerse a la ejecución provisional. En segundo término, una ejecución de esta naturaleza implicará el desarrollo de un procedimiento incidental que conducirá a un ulterior fallo que cuantificará los extremos condenados en abstracto.<sup>17</sup>

Más allá de un trámite de ejecución, aquí estamos en presencia de un segundo proceso, cuyo resultado dependerá –se genera una prejudicialidad civil- de la suerte que corra la impugnación deducida contra la sentencia del proceso de conocimiento.

Ahora bien, el someter el proceso de ejecución a una prejudicialidad civil en algunos casos no es conveniente porque, si se practica prueba en audiencia, el fallo debe emitirse en un plazo breve para que no se afecten los principios de concentración e inmediación. <sup>18</sup>

En estricto sentido, el embargo, que se decretará por una suma prudencial, es el acto de ejecución que se llevará a cabo en esta clase de asuntos. Con todo, ese trámite es propio de las ejecuciones de condena dineraria. De esta manera, resulta más coherente ubicar las ejecuciones de sentencia con condenatoria en abstracto a indemnizar daños y perjuicios en esta segunda clase de ejecución provisional.<sup>19</sup>

Tal y como se adelantó, el artículo 143.2 del nuevo Código Procesal Civil prevé una audiencia oral para conocer la oposición formulada en torno a la ejecución provisional de condena no dineraria. No obstante, el sistema de oralidad es funcional al principio de inmediación; esto es, habrá necesidad de convocar a las partes a una audiencia oral siempre que exista prueba que practicar.

De lo contrario, en las hipótesis donde solo se adjunta prueba documental, las disposiciones 37.3, 102.2, 102.4 y 103.3 del reciente Código Procesal Civil autorizan que el tribunal prescinda del señalamiento a la audiencia oral y resuelva el punto por escrito. De la regla general que se desprende de las últimas normas citadas<sup>20</sup>, se concluye que el tribunal podrá escoger el procedimiento escrito para conocer la oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria, para el caso en que las partes únicamente aporten prueba documental, sin que esta circunstancia

violente el derecho de defensa o la garantía del debido proceso.<sup>21</sup>

Respecto a las causales de oposición a la ejecución provisional de condena no dineraria, hay dificultad e imposibilidad de restaurar la situación anterior o compensar económicamente a la parte vencida mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

Asimismo, se debe tomar en cuenta la garantía contemplada en el artículo 143.2 del Código Procesal Civil del 2016, la cual precisamente alude a dichos factores. Según se aprecia, la legislación costarricense privilegió la ejecución provisional, dando a entender que la garantía siempre cubrirá a la parte vencida de los daños y perjuicios que se le puedan ocasionar.

Con todo, no se pueden descartar situaciones excepcionales que causen un daño de imposible reparación a la parte ejecutada, el cual no podrá mitigarse a través del otorgamiento de una caución.

A manera de ejemplo, si una sentencia ordena el cese de una actividad económica, la empresa demandada podrá ser conducida a la quiebra, lo que a su vez puede generar efectos socialmente perniciosos como la pérdida de trabajos. En tal escenario, aunque el fallo sea de contenido patrimonial, la garantía no será idónea a efectos de proyectar un grave daño o perjuicio futuro.

Así, se propone interpretar la norma indicada, para aceptar la suspensión de la ejecución provisional en situaciones excepcionales, donde se compruebe que resulta extremadamente difícil o imposible compensar a la parte vencida a través del resarcimiento de los daños y perjuicios.<sup>22</sup>

Cabe apuntar que una resolución en dicho sentido equivaldría a la denegatoria de la ejecución provisional, de forma que podría examinarse en segunda instancia al amparo del canon 67.3.23 del cuerpo normativo indicado.

En torno a los efectos de la revocatoria de la sentencia de condena no dineraria, el artículo 144 del nuevo Código Procesal Civil establece que primero se intentará restaurar la situación anterior a la ejecución. Si no es posible, señala la norma, se determinarán los daños y los perjuicios ocasionados y se harán efectivas las garantías rendidas.

Ahora bien, pueden ocurrir hipótesis en las cuales, a pesar de que se logra restaurar la situación anterior a la ejecución, también se causa un daño o un perjuicio. A manera de ejemplo, si se ejecuta provisionalmente la sentencia de un interdicto de restitución, a la parte victoriosa se le entregará la franja de terreno, respecto de la cual invocó en su demanda una posesión de hecho. Si se revoca posteriormente el fallo de ese proceso sumario, habrá que revertir lo ejecutado, regresándole a la parte demandada la posesión sobre el inmueble. No obstante, durante todo el tiempo que la parte actora permanezca ocupando la finca, a la parte demandada se le habrá privado de los frutos que produce. Ello le ocasionará un perjuicio que tiene que ser resarcido.

En un caso de esta índole, a la parte vencida en primera instancia no solo se le debe restaurar a la situación previa a la ejecución provisional, sino también le asiste el derecho a que se le repare el perjuicio ocasionado.

Con todo, si nos remitimos al texto del artículo 144 del reciente Código Procesal Civil, concluiremos que la liquidación de los daños y los perjuicios, en el proceso donde se revocó la sentencia ejecutada de manera provisional, únicamente será admisible si resulta imposible restaurar a la parte vencida a la situación anterior a la ejecución. <sup>23</sup>

Sin embargo, la interpretación literal comentada se erige como un obstáculo para la liquidación expedita de los daños y perjuicios irrogados que debería autorizarse en el mismo proceso, independientemente de que se haya podido restaurar la situación previa a la ejecución provisional o de que la revocatoria de lo decidido en primera instancia sea total o parcial. <sup>24</sup>

Se detecta una inconsistencia adicional: como efecto de la revocatoria de la sentencia de condena dineraria, la legislación costarricense incluyó las costas de la ejecución provisional. En dicho sentido, véase el artículo 145 del Código Procesal Civil del 2016.

Paradójicamente, en el caso de la condena no dineraria, el artículo 144 de ese cuerpo normativo no hace referencia a las costas de la ejecución provisional. Sin que haya motivos de peso para que en una hipótesis se dé la condenatoria al pago de costas de la ejecución provisional y en la otra no. En fin, se propone interpretar, a tono con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, el precepto 144 mencionado, a efectos de que se puedan cobrar los daños y los perjuicios causados con la ejecución provisional en el mismo proceso donde se promovió, al margen de que sea posible restaurar la situación anterior a la ejecución o de que la revocatoria del fallo sea total o parcial.

De igual modo, se sugiere aplicar por analogía el artículo 145 mencionado, a fin de que se puedan tasar en ese mismo proceso las costas causadas con motivo de la ejecución provisional de la resolución que posteriormente fue revocada.

Resta examinar los alcances del artículo 145 del nuevo Código Procesal Civil. La norma establece que la ejecución provisional de condenas dinerarias se limitará al embargo de bienes y no se admitirá oposición del ejecutado. Es preciso considerar que a la parte vencida no se le permite oponerse a la ejecución provisional en sí misma, lo que no impide que cuestione aspectos directamente relacionados con el embargo, como el monto hasta por el cual se decretó, los bienes en que se hizo recaer, si hay exceso, etc.

En efecto, dicha interpretación garantiza mejor el derecho de defensa, el cual es de raigambre constitucional. Con todo, en la legislación costarricense se pudo autorizar la ejecución provisional más allá del embargo, de forma que se avance –bajo cuenta y riesgo de la parte victoriosa- a estadios procesales ulteriores, sin que se le cause un daño irreparable a la parte vencida.

A manera de ejemplo, los bienes embargados podrían ser valorados y puestos en remate, quedando reservada la aprobación de la subasta pública al resultado de la impugnación que se dedujo contra la sentencia del proceso de conocimiento. A la postre, se escogió una propuesta restringida al embargo, lo que implicará que se ejecutarán los posteriores actos procesales bajo el esquema de la ejecución definitiva, quedándole a la parte vencida la oportunidad de pagar la obligación mientras se realizan dichas actuaciones.

### 5. Conclusiones

El Código Procesal Civil del 2016 introdujo cambios favorables en el ámbito de la ejecución provisional de las resoluciones de condena de contenido patrimonial. Por un lado, se construyó un sistema más coherente, en lo que atañe a los pronunciamientos que admiten la ejecución provisional, y, por otra parte, se facilitó el acceso a dicho procedimiento, en tanto la parte victoriosa solo deberá rendir garantía en una situación concreta. Además, fueron suprimidos los límites temporales para solicitar la ejecución provisional.

Se augura que estas mejoras impactarán de forma positiva en el Sistema de Administración de Justicia costarricense, pues la parte vencedora, aunque deba esperar el resultado de la impugnación que entabló su adversaria, tendrá a su disposición un mecanismo más expedito que le permitirá materializar el derecho que le fue declarado en primera instancia.

Claro está, dentro del proceso debe prevalecer la igualdad de armas entre las partes. El trámite de ejecución provisional no es la excepción. A pesar de que se fomenta la ejecución de un pronunciamiento que aún no se encuentra firme, no se debe perder de vista que pueden ocurrir hipótesis en que la parte vencida quedará en una situación de marcada desventaja. En dichos escenarios, la garantía o la suspensión de la ejecución provisional surgen como contrapesos útiles para equilibrar las posiciones de las partes.

Con todo, las ejecuciones provisionales de condena dineraria y no dineraria siguen orientaciones diferentes. En el caso de las primeras, no se exige la caución; pero la parte acreedora no puede ir más allá del embargo, aunque otras actuaciones, como el avalúo y el señalamiento del remate sujeto al resultado de la impugnación deducida, no le causarían un daño de imposible o de extremadamente difícil reparación a la parte vencida. En las segundas, independientemente de la gravedad del daño que la ejecución provisional pueda ocasionar, a la parte victoriosa le bastará con rendir la garantía que el tribunal estime suficiente, para materializar el derecho declarado en la sentencia de primera instancia.

Acudiendo a la hermenéutica jurídica, se propone reducir las diferencias entre ambas categorías de ejecuciones provisionales. Para tales efectos, se sugiere interpretar el artículo 143.2 del nuevo Código Procesal Civil, en el sentido de que resulta válido suspender la ejecución provisional de condena no dineraria en situaciones muy calificadas, en las cuales se haga imposible o extremadamente difícil compensar los daños y perjuicios que se le ocasionen a la parte vencida.

En el caso del artículo 145 de ese cuerpo normativo, lo ideal sería una reforma legal para que, después de trabarse el embargo, se pueda continuar con el avalúo y el señalamiento para remate, el cual solo se aprobará si se confirma la resolución impugnada.

Por último, al igual que se establece un procedimiento expedito para ordenar la ejecución provisional de resoluciones de condena de contenido patrimonial, es necesario interpretar el artículo 144 del reciente Código Procesal Civil a

fin de incorporar un trámite ágil que le permita a la parte vencida en primera instancia tasar las costas y liquidar los daños y perjuicios, que le causó la ejecución provisional del fallo que se revocó, ya sea parcial o totalmente.

Más allá de la reforma y de las interpretaciones que se recomiendan, es indispensable trabajar en la capacitación –tanto en aspectos de derecho procesal como sustantivo- de las personas juzgadoras, cuyos fallos podrán ejecutarse de manera provisional con mayor frecuencia, a efectos de mitigar el riesgo de que la ejecución de una sentencia defectuosa que, posteriormente sea revocada, les ocasione daños y perjuicios a las personas justiciables.

# Referencias bibliográficas

Olman Arguedas Salazar. (2002). *Comentarios al Código Procesal Civil*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Ignacio Díez-Picazo Giménez. (2005). *La ejecución provisional*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Luis Díez-Picazo. (2008). Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A.

Jorge Alberto López González. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense: según el nuevo código (parte general). San José, Costa Rica: EDiNexo.

Carlos Picado Vargas. *Manual de recursos procesales* (con jurisprudencia): Tomo I. Teoría general de los recursos. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., 2010.

Jaime Vegas Torres. (2005). *La ejecución dineraria*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

### Notas

- Olman Arguedas Salazar. (2002). Comentarios al Código Procesal Civil. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, p. 206.
- Ateniéndonos al texto del párrafo tercero del artículo 563 del Código Procesal Civil derogado, podría interpretarse -en sentido contrario- que no requerirá de garantía la ejecución provisional de los autos, cuya apelación se admita en el efecto devolutivo y que no encuadren en las hipótesis contempladas en esa norma. Con todo, se sugiere una interpretación distinta en situaciones como el levantamiento de una medida cautelar que, si se ejecuta provisionalmente, podría ocasionar un perjuicio irreparable a la parte actora.
- Se dispuso la derogatoria en la Ley 7709 del 20 de octubre de 1997.
- El Código Procesal Civil de 1989 disciplinó en apenas cuatro normas la tutela cautelar. Además, solo reguló dos medidas cautelares típicas: el embargo y la anotación de la demanda. A lo sumo, en materia de propiedad intelectual, existe una normativa más completa que se desarrolló en la Ley 8039.
- Al haber superado el fallo de primera instancia, el control que efectúa el tribunal de apelaciones, existe una mayor probabilidad de que se rechace el recurso de casación, de modo que se justifica la ejecución provisional de las sentencias de segunda instancia. Picado Vargas, Carlos. (2010). Manual de recursos procesales (con jurisprudencia). Tomo I. Teoría general de los recursos. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., p. 310.
- La redacción de tales excepciones es muy similar al artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
- La misma regla contiene el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
- En el Código Procesal Civil de 1989, se establece la regla en el artículo 554, mientras que el Código Procesal Civil del 2016 sigue el mismo criterio en su artículo 66.1.
- A manera de ejemplo, esto sucede en los procesos interdictales y sumarios de peligro en que se tutelan el uso y el disfrute de bienes públicos.
- De lo contrario, a tono con el artículo 136 del reciente Código Procesal Civil, será el mismo tribunal que dictó la sentencia el que la ejecute, sin perjuicio de que la Corte Plena cree tribunales especializados en la ejecución de resoluciones, con la idea de que los otros tribunales se concentren en la celebración de las audiencias orales y el dictado de los fallos de los procesos de conocimiento.
- También se contempla este motivo de oposición en el artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
- El arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado -Decreto Ejecutivo 39 078-JP- no contiene una norma especial que fije los emolumentos por el trámite de una ejecución provisional. Tómese en cuenta que el artículo 23 se refiere a los procesos de ejecución en que resulta necesario dictar una sentencia (por ejemplo, que cuantifique los daños y perjuicios condenados en abstracto); pero esto no ocurre en la mayoría de las ejecuciones provisionales. En consecuencia, hay que remitirse al precepto 27 que prevé la mitad de la tarifa general para los casos expresamente no regulados en dicho cuerpo normativo.
- En el mismo sentido, Ignacio Díez-Picazo Giménez. (2005). La ejecución provisional. Madrid, España: Editorial universitaria Ramón Areces, p. 368.
- En el mismo sentido, Díez Picazo-Giménez Ignacio, op. cit., p. 371.
- Ignacio Díez Picazo-Giménez denomina a esta clase de ejecuciones provisionales, cuya eficacia necesita de una inscripción registral, como "impropias". A la vez, señala que la legislación española únicamente autoriza la anotación preventiva de tales sentencias. Díez-Picazo Giménez Ignacio, op. cit., pp. 367 y 368. Este es el procedimiento fijado en las disposiciones 146, 147 y 114.2 del nuevo Código Procesal Civil.
- Sobre la problemática que surge cuando la sentencia se dicta a destiempo, ver López Gonzále, z Jorge Alberto. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense: según el nuevo código (parte general). San José, Costa Rica. EDiNexo, p.
- 19 La doctrina española denomina a esta clase de ejecuciones como "dinerarias ilíquidas". Vegas Torres Jaime. (2005). La ejecución dineraria. Madrid, España: Editorial universitaria Ramón Areces, p.123.
- Én efecto, se aplica la analogía iuris cuando se deriva de varias normas jurídicas un principio general. En dicho sentido, Díez-Picazo Luis. (2008). Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A., p. 281.
- Recuérdese que el àrtículo 32.1 del nuevo Código Procesal Civil restringe la nulidad a los supuestos en que se haya causado indefensión.
- Una solución análoga se encuentra en el artículo 530.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.
- Desde luego, esa interpretación literal no impediría que al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, la persona que se considere afectada acuda a la vía ordinaria a peticionar el resarcimiento de los daños y perjuicios que estima que se le provocaron.
- En uno u otro escenario, si la ejecución provisional le causa un daño a la parte vencida en primera instancia, resulta lógico permitirle que lo liquide de una sola vez. Distinta es la hipótesis en que se anula o modifica lo dispuesto en primera instancia. Véase que, en el primer caso, el proceso aún no ha finalizado, pues es necesario volver a dictar la sentencia. Mientras que en el segundo supuesto, el resultado del proceso continúa siendo favorable para la parte actora.

# LA PERSONA EMPRESARIA COMERCIAL EN COSTA RICA Y EL DERECHO COMPARADO

M.Sc. Gustavo González Solano¹ gustavo.gonzalezsolano@gmail.com

#### **RESUMEN**

El presente artículo analizará la evolución histórica del comerciante o empresario hasta la actualidad y la comparación de dicha figura en diversos países de Centroamérica, Latinoamérica, Europa y Asia. Las sociedades modernas actuales presentan múltiples cambios, y el derecho debe proponer y aplicar instrumentos y mecanismos que brinden la certeza y la seguridad a la mayoría de estas vicisitudes. Comparar diversas soluciones señaladas en diferentes ordenamientos jurídicas permitirá observar las áreas que aún requieren un mayor desarrollo jurídico, así como también de la misma forma determinar áreas en las cuales es mejor no ejercer alguna intromisión legal para el óptimo desarrollo de las relaciones comerciales y privadas de las personas.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho comercial/persona empresaria/historia/derecho comparado/evolución/

#### **ABSTRACT**

This article analyzes the historical evolution of the trader or entrepreneur to the present and comparing that figure in several countries in Central America, Latin America, Europe and Asia. Modern societies today have multiple changes and the law must propose and implement tools and mechanisms that provide the certainty and security to most of these vicissitudes. Compare various solutions identified in different legal systems allow you to observe the areas that still require further legal development, as well as the same way to determine areas in which it is better not to exercise any legal interference for the optimal development of commercial and private relations people.

#### KEYWORDS.

Commercial law/business person/history/comparative law/evolution/evolution/

<sup>1</sup> Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Email: gustavo.gonzalezsolano@ucr.ac.cr

# 1. Evolución histórica de la persona empresaria

#### 1.1 Primeras civilizaciones

as primeras civilizaciones conocieron el comercio y tenían personas o estamentos de personas dedicadas a dichas actividades, utilizando para ello los rudimentarios mecanismos de escritura como las tablillas de arcilla; pero también sofisticados principios jurídicos actuales y vigentes hoy día.<sup>2</sup>

En el Código de Hammurabi (1792 A.E.C.-1750 A.E.C.), se muestran claramente las normativas relativas a todo tipo de comercio y sus respectivas responsabilidades. Así, por ejemplo, se presenta la prohibición de expropiación privada por deudas comerciales:

50 § Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y luego le entrega un campo sembrado [de cebada] o un campo sembrado de sésamo, será el dueño del campo quien se quede con la cebada o el sésamo nacidos en el campo, y luego le devolverá al mercader el dinero y su interés.

### O bien el fraude comercial:

74 § Si un mercader hace un préstamo de cebada o dinero que genera intereses y, cuando hace el préstamo, entrega el dinero según una pesa pequeña o la cebada según un celemín<sup>3</sup> pequeño, pero luego, cuando cobra, cobra el dinero según una pesa grande o la cebada según un celemín grande, perderá todo lo que haya prestado.

O bien la figura del agente vendedor y sus responsabilidades:

104 § Si un mercader da a un agente cebada, lana, aceite o cualquier mercancía para su venta, que el agente vaya apuntando el dinero que devuelve al mercader; el agente se procurará un recibo sellado por el dinero que le haya ido entregando al mercader.

105 § Si un agente es descuidado y no se procura recibo sellado por el dinero que haya dado al mercader, el dinero que no conste en recibo sellado no se contará en el balance.

Por estos motivos, no es correcto afirmar como lo hacen algunos autores que numerosos derechos, obligaciones o principios jurídicos no han tenido orígenes primitivos ni vigencias jurídicas plenas, anteriores a las compilaciones romanas o del Renacimiento. Muchas de las actuales normativas son eco de normas ancestrales que tienen validez heurística desde hace miles de años atrás.

Cientos de años transcurrirán estipulándose en las diferentes sociedades antiguas modelos de regulación comercial, sin ser expresamente denominadas o referencias como derecho comercial propiamente dicho.

### 1.2 Roma

Inclusive como Uría y Menéndez señalan<sup>4</sup>, Roma no conoció un derecho mercantil propiamente dicho como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado común (*ius civile*).<sup>5</sup>

### 1.3 Edad Media

En la época romana, existió un pretor peregrino que se encargaba de efectuar las adecuaciones y las actualizaciones de *ius civile* a los diversos casos. A falta del pretor peregrino que resolviera en el caso concreto adaptando el *ius civile* que era muy formalista, que favorecía a los deudores y que prohibía la estipulación de intereses, y también por la necesidad de resolver en forma ágil y rápida las controversias, en esta época se crea el llamado *ius mercatorum* o derecho usual basado en las costumbres o los usos de comercio<sup>6</sup>, derecho basado en la forma en que se desarrollaban de hecho las relaciones comerciales entre los comerciantes inscritos en las corporaciones y que,

generalmente, fue incorporado en los estatutos de las mismas corporaciones. <sup>7</sup>

En la Edad Media, los comerciantes hacían negocio utilizando elementos del derecho anglosajón, como las sociedades. Siempre que las personas actuaran juntas con fin de lucro, se consideraban como una sociedad ante la ley. Los primeros gremios generalmente estaban involucrados en la regulación de la competencia entre los comerciantes.

Como Certad señala sobre la historia del derecho comercial:

Su historia puede dividirse, "grosso modo", en tres períodos: el primero que se abre con el inicio del siglo XII y concluye alrededor del año 1550; el segundo concluye con la codificación napoleónica (1808); época que señala el inicio del tercer y último período.<sup>8</sup>

# 1.4 Antes del Código de Napoleón

Para llegar a la primera consolidación del derecho comercial en el Código de Napoleón de 1808 y durante la Edad Media, la Moderna y la Ilustración, se dieron los presupuestos fundamentales para su nacimiento:

-Se pasó de una economía feudal e inmobiliaria y agrícola a una mobiliaria y mercantilista.

-Aumentan el uso y las actividades de las corporaciones que tenían su derecho privilegiado, con ello el uso del derecho comercial crece.

-Para la época monárquica, se impone el control de las ciudades-estado y las monarquías sobre el tráfico mercantil.

-Surgen las primeras leyes objetivas como la Ordenanza de Luis XIV (1673) para regular la actividad comercial de modo objetivo. -La jurisdicción comercial se vuelve actividad y control estatal.

# 1. 5 Código de Napoleón, codificación y Código de Comercio de 1853

La primera codificación de derecho mercantil surge con el Código de Comercio Francés de 1807. Este Código no establece un sistema de actos de comercio, pero sí le da competencia a los tribunales de resolver las diferencias "relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas" (arts. 631, 632 y 633).

En efecto, el artículo 631 del Código de Comercio francés establecía: «Los tribunales conocerán: 1º De todas contestaciones relativas a contrataciones y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros. 2º Entre todas las personas, contestaciones relativas a los actos de comercio.» El "acto de comercio" se convierte así, por obra de la doctrina, en el parámetro para determinar la materia mercantil: En efecto, si el acto de comercio es la materia de competencia de los tribunales, es entonces lo que define qué es la materia mercantil.9

Costa Rica obtiene su primer Código de Comercio (comercio marítimo) el 6 de junio de 1853, y el Libro Tercero del Comercio Marítimo que comprende de los artículos 530 al 940 aún se encuentra vigente.

# 1. 6 Actualidad

La mayoría de los países mantienen dos códigos diferenciados de la materia civil y la materia comercial. Esta situación está cambiando para volver a reunificar el derecho privado. 10 Certad señala:

El derecho comercial tiene sus orígenes en Italia en la época comunal y nace como un derecho de clase, con carácter, por cierto, esencialmente subjetivo, como en derecho de los inscritos en las corporaciones.<sup>11</sup>

Los retos del derecho comercial son ahora internacionales y también virtuales. La llegada de la globalización y las comunicaciones electrónicas e informáticas visualizan un futuro cambiante, con nuevos instrumentos de las empresas que hay que regular de conformidad con los intereses tanto de las personas como de sus usuarios.<sup>13</sup>

# 2. 3. Generalidades sobre la persona empresaria o comerciante

# Noción de persona comerciante o empresaria en la doctrina

Como toda noción o definición jurídica, el concepto de comerciante o empresario no está exento de discusiones doctrinales. Históricamente se han seguido tres criterios para determinar la condición de empresario:

- -el criterio **subjetivo**: lo comercial lo determina el específico **sujeto** que ejerce la actividad.
- -el criterio **material**: lo comercial lo determina la **actividad**, no los sujetos (comerciantes o no comerciantes).
- -el criterio **formal**: el cumplimiento de determinados **requisitos** para considerarlo comercial, independientemente del sujeto o de la actividad.<sup>14</sup>

# A) Definición de comerciante o empresario

Existen múltiples definiciones precisamente dependiendo de los países y autores que establecen las nociones generales de esta figura. Pérez-Sebarrona define el comerciante como:

aquella persona (no importa si física o jurídica) que en nombre propio ejercita (bien personalmente, bien en colaboración de otras personas que pueden representarlo) una actividad de intermediación en el mercado, una actividad de empresa, generalmente con ánimo de lucro.<sup>15</sup>

### Casado señala que:

[...] todo individuo que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia actos de comercio y hace de ello una profesión habitual [...].<sup>16</sup>

Paredes Sánchez y Meade Hervert indican que son:

las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria.<sup>17</sup>

Este término por presión de la doctrina y la jurisprudencia fue sustituido por el más adecuado de "empresario" <sup>18</sup>. Señala Certad que, en el artículo 2082, el Código Civil italiano define muy bien al empresario como:

aquel que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción e intercambio de bienes y servicios.<sup>19</sup>

Así también se da una relación recíproca entre la empresa y el empresario, no puede haber una sin la existencia de la otra parte. Pero es claro que no hay que confundir las nociones de empresa, con las de empresario y hacienda.

### Como Bonilla Reyes señala:

Lo que caracteriza al empresario es la realización de una actividad mercantil en una forma profesional; y no como antiguamente, cuando el sujeto calificaba a la actividad (derecho de los comerciantes).<sup>20</sup>

En los años noventa, nuestra Sala Primera de Casación ya había implementando dicha figura y expresamente indicó las actividades propiamente empresariales:

La empresa es calificada como comercial cuando ejercita actividades típicamente comerciales o industriales. Algunos códigos, e incluso cierta doctrina y jurisprudencia, las ubican como

las residuales de la agraria. Por ser un criterio diferente al de la teoría de los actos de comercio su clasificación resulta distinta de la tradicional. Existen diferentes categorías: 1) Actividad de intermediación en la circulación de los bienes. Es la típicamente comercial. El empresario adquiere bienes y, sin transformar su sustancia, media en su intercambio. La fórmula utilizada por el Derecho Comercial de estar dirigida "al fin [...] del intercambio de bienes" (así el numeral 2082 del Código Civil italiano) no coincide con el criterio básico de intermediación en el comercio de esos bienes. El intercambio, en la expresión más simple, es la enajenación de un bien a cambio de un precio. La intermediación requiere un bien propio o ajeno para luego ser vendido. 2) Actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios: el empresario organiza económicamente su actividad con el fin de producir nuevos bienes, transformando la materia prima, para luego venderlos; aunque no es típicamente comercial, está comprendida dentro de este tipo de empresas. 3) Las actividades de transporte terrestre, acuático o aéreo: consiste en el traslado espacial de personas o cosas por tierra, agua o aire. La empresa constituye actualmente -en la normalidad de los casosun instrumento indispensable para quien realiza la actividad de transporte, debido al gran desarrollo de los medios empleados y al crecimiento de la demanda en la prestación de este tipo de servicios. 4) La actividad bancaria o asegurativa: consiste en la intermediación en la circulación del dinero, en consecuencia, es de las típicamente comerciales. Las empresas bancarias cumplen una doble función: la pasiva consiste en la recolección de ahorros entre el público y se ejerce mediante el depósito bancario; la activa es el ejercicio del crédito y se realiza a través de ese contrato, la anticipación bancaria, etcétera. 5) Las actividades auxiliares: son las realizadas por el mediador y el agente de comercio. El primero realiza una labor de mediación en la relación de dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar en relación de colaboración, dependencia, o representación con ninguna de ellas. El agente de comercio asume el encargo de promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos en una zona determinada y en forma permanente a cambio de una retribución. También son consideradas actividades auxiliares todas las ejercidas por un empresario con ventaja para otros, por ejemplo, las realizadas por agencias de publicidad, agencias de viajes, etcétera.<sup>21</sup> (La negrilla no es del original).

# B) Características de la persona empresaria

Con las características del empresario, sucede lo mismo que con su noción. Existen múltiples requisitos que son valorados por unas personas autoras y otras no, dependiendo su de formación doctrinaria, pero igualmente del sustento normativo en sus propios países. Así Vivante<sup>22</sup> señala a inicios del siglo pasado los requisitos o características que un comerciante tiene:

- i) El ejercicio de actos de comercio en nombre propio.
- ii) La profesión habitual.

No se incluye ningún tipo de elemento adicional, salvo cuestiones de orden y organización contable, registro de su establecimiento y orden de sus finanzas, basado sobre todo en la tesis subjetiva de los actos de comercio. El comerciante solo llevaba a cabo actos de comercio. Dicho criterio se modificó a lo largo de la historia, aceptándose en muchas legislaciones.

Modernamente<sup>23</sup> ya se plantean otros requisitos como los señalados a continuación:

1) Capacidad legal para ser empresario y actuar como empresario: Esto significa cumplir con los requisitos que las leyes comerciales exigen para que una persona pueda ser considerada empresaria, y estas le habiliten la posibilidad de actuar como tal.

Igualmente significa no contar con ningún tipo de incapacidad, inhibiciones o prohibiciones, sea legal o profesional para ejercer la respectiva actividad.

- 2) Ejercicio de la actividad en forma habitual: que no sea una actividad única o esporádica, sino continua, constante, de cierta permanencia, recurrente, organizada y sistemática.
- 3) Ejercicio de la actividad en forma profesional.<sup>24</sup>
- 3) Ejercicio de la actividad en nombre propio independientemente de si es por cuenta propia o ajena: Esto significa adquirir derechos y obligaciones como consecuencia del ejercicio del comercio.<sup>25</sup>

# 3. Noción del empresario como persona física en derecho comercial costarricense

El ordenamiento jurídico costarricense no presenta una única definición de empresario. Se pueden encontrar, por lo menos, dos de ellas.<sup>26</sup> Una en el Código de Comercio y la otra en la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor.

Nuestro Código de Comercio aparentemente sigue el criterio material para la determinación de la actividad comercial: los actos de comercio, pero también aún conserva el criterio subjetivo para su definición. Es decir, especifica que personas físicas o jurídicas son empresarias.

ARTÍCULO 1º.- Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque <u>no sean comerciantes</u> las personas que los ejecuten. Los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario.

Pero, además, en su artículo 5, señala expresamente quiénes son considerados comerciantes, a saber:

- i) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;
- ii) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;
- iii) Las sociedades que se constituyan de

- conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen;
- iv) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y
- v) Las disposiciones de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.

Las personas que ocasionalmente realizan actos de comercio no son consideradas comerciantes; pero quedan sometidas, en cuanto a esos actos, a las leyes y los reglamentos que rigen los actos de comercio.

- B) Inhabilitados para ejercer el comercio.
- i) Los privados de ese derecho por sentencia judicial;
- ii) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; v
- iii) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohíba tal ejercicio.

Las personas extranjeras podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, serán sometidas al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que los tratados o convenios internacionales consignen sobre el particular .

Por lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico aplica un criterio mixto (criterio subjetivo más criterio material), conjuntamente con un criterio formal (para las sociedades) con el fin de definir la naturaleza jurídica de la persona empresaria.

Pero no solo nuestro Código define la naturaleza y el estatuto jurídico de la figura de la persona comerciante o empresaria. La Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472 establece que es:

Comerciante o proveedor. Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

En la resolución 2173-98 de las 13:30 del 02/11/1998, la Comisión Nacional del Consumidor señaló de forma ilustrativa:

SEGUNDO.-[...]En principio la definición de comerciante, se hizo necesaria para delimitar la materia que sería de conocimiento de los tribunales mercantiles y no de los civiles, varios criterios trataron de determinar entonces cuáles relaciones serían reguladas por el Derecho Mercantil, uno de estos criterios consiste en determinar si uno de los sujetos es un comerciante (criterio subjetivo), otro de los criterios establece que esa tutela dependerá de si el acto es un acto de comercio con independencia de quien lo realice (criterio objetivo). Así por ejemplo el Código de Comercio costarricense es considerado predominantemente objetivo, lo anterior por cuanto el artículo 1 dispone que las disposiciones contenidas en ese código rigen los actos y contratos en él determinados "aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten, los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio", en tanto que el artículo 5 define quién es comerciante, en este orden de cosas si bien existen una serie de actos que son de comercio (los contenidos en ese código), también existe una definición de quien es comerciante a efectos de aplicar la presunción. [...]TERCERO.-De la definición de comerciante contenida en el artículo 2, puede concluirse que los comerciantes pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen en nombre propio o por cuenta ajena que en forma habitual ofrezca, venda, arriende, conceda el uso o disfrute de bienes o preste servicios, sin que necesariamente ésta sea su actividad principal. La habitualidad se refiere a que la actividad debe desarrollarse profesionalmente, debe manifestarse al exterior

y dirigirse al mercado en forma pública, sistemática y continua, aunque la actividad puede ser interrumpida no debe ser ocasional. Tampoco debe ser su actividad principal, puede ser accesoria. Este es el sujeto obligado por el artículo 31 de la Ley 7472, el hecho de que una variedad de entes realicen actos de comercio o puedan realizarlos lícitamente, no implica per se que puedan ser sancionados por la Comisión Nacional del Consumidor, a menos que puedan ser calificados como tales de conformidad con el artículo 2 de esa Ley.<sup>27</sup>

El Reglamento (2013) de esta Ley agrega en su artículo 2 definiciones adicionales de interés para el derecho comercial, como empresa, grupo económico y proveedor:

Empresa consolidada: Persona física o entidad de derecho que adquiera y comercialice productos, bienes y servicios terminados o insumos para transformarlos y que sea una unidad productiva de carácter permanente, que cumpla con la formalización legal y que cuente con más de seis meses de facturar su primera venta en la actividad.

**Empresa nueva:** La persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera y comercialice productos, bienes y servicios terminados o insumos para transformarlos. Que cuenta con seis o menos meses de facturar su primera venta en la actividad.

Empresas relacionadas: Empresas que forman parte de un grupo, en el cual una de ellas tiene el control económico sobre la otra, o están sujetas al control común por parte de otra empresa.

**Grupo económico:** Agrupación de personas físicas, jurídicas o unidades de producción económicas, con carácter permanente, bajo un poder o control único que regule o condicione la actividad de todas ellas, a través de situaciones de derecho, en pos de un objetivo común.

**Proveedor:** Persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores.

Con lo cual existe una gran modernización del concepto de empresario y se distingue entre empresarios nuevos o consolidados, proveedores, grupos económicos y empresas relacionadas, y se brinda una serie de derechos y garantías para las personas consumidoras, así como un conjunto de obligaciones y responsabilidades para los y las comerciantes (artículo 34 de la Ley N.º 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor), un conjunto de prohibiciones (artículo 36 y siguientes de dicha Ley) y sanciones en caso de incumplimientos o infracciones (artículo 56 de la ley supracitada).

# 4. El empresario en el derecho comparado

En esta sección, se reseñarán con fines meramente ilustrativos las definiciones que diversos países tienen sobre el comerciante o el empresario.

### A) Nicaragua

El Código de Comercio de **Nicaragua** (1914) señala en su artículo 6 que:

Arto. 6.- Son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria y las sociedades mercantiles o industriales.

Refiriéndose al igual que nuestro país a un sistema mixto de actos de comercio:

Arto. 1.- El presente Código de Comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten. Los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo

la prueba en contrario, y de consiguiente, estarán sujetos a las disposiciones de este Código.<sup>28</sup>

El Código de Comercio de Nicaragua destaca el carácter ordinario y profesional del comerciante; es decir, el criterio subjetivo, pero también contempla actividades comerciales no llevadas a cabo por comerciantes, que es el criterio material, y también además de ser comerciantes, siempre las sociedades no solo comerciales, sino también las industriales, que es el criterio formal. Esto quiere indicar que tiene un criterio mixto de definición de su actividad comercial.

### B) Panamá

El Código de Comercio de **Panamá** (1916) tiene un sistema de lista de actos de comercio el cual indica inicialmente que:

Artículo 12. Toda persona hábil para contratar y obligarse, y a quien no esté prohibida la profesión del comercio, tendrá capacidad legal para ejercerla.

Desde el inicio de su articulado, señala que su objeto no son los comerciantes sino los actos de comercio:

Artículo 1. La Ley comercial rige los actos de comercio, sean o no comerciantes las personas que en ellos intervengan; y las acciones que de ellos resulten o cualesquiera actos relacionados con los mismos se regularán conforme a lo dispuesto en el Código Judicial.

Indica en su artículo 2 cuáles actos serán considerados actos de comercio:

- [...] todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:
- c) la compraventa de géneros comerciales o mercancías propiamente dichas, para lucrarse

en su reventa o por cualquier otro medio de especulación mercantil; 2. La compraventa de títulos de crédito y valores comerciales así de carácter público, o emitidos por el Gobierno o los Municipios, como de carácter privado, o emitidos por particulares o por sociedades mercantiles, para lucrarse en su reventa o por cualquier otro medio de especulación mercantil; 3. La compraventa de cosas incorporales, como los derechos de los autores, las marcas de fábrica, los privilegios industriales, el nombre, firma o razón comercial, etc., para lucrarse en su reventa o por otro medio de especulación mercantil; 4. La compraventa de buques o aparejos, vituallas, combustibles y demás objetos necesarios para la navegación; 5. La compraventa de bienes inmuebles con ánimo de lucro; 6. El cambio y los demás contratos de que pueden ser objeto el dinero y los títulos que le representan en su calidad de mercancías, comprendidos generalmente bajo la denominación de operaciones de banca; 7. La letra de cambio, la libranza y el vale o pagaré a la orden o al portador, el cheque y la carta orden de crédito expedida de comerciante a comerciante, o para atender a una operación mercantil; 8. El mandato en general y la comisión cuando tienen por objeto una operación mercantil; 9. Los mandatos especiales: entre el principal y el factor; entre el principal y el dependiente autorizado para regir una operación mercantil o alguna parte del giro o tráfico de aquél; entre el naviero y el capitán o entre el naviero o el cargador y el sobrecargo; 10. El transporte por vías terrestres o fluviales cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, o cuando siendo cualquiera su objeto, el portador se dedique habitualmente a verificar transportes; PARÁGRAFO. El transporte de mercadería o acarreo de carga prestado por los Agentes Corredores de Aduana en el desempeño de los servicios que presten, no se considerará como actos de comercio para los efectos de las prohibiciones de este Artículo; Este Parágrafo fue Adicionado por el Artículo 1 de la Ley N° 63 de 1 de septiembre de 1978, publicada en la Gaceta Oficial N° 18.670 de 25 de septiembre de 1978. 11. El fletamento o transporte por mar, de cosas y de personas; 12. El depósito, cuando constituye por sí una operación comercial, o cuando se hace como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles; 13. El seguro en general, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o periódica como precio o retribución del seguro; 14. El seguro contra toda clase de riesgos y especialmente contra los marítimos o seguro marítimo; 15. La fianza, la prenda y la hipoteca, cuando garantizan una obligación mercantil o cuando por sí constituyen una operación comercial; 16. La prenda constituida con títulos de crédito público, o efectos o valores públicos o con títulos o resguardos expedidos por los almacenes generales de depósito; 17. La hipoteca naval; 18. El arrendamiento de servicios: entre el corredor ordinario o el agente de cambio y bolsa, y el que solicita la intervención de estos mediadores de comercio; entre el corredor intérprete de buques y el que se vale de sus servicios; entre el principal y el dependiente; entre el naviero y el capitán; y entre el naviero y los oficiales, y los marineros o contratas de ajuste del hombre de mar; 19. El préstamo en general, cuando constituye por sí una operación comercial, o cuando se hace con motivo de una operación de esta naturaleza; 20. El préstamo con garantía de títulos de crédito público o efectos o valores públicos; 21. El préstamo a la gruesa; 22. Las sociedades y asociaciones en participación cuando tienen por objeto una operación comercial; 23. Las cuentas en participación; 24. La cuenta corriente entre comerciantes o con motivo de una operación comercial; 25. Las empresas de abastecimiento y las de librería, imprenta, de tipografía, de manufacturas, de construcciones y de espectáculos públicos, en cuanto excedan de los límites puramente industriales; 26. Los cuasicontratos en los casos de copropiedad del buque y de avería común; 27. Los actos accidentales en los casos de avería particular, como arribada forzosa, abordaje, varamiento y naufragio casuales; y, 28. Cualesquiera otros de naturaleza análoga.<sup>29</sup>

Lo anterior quiere decir que Panamá no sigue un criterio subjetivo, sino un criterio material u objetivo de actos de comercio definiéndolos con una lista de actos.

## C) Honduras

El Código de Comercio de **Honduras** (1950) es más evolucionado y expresamente regula el derecho comercial basado en la empresa, aunque mantiene la nomenclatura de comerciante:

Artículo <sup>o</sup> 1 Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código y de las demás leyes mercantiles en su defecto, por los usos y costumbres mercantiles y a falta de éstos, por las normas del Código Civil. Los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales.

Artículo º 2 Son comerciantes:

- I.- Las personas naturales titulares de una empresa mercantil.
- II.- Las sociedades constituidas en forma mercantil. Se presumirá legalmente que se realizan profesionalmente actos de comercio, o que la sociedad quedó constituida en forma mercantil, cuando de uno o de otro hecho se realice una publicidad suficiente para lleva el convencimiento al ánimo de un comerciante prudente, y cuando se abra un establecimiento al público.

Los extranjeros y las sociedades constituidas con arreglo a leyes extranjeras podrán ejercer el comercio en Honduras con sujeción a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de las limitaciones que legalmente se establezcan. Se considerarán como comerciantes, de acuerdo con lo preceptuado en este Código.

Articulo ° 3 Son actos de comercio, salvo que sean de naturaleza esencialmente civil, los que tengan como fin explotar, traspasar o liquidar una empresa, y los que sean análogos.<sup>30</sup>

Si bien el Código de Comercio de Honduras es una nomenclatura de comerciante, lo hace titular de una empresa, con lo cual el criterio subjetivo es unido al criterio material de las cosas y actos de comercio, conjuntamente con el criterio formal para los comerciantes colectivos.

## D) El Salvador

El Código de Comercio de El Salvador (1902) mantiene el sistema mixto de comerciante y actos de comercio:

Artículo 1.- Comerciantes

Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

Artículo 2.- Régimen jurídico del acto de comercio

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.<sup>31</sup>

El comerciante es definido por su habitualidad, pero también el acto de comercio define lo comercial, criterio material, y por las actividades que las sociedades lleven a cabo, es decir, el criterio formal.

### E) Guatemala

El Código de Comercio de **Guatemala** (1970) tiene un criterio subjetivo basado en la actividad en nombre propio de la persona y un criterio material para definir a los comerciantes y, evidentemente, un criterio formal para los comerciantes colectivos:

ARTÍCULO 2. COMERCIANTES. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: 1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. 2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. 3º. La Banca, seguros y fianzas. 4º. Las auxiliares de las anteriores ARTÍCULO COMERCIANTES SOCIALES. sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.32

### F) México

El Código de Comercio de **México** (1889) define al comerciante como la persona que tiene esa ocupación de manera ordinaria, utilizando el criterio subjetivo. Pero también tiene el criterio de los actos de comercio para los no comerciantes, y el criterio formal para los comerciantes colectivos:

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes: I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Artículo 4o.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las

leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.<sup>33</sup>

Es interesante la alusión particular a los labradores y fabricantes que tengan almacén o tienda, ya, usualmente no serían considerados comerciantes; pero dada la tenencia del expendio de sus productos ("frutas"), sí se consideran comerciantes.

# G) Argentina

El Código de Comercio de **Argentina** de 1867 fue sustituido por el Código Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina (2015)<sup>34</sup>, como Favier Dubois señala:

El Código de Comercio argentino (1867) ha sido expresamente derogado por la lev 26.994, que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y reforma a la Ley de Sociedades (art. 4°). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no obstante, su denominación, ningún capítulo destina a la materia "comercial", ni hace referencia alguna al "acto de comercio", ni al "comerciante", ni a las "obligaciones de los comerciantes", ni a los "agentes auxiliares de comercio", ni tampoco a la "jurisdicción mercantil". El código civil y comercial considera a las "personas" en forma unificada y las clasifica como "personas humanas" o como "personas jurídicas" sin diferenciar entre sujetos "comerciales" y "civiles". También en el nuevo código desaparece la diferencia entre contratos "civiles" y contratos "comerciales". Asimismo, en materia de sociedades, no existe más la sociedad "civil" ni tampoco la sociedad "comercial" ya que conformidad con las reformas de la ley 26.994 a la ley 19.550, la que se denomina ahora "Ley general de sociedades", hay un tratamiento único y no existe más el "objeto comercial" para diferenciar entre sí a las sociedades "de hecho". Tampoco subsiste un registro público "de comercio", sino solamente un "registro público" a secas, y nada se regula específicamente sobre actos inscribibles, procedimientos y efectos de las registraciones.<sup>35</sup>

Dentro del análisis comparativo efectuado, se puede indicar que Argentina es el único país en el mundo que ha hecho la reunificación del derecho privado, regulando toda actividad o gran parte del derecho comercial con el derecho civil. Igualmente, Argentina tiene una Ley de Sociedades<sup>36</sup> y una Ley de Pequeñas y Medianas Empresas, donde el empresario no es propiamente un comerciante, sino un productor de bienes y no participa en el intercambio de bienes y servicios como un comerciante sí lo hace.

# H) Chile

El Código de Comercio de **Chile** (1865) establece una lista de actos de comercio:

Art. 3°. Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 1°. La compra y permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas. Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales industria no comercial. 2°. La compra de un establecimiento de comercio. 3°. El arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas. 4°. La comisión o mandato comercial. 5°. Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafées y otros establecimientos semejantes. 6°. Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables. 7°. Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos. 8°. Las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa. 9°. Las empresas de seguros terrestres a prima, inclusas aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos. 10. Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio. 11. Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje. 12. Las operaciones de bolsa. 13. Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas. 14. Las asociaciones de armadores. 15. Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas. 16. Los fletamentos, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo. 17. Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos. 18. Las convenciones relativas a los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación. 19. Los contratos de los corredores marítimos, pilotos lemanes y gente de mar para el servicio de las naves. 20. Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza.<sup>37</sup>

El Código de Chile se adhiere completamente a una noción de actos de comercio, dejando de lado el criterio subjetivo del comerciante; pero igualmente no tiene adoptada la noción de empresario o empresa, y tiene el criterio formal en uso solamente para las sociedades o el comerciante colectivo.

# I) Colombia

El Código de Comercio de **Colombia** (1971) establece tanto un sistema mixto de lista de actos de comercio, con la definición moderna de "profesionalidad" de la actividad:

ARTÍCULO 10. Comerciantes. Concepto. Calidad. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

ARTÍCULO 11. APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMERCIALES A OPERACIONES MERCANTILES DE NO COMERCIANTES. Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.

ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos; 5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos; 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras; 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje; 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora; 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados; 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes; 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes; 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones; 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza; 17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes; 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.<sup>38</sup>

El Código de Comercio de Colombia desarrolla una noción novedosa para definir al comerciante mediante su profesionalidad; pero no toma aún la noción de empresario. Igualmente cuenta con una lista de actos de comercio con lo que enfatiza su criterio material para la definición de las actividades comerciales.

# I) Brasil

El Código de Comercio de **Brasil** (1977) define al comerciante por la habitualidad y una lista de actos de comercio:

Art. 4o. (CONCEPTO DE COMERCIANTE). Comerciante es la persona habitualmente dedicada a realizar cualquier actividad comercial, con fines de lucro. La calidad de comerciante se la adquiere aún en el caso de que la actividad comercial sea ejercida mediante mandatario, intermediario o interpósita persona.

Art. 60. (ACTOS Y OPERACIONES DE COMERCIO). Son actos y operaciones de comercio, entre otros: 1) La compra de mercaderías o bienes muebles destinados a su venta en el mismo estado o después de alguna transformación, y la subsecuente enajenación de ellos, así como su permuta; 2) La adquisición o alquiler de maquinaria en general o implementos para alquilarlos o subalquilarlos y el alquiler o subalquiler de los mismos; 3) La compra venta de una empresa mercantil o establecimiento comercial o la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés del fondo social; 4) La recepción de dinero en préstamo o mutuo con garantía o sin ella, para proporcionarlo en préstamo a interés y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente préstamos de dinero a interés; 5) La compra o permuta de títulos-valores públicos o privados, con el ánimo de negociarlos y el giro, otorgamiento, aceptación o negociación de los mismos; 6) Las operaciones de bolsa, de rematadores, el corretaje, las comisiones y la representación o agencias de firmas nacionales o extranjeras; 7) Las fianzas, avales y otras garantías otorgadas en actos y operaciones mercantiles; 8) La actividad empresarial de las entidades que medien habitualmente entre la oferta y la demanda publica de recursos financieros, así como las operaciones y servicios de intermediación de las mismas, y el cambio de monedas; 9) La actividad empresarial de entidades de seguros a prima o mutuos, sobre daños patrimoniales y personas. 10) La actividad industrial dedicada a la fabricación de bienes mediante la transformación de materias primas, adquiridas o de propia producción; 11) La actividad empresarial de transporte de personas o cosas a título oneroso, cualquiera sea la vía o medio utilizado; así como la del ramo de comunicaciones; 12) La actividad empresarial de depósito de mercaderías y bienes, así como de suministros; 13) actividad empresarial de hoteles, pensiones, residenciales, restaurantes, bares, cafés, espectáculos públicos y otros establecimientos semejantes; 14) La actividad empresarial de publicación de periódicos, editoriales, tipografías, fotografías, multicopias, librerías, noticias, informaciones y propaganda; 15) La actividad empresarial de sanatorios, clínicas, farmacias y otras similares, incluyendo las funerarias; 16) La actividad empresarial de construcciones y edificaciones en general comprendiendo las dedicadas a montajes, instalaciones y otros; 17) La actividad empresarial dedicada a la industria extractiva, así como al aprovechamiento y explotación de recursos naturales renovables y no renovables: 18) La actividad empresarial de promoción de negocios o de su administración; 19) Las empresas privadas dé educación y enseñanza organizadas con fines de lucro; 20) Las actividades bancarias; 21) Los demás actos y contratos regulados por este Código.<sup>39</sup>

El Código de Comercio de Brasil utiliza el criterio subjetivo para la definición del comerciante, aunque con una amplificación de sus efectos, ya que incluye a los intermediarios, es decir, a los que trabajan en nombre y por cuenta ajena. De igual manera, reafirma el criterio material al establecer una lista de actos de comercio.

### K) España

El Código de Comercio de **España** comparte la habitualidad como elemento caracterizador de la noción de comerciante:

Artículo 1. [Definición de comerciantes] Son comerciantes para los efectos de este Código: 1º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código. Artículo 2. [Actos de comercio] Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.40

En el Código de Comercio de España, el criterio subjetivo de la habitualidad y la lista de actos de comercio determinan un criterio mixto para definir las actividades comerciales.

### L) Francia

El Código de Comercio de **Francia** (2006) define al comerciante como:

Artículo L121-1 Serán considerados comerciantes aquellos que ejerzan actos de comercio y que hagan de ellos su profesión habitual.

Artículo L110-1 La Ley considerará actos de comercio: 1° Toda compra de bienes muebles para la reventa, bien en su estado original, bien tras haberlos modificado y adaptado por medio de un trabajo realizado sobre ellos; 2° Toda compra de bienes inmuebles para revenderlos, a menos que el comprador haya actuado con la intención de edificar uno o varios edificios y venderlos en conjunto o por locales; 3° Toda

operación de intermediación para la compra, la suscripción o la venta de inmuebles, de fondos de comercio, de acciones o partes de acciones o participaciones de sociedades inmobiliarias; 4° Toda empresa de alquiler de bienes muebles; 5° Toda empresa de manufacturas, de comisión, de transporte por tierra o por agua; 6º Toda empresa de suministros, de representaciones, oficinas de negocios, establecimientos de venta por subasta, de espectáculos públicos; 7º Toda operación cambiaria, bancaria, de corretaje; 8° Todas las operaciones de establecimientos bancarios públicos; 9º Todas las obligaciones entre tratantes, comerciantes y banqueros; 10° Toda negociación sobre letras de cambio. Artículo L110-2 La ley considerará igualmente actos de comercio: 1º Toda empresa de construcción, de compraventa y de reventa de embarcaciones para la navegación interior y exterior; 2º Todas las expediciones marítimas; 3º Toda compra o venta de aparejos, accesorios y avituallamiento para una embarcación; 4º Todo contrato de transporte marítimo y fletamento de una nave, suscripción o concesión de un préstamo a la gruesa; 5º Todo tipo de pólizas de seguros y otros contratos relativos al comercio marítimo; 6° Todo acuerdo y convenio en cuanto a la contratación y a la retribución de las tripulaciones; 7º Todo contrato de enrolamiento para el servicio de los buques mercantes.

El Código de Comercio de Francia define al comerciante por su habitualidad y por una lista de actos de comercio, con lo cual establece como muchos países un criterio mixto de sus actividades comerciales.<sup>41</sup>

### M) Alemania

El Código de Comercio de **Alemania** (1897):

Según el HGB, se considera comerciante, al que lleva a cabo una actividad mercantil o que se encuentra inscrito como tal en el registro mercantil. Existen varios tipos de comerciantes en Alemania. No solo se trata de personas naturales,

sino también de tipos de sociedades que por forma tienen la consideración de comerciantes.

Mientras que la persona que por la actividad mercantil se considera necesariamente comerciante (se presume *iuris tantum*, que el que lleva a cabo una actividad mercantil es comerciante) tiene que inscribirse obligatoriamente en el registro mercantil, hay otros que solo a través de la inscripción consiguen este estatus.

La inscripción en el registro mercantil (que abarca hasta la razón social exacta, la sede de la sociedad, la situación del propietario, eventuales limitaciones de la responsabilidad, personas con facultad de representación así como cancelaciones y avisos de las cancelaciones propuestas) da la posibilidad de obtener información exacta sobre las partes del comercio. El registro mercantil da fe pública tanto en el sentido positivo (lo que está inscrito se considera veraz aunque no coincida con la realidad) como en el negativo (los hechos no inscritos se consideran como no existentes).

Los tipos de comerciantes según el Código de Comercio son:

- I. Comerciante fáctico (Ist-Kaufmann): Es obligatoriamente comerciante y tiene que inscribirse en el registro mercantil cuando se dedique a una actividad comercial.
- 1. Sociedad comercial (Offene Handelsgesellschaft, OHG): Se trata de una sociedad civil y su objeto es una actividad comercial. En esta sociedad, existe la responsabilidad ilimitada de cada socio por las obligaciones y deudas de la sociedad. La representación corresponde a cada socio solidariamente. No existe un capital social mínimo.
- 2. Sociedad comanditaria (Kommanditgesellschaft, KG): Es una sociedad personal que tiene dos tipos de socios: el socio colectivo (también socio de responsabilidad personal) que responde ilimitadamente (dado que el socio no necesariamente necesita ser una

persona natural, en la práctica se suele instar como socio colectivo una sociedad de responsabilidad limitada, normalmente la GmbH. Entonces se trata, pues, de una GmbH & Co KG), y el socio comanditario. El último responde solamente dentro del límite de sus aportaciones inscritas en el registro mercantil (al menos  $1 \in$ ) y que pueden diferir de la aportación real que hace en la sociedad (que puede ser más alta). La representación de la sociedad corresponde exclusivamente al socio colectivo.

- 3. Comerciante registrado (eingetragener Kaufmann, e.K.): Se trata de una persona natural que se considera comerciante por el hecho de dedicarse a una actividad comercial y, por esto, obligatoriamente, tiene que inscribirse en el registro mercantil.
- II. Comerciante por forma legal (Form-Kaufmann): Por su forma legal, siempre se consideran comerciantes las sociedades comerciales.<sup>42</sup>

### N) China

El Código de Comercio de China (1999) se basa en el sujeto que tiene una actividad en nombre propio y las empresas:

Artículo (empresarios comerciales)

Son propietarios de negocios comerciales: a) en su propio nombre, posee u opera toda empresa comercial física o jurídica a través de un tercero; b) las empresas.

Artículo (empresas comerciales)

En primer lugar, las empresas comerciales dedicadas a los medios de producción y los elementos del grupo para sostener la actividad económica y el beneficio de negociación para fines de producción.

Organizaciones, en particular, las siguientes actividades: a) la producción de bienes o servicios de la actividad industrial;

b) la intermediación de los productos en circulación; c) las actividades de transporte; d) las actividades bancarias y de seguros; e) las actividades auxiliares Medios de actividad.

En segundo lugar, los factores de producción no se pueden separar de las principales actividades y las actividades que no se consideran empresas comerciales sean económicas.<sup>43</sup>

El Código de Comercio de China establece una lista de actividades que el comerciante realiza dentro de sus actividades comerciales. No es técnicamente una lista de actos, sino una lista de actividades usualmente comerciales o empresariales con lo cual su definición es progresista y avanzada.

### Ñ) Japón

El Código de Comercio de **Japón** (1899) señala que:

Capítulo II comerciante (definición) un "comerciante" en el artículo de esta ley, significa que 1) una persona involucrada en el negocio para hacer una transacción comercial con su propio nombre. 2) Tienda u otra persona que se dedica a una persona o alguna manera involucrada en el negocio de vender mercancías por el equipo que es similar a esto, incluso una persona que no trabaja para hacer una transacción comercial, es considerado esto como un comerciante.<sup>44</sup>

El Código de Comercio de Japón usa un criterio subjetivo, sin lista de actos de comercio, pero destaca la actividad comercial para su definición. Por este motivo, se puede interpretar que prácticamente es un empresario, la esencia utilizada en esta normativa.

### Conclusiones

Elderechocomercial define a la persona empresaria como aquella que ejercita profesionalmente una

actividad económica organizada hacia el fin de la producción o el intercambio de bienes o servicios.

Para ser considerada comerciante, una persona física debe reunir entonces los siguientes requisitos a la vez: tener capacidad jurídica; ejercer actos de comercio en nombre propio y hacer de ellos su ocupación habitual; los efectos jurídicos de esa actividad, tanto activos como pasivos, deben ser imputables a él, es decir, que incidan directamente sobre su patrimonio.

Si una persona física figura como miembro en la junta directiva de una sociedad anónima, y además las personas constituyentes de la sociedad son sus parientes, por esto no se convierte en comerciante.

La sociedad en sí misma sí es considerada por el Código de Comercio, por definición, como comerciante, pero no les transmite esa calidad a las personas físicas que figuren como sus representantes legales.

En el artículo 5 °, el Código de Comercio califica como comerciantes a las sociedades constituidas según sus disposiciones, sin importar el objeto o la actividad que desarrollen (inciso c). En consecuencia, es correcto aplicar el plazo de prescripción de cuatro años previsto por el artículo 984 del Código de Comercio, y no el de diez años del 868 del Código Civil.

La compraventa se presume mercantil cuando un comerciante la realiza, salvo que se pruebe que no encuadra en algunas de las acepciones reguladas en el numeral 438 del Código de Comercio.

Una actividad agraria principales la de producción de productos agrícolas, entendiéndose estos como la cría de animales o el cultivo de vegetales, y las actividades agrarias por conexión son realizadas por el mismo empresario agrícola de transformación, industrialización, enajenación o comercialización de productos agrícolas.. Si las realiza otro empresario no vinculado directamente con la actividad principal, estas últimas serían

comerciales, pues esa es su naturaleza, aun cuando se trate de transformar, industrializar, enajenar o comercializar productos agrícolas, pues el elemento calificante de la empresa no es el bien "producto agrícola", sino, por el contrario, la "producción agrícola", en suma, la actividad agraria.

Aquellas personas o empresas que se dedican al giro agrícola no están obligadas a pagar impuestos municipales a la accionada, puesto que la transformación y el tratamiento con productos químicos a que alude el informe del asesor legal, en el caso de la actora, no está dirigido a obtener productos nuevos, ni se trata tampoco de un intermediario, sino el proceso normal que los productos agrícolas sufren, por lo que la accionante se enmarca dentro de lo que se conoce como empresa agrícola, no equiparable a una industria o comercio, como el ente corporativo lo ha entendido.

Puede configurarse la compraventa mercantil en Costa Rica a través de tres vertientes distintas: la primera deriva del sujeto, quien es el empresario y figura como vendedor en el contrato (inciso a); la segunda se origina en un elemento subjetivo, que es la idea o el propósito especulativo, no del vendedor sino del *accipiens*, es decir, el comprador (inciso b); la tercera parte de la naturaleza del objeto, la cual determina la del contrato mismo (inciso c).

La empresa es calificada como comercial cuando ejercita actividades típicamente comerciales o industriales. Por ser un criterio diferente al de la teoría de los actos de comercio, su clasificación resulta distinta a la tradicional. Existen diferentes categorías: 1) La actividad de intermediación en la circulación de los bienes. Es la típicamente comercial. El empresario adquiere bienes y, sin transformar su sustancia, media en su intercambio. La fórmula utilizada por el derecho comercial de estar dirigida "al fin ... del intercambio de bienes" (así el numeral 2082 del Código Civil italiano) no coincide con el criterio básico de intermediación en el comercio de esos

bienes. El intercambio, en la expresión más simple, es la enajenación de un bien a cambio de un precio. La intermediación requiere un bien propio o ajeno para luego ser vendido. 2) La actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios: el empresario organiza económicamente su actividad con el fin de producir nuevos bienes, transformando la materia prima, para luego venderlos; aunque no es típicamente comercial, está comprendida dentro de este tipo de empresas. 3) Las actividades de transporte terrestre, acuático o aéreo consisten en el traslado espacial de personas o cosas por tierra, agua o aire. La empresa constituye actualmente -en la normalidad de los casos- un instrumento indispensable para quien realiza la actividad de transporte, debido al gran desarrollo de los medios empleados y al crecimiento de la demanda en la prestación de este tipo de servicios. 4) La actividad bancaria o asegurativa consiste en la intermediación en la circulación del dinero, en consecuencia es de las típicamente comerciales.

Las empresas bancarias cumplen una doble función: la pasiva consiste en la recolección de ahorros entre el público y se ejerce mediante el depósito bancario; la activa es el ejercicio del crédito y se realiza a través de ese contrato, la anticipación bancaria, etcétera. 5) Las actividades auxiliares son las realizadas por el mediador y el agente de comercio. El primero realiza una labor de mediación en la relación de dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar en relación de colaboración, dependencia o representación con ninguna de ellas. El agente de comercio asume el encargo de promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos en una zona determinada y, en forma permanente, a cambio de una retribución. También se consideran actividades auxiliares todas las ejercidas por una persona empresaria con ventaja para otras, por ejemplo, las realizadas por agencias de publicidad, agencias de viajes, etc.

Al día de hoy, independientemente de la manera en que se constituya una persona jurídica, ya sea, conforme a la Ley de Asociaciones o bajo alguna de las formas societarias establecidas en el Código de Comercio, si su fin principal es el lucro o no, o bien, deba ser regulada por el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada, se rige por las leyes comerciales, en cuanto a los actos de comercio que lleve a cabo.

### Referencias bibliográficas

### Diccionarios

Diccionario de la Real Académica de la Lengua Española, varias ediciones.

Casado, María Laura. (2011). Diccionario de derecho comercial. Buenos Aires: Valleta

### Ediciones.

### Libros

Alegría, Héctor. (2009). Tratado de la empresa. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Araya, Miguel. (2008). Derecho de la empresa y del mercado. Buenos Aires: Editorial La Ley,

Arroyo Chacón, Jennifer Isabel y Bolaños González, Jimmy. (2013). Derecho empresarial. San José: EUNED, Primera edición,

Bataller Grau, Juan. (2008). Curso práctico de derecho de la empresa. Madrid: Editorial M. Pons.

Broseta Pont, Manuel. (2011)..Manual de derecho mercantil. Madrid: Editorial Tecnos, décimo octava edición.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis. (2008). Derecho comercial en el siglo XXI. Bogotá: Editorial Temis. Certad M., Gastón. (1988). Temas de derecho comercial. San José: Editorial Alma Mater, primera edición.

Certad M., Gastón. (1988). Las más complejas formas de colaboración orgánica: las relaciones

asociativas. San José: Editorial Alma Mater, Tercera edición.

Gallego Sánchez, Esperanza. 2012. Derecho de la empresa y del mercado. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Segunda Edición.

Linares Vesga, Jesús Ángel. (2013)..Curso de derecho comercial: parte general. Bogotá:\_Grupo Editorial Ibañez, tercera edición,

Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús. (2008). Nociones de derecho mercantil. Madrid: Editorial Marcial Pons, tercera edición.

Medina Vergara, Jairo. (2008). Derecho comercial: parte general. Bogotá: Editorial Temis, cuarta edición.

Menéndez Menéndez, Aurelio. (2012). .Lecciones de derecho mercantil., Navarra: Editorial Civitas, décima edición.

Montero Fenollós, Juan Luis. (2013). Breve historia de Babilonia. Madrid: Ediciones Nowtilus R.L.

Narváez, García. (2008). José Ignacio. Introducción al derecho mercantil. Bogotá: Editorial LEGIS, décima edición,

Paredes Sánchez, Luis Eduardo y Meade Hervert, Olivier. (2014). Derecho mercantil, parte general y sociedades. México D. F.: Editorial Larousse-Grupo Editorial Patria,

Pérez-Serrabona González, José Luis. (2000). El empresario mercantil en lecciones de derecho mercantil. Compilador Jiménez Sánchez, Guillermo J. Madrid: Editorial Tecnos S. A., Primera edición.

Petit, Eugene. (2009).Tratado elemental de derecho romano. México: Editorial Porrúa.

Sánchez Calero, Fernando. Instituciones de derecho mercantil. Navarra: Editorial Aranzadi.

Sánchez Calero, Fernando. (2007). Principios de derecho mercantil. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, décimo segunda edición.

Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. Lecciones de derecho mercantil. Navarra, España: Thomson, Civitas, quinta edición.

Vega Vega José Antonio. (2015). Derecho mercantil electrónico, Madrid: Editorial Reus.

Vivante, César. Derecho mercantil. Madrid: Editorial la España Moderna, varias ediciones, p. 50.

### Artículos de revista

Bonilla Reyes, Julio Enrique. (1998). La empresa y el empresario. En Revista de Derecho Privado, Bogotá, n.º 3, enero/junio.

### Leyes y códigos

### Constitución Política de 1949

Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos

Código de Comercio de 1853

Código de Comercio de 1964

Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Reglamento de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

### Resoluciones judiciales

1)SALAPRIMERADE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 068-C-91, San José, de las dieciséis horas diez minutos del ocho de mayo de mil novecientos noventa y uno.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 104-92, San José, de las catorce horas cuarenta minutos del tres de julio de mil novecientos noventa y dos.

3) SALA PRIMERA DE LA CORTESUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 44-94, San José, a las catorce horas treinta minutos del quince de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 7-94, San José, de las catorce horas treinta minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º 000134-F-SI-2011, San José, de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de febrero de dos mil once.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución 000296-F-2007, San José, de las diez horas cincuenta minutos del veintiséis de abril de dos mil siete.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n.º. 86-89, San José, de las quince horas treinta minutos del primero de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. Resolución n.º 012, San José, de las diez horas diez minutos del diez de enero de dos mil catorce.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA. Resolución n.º 136, San José, de las diez horas, treinta minutos del treinta de mayo de dos mil siete.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN I Sentencia n.º 00212 de las catorce horas y cinco minutos del nueve de septiembre de dos mil quince.

TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II Circuito Judicial de San José n.º 347-2002 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de octubre de dos mil dos.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN I. Resolución n.º 20 del dieciséis de enero de dos mil catorce.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. Resolución n.º 380 San José, de las diez horas cincuenta minutos del veintitrés de octubre de dos mil catorce.

### Notas

- 2 Montero Fenollós, Juan Luis. (2013). Breve historia de Babilonia. Madrid: Ediciones Nowtilus R.L., p. 42.
- 3 Según el Diccionario de la Real Académica de la Lengua española: Quizá del ár. hisp. \*□amaní 'de un octavo'.1. m. Medida de capacidad para áridos, que tiene 4 cuartillos y equivale en Castillaa 4,625 l aproximadamente.
- 4 Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. (2007). Lecciones de derecho mercantil. ,Navarra, España: Thomson, Civitas quinta edición, p. 31.
- 5 Así también Petit, Eugene. (2007). Tratado elemental de derecho romano. México: Editorial Porrúa, p. 442 al explicar el tema del gestor de negocios en Roma.
- Véase Espinoza Blanco, Ana Lucía. Introducción al derecho comercial. Clase 1: Pasado, presente y futuro del derecho comercial en http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo\_site\_admin/assets/docs/Clase\_1\_-\_Pasado\_presente\_y\_futuro\_del\_derecho\_comercial\_\_2008-03-10.67203207.pdf
- La palabra "corporación" se deriva del latín corpus, palabra para cuerpo. En la época de Justiniano (527-565), el derecho romano reconoció una serie de entidades corporativas bajo los nombres universitas, corpus o collegium. Estos incluían al propio Estado (populus Romanus), a los municipios y a las asociaciones privadas tales como patrocinadores de cultos religiosos, clubes de entierro, grupos políticos y gremios de artesanos o comerciantes. Tales organismos tenían el derecho a poseer propiedad, a hacer contratos, a recibir donaciones y legados, a demandar y ser demandados, y, en general, a realizar actos jurídicos por medio de representantes. A las asociaciones privadas se les concedió privilegios y libertades designados por el emperador. Las entidades que llevaban a cabo negocios y tenían derechos legales se encontraban en la antigua Roma, y el Imperio Maurya en la antigua India. En la Europa medieval, las iglesias se convirtieron en corporaciones, al igual que los gobiernos locales. El punto era que la corporación sobreviviera más tiempo que la vida de cualquier miembro en particular. La supuesta empresa comercial más antigua del mundo, la comunidad minera Stora Kopparberg en Falun, Suecia, obtuvo su acta constitutiva del rey Magnus Eriksson en 1347. Ver https://es.wikipedia. org/wiki/Corporaci%C3%B3n
- 8 Certad M. Gastón. (1988). Temas de derecho comercial. San José: Editorial Alma Mater, p. 10.
- 9 Espinoza Blanco, Ana Lucía, op. cit., p. 7.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis, (2008). Derecho comercial en el siglo XXI. Bogotá, Editorial Temis, p. 24. También Gallego Sánchez, Esperanza. (2012). Derecho de la empresa y del mercado. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Segunda Edición, p. 12
- 11 Certad M., Gastón. (1988). Temas de derecho comercial. San José: Editorial Alma Mater, Tercera edición, p. 10.
- 12 Vega Vega José Antonio. (2015). Derecho mercantil electrónico. Madrid: Editorial Reus, p. 22.
- 13 Véase Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús. Nociones de derecho mercantil. Madrid: Editorial Marcial Pons, Tercera Edición, 2008, 44, y Linares Vesga, Jesús Ángel. Curso de derecho comercial: parte general. (2013). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Tercera edición, p. 32.
- 14 Bonilla Reyes, Julio Enrique.. (1998). La empresa y el empresario. Revista de Derecho Privado. Bogotá, n.º 3, enero/junio, p. 114
- 15 Pérez-Serrabona González, José Luis. (2000). El empresario mercantil en Lecciones de derecho mercantil. Compilador Jiménez Sánchez, Guillermo J. Madrid: Editorial Tecnos S. A., Primera edición, p. 80.
- 16 Casado, María Laura. (2011). Diccionario de derecho comercial. Buenos Aires: Valleta Ediciones, p.
- 17 Paredes Sánchez, Luis Eduardo y Meade Hervert, Olivier. (2014). Derecho mercantil, parte general y sociedades, México, D. F.: Editorial Larousse-Grupo Editorial Patria, p. 36.
- Broseta Pont, Manuel. (2011). Manual de derecho mercantil. Madrid: Editorial Tecnos. Décimo octava edición, p. 11; Arroyo Chacón, Jennifer Isabel y Bolaños González, Jimmy. (2013). Derecho empresarial. San José: EUNED, primera edición, p. 23; Véase Alegría, Héctor, Tratado de la Empresa, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2009, p. 34; Bataller Grau, Juan, Curso práctico de Derecho de la Empresa, Madrid, Editorial M. Pons, 2008.
- 19 Gaston, Certad. (1988). Temas de derecho comercial. San José: Editorial Alma Mater. Tercera edición, p. 35: "El empresario es un sujeto, una persona física o jurídica; la empresa es una actividad económica, organizada y ejercida por el empresario o por otro en su nombre; la hacienda es una cosa: el conjunto de bienes heterogéneos, el instrumento del que se sirve el empresario, o quien lo representa, para el ejercicio de la empresa".
- 20 Bonilla Reyes, Julio Enrique. (1998). La empresa y el émpresario. En Revista de Derecho Privado. Bogotá, n.º 3, enero/junio, p. 114.
- 21 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia n.º 7, San José, a las catorce horas treinta minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.
- 22 Vivante, César. Derecho mercantil. Madrid: Editorial la España Moderna, varias ediciones, p. 50.
- 23 Araya, Miguel. (2008). Derecho de la empresa y del mercado. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 41.
- Véase Medina Vergara, Jairo. Derecho comercial: parte general. (2008). Bogotá: Editorial Temis, Cuarta edición, , p. 56.
- 25 Narváez, García, José Ignacio. (2008). Introducción al derecho mercantil. Bogotá: Editorial LEGIS, Décima edición, p. 51.
- Se podría señalar que el TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA DOMINICANA CENTROÂMÉ-RICA Y LOS ESTADOS UNIDOS [...] también tiene una definición al señalar que en su artículo 2.1 que "empresa significa cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro, y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, coinversión, u otra asociación". Pero ella no altera ni amplia la noción interna en nuestro país.
- 27 COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR. Resolución 2173-98 de las 13: 30 del dos de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.
- 28 En sitio web: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\_nic\_comercio.pdf
- 29 En sitio web: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://pizarrolawfirm.net/DOCUMENTOS/CODI-GO\_DE\_COMERCIO.doc

- $En \ sitio \ web: http://www.sefin.gob.hn/wp-content/uploads/leyes/C\%C3\%B3digo\%20del\%20Comercio.pdf$
- En sitio web: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/co-31 digo-de-comercio
- En sitio web: http://leydeguatemala.com/codigo-de-comercio/articulo-2-comerciantes/2469/
- 33
- En sitio web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3\_070416.pdf En sitio web: http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion
- FAVIER DUBOIS. (Eduardo M.). La derogación del derecho comercial por el nuevo Código Civil: apariencia y reali-35 dad en el sitio web: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad/
- En sitio web: http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/LEY\_DE\_SOCIEDADES\_COMERCIALES.pdf 36
- 38
- 39
- http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974

  Del sitio web: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102

  Del sitio web: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo015es.pdf

  Del sitio web: http://www5.poderjudicial.es/secp1011/Documentaci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ol/Textos%20lega-les%20b%C3%A15icos/Legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20mercanl/C%C3%B3digo%20de%20Comercio.pdf
- 41
- En sitio web: http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=6044
  Obtenido de Cámara de Comercio Alemanda para España en el sitio web: http://www.ahk.es/fileadmin/ahk\_spanien/ news\_bilder\_und\_dokumente/actualidad\_juridica/Contratos\_mercantiles\_Alemania\_01092011.pdf
- En el sitio web: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\_id=194872#LinkTarget\_4850 En el sitio web: http://www.ron.gr.jp/law/law/shouhou1.htm 43
- 44

## LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN LA LEY DE BIODIVERSIDAD DE COSTA RICA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: AVANCES Y PERSPECTIVAS

M.Sc. Jorge Cabrera Medaglia<sup>t</sup> jorgecmedaglia@hotmail.com

### **RESUMEN**

El presente artículo pretende analizar las principales disposiciones contenidas en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, relacionadas con el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos, la protección del conocimiento tradicional asociado a estos y los derechos de propiedad intelectual. Después de una breve explicación sobre los antecedentes y el proceso que condujeron a la redacción de la Ley de Biodiversidad, se estudian las principales normas relacionadas con los tópicos antes citados y su estado de implementación. Se mencionan las disposiciones más relevantes contenidas en el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios. Se describen algunas iniciativas desarrolladas por las autoridades competentes para la determinación de los derechos comunitarios intelectuales sui géneris previstos en la ley.

### PALABRAS CLAVE

Conocimientos tradicionales, propiedad intelectual, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya, justa y equitativa distribución de beneficios, consentimiento informado previo.

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the main provisions contained in the Biodiversity Law of Costa Rica, related to access to genetic and biochemical resources, the protection of traditional knowledge associated with them and intellectual property rights. After a brief explanation of the background and process that led to the drafting of the Biodiversity Law, the main rules related to the aforementioned topics and their state of implementation are studied. The most relevant provisions contained in the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing are mentioned. Some initiatives developed by the competent authorities for the determination of *sui generis* community intellectual rights provided for in the Law are described.

#### **KEYWORDS**

Traditional knowledge, intellectual property rights, Convention on Biological Diversity, Nagoya Protocol, fair and equitable sharing of benefits, prior informed consent.

<sup>1</sup> Abogado, especialista en temas ambientales. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Autor de un sin número de publicaciones especialmente en el campo de su especialidad.

### Introducción. Importancia de los Derechos Intelectuales Comunitarios Sui Generis (DICS)

ebido a la falta de ejecución del proceso participativo previsto en el artículo 83 de la Ley de Biodiversidad -como se explica más adelante- la Oficina Técnica de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) considera que no resulta legalmente posible otorgar permisos de acceso cuando se trate de recursos genéticos ubicados en territorios indígenas o bien para amparar la utilización de los conocimientos tradicionales asociados, generándose de esta forma una suerte de "moratoria jurídica" a la utilización de ambos. Lo anterior sucede a pesar de las obligaciones internacionales existentes en materia de derechos humanos y ambientales (tales como el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y la Distribución de Beneficios firmado por el país, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016, entre otros).

Esta situación dificulta el mantenimiento de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos en territorios indígenas debido a la falta de incentivos -monetarios y no monetarios-que puedan fomentar la conservación del conocimiento tradicional de generación en generación y en beneficio de otros sectores de la sociedad que podrían reutilizar las prácticas, innovaciones y conocimientos tradicionales en diferentes sectores como el agrícola, medicinal, alimentario, entre otros, respetando las reglas básicas del Consentimiento Informado Previo (CPI) y del establecimiento de Términos Mutuamente Acordados (TMA).

A la fecha (2017), diversas solicitudes de acceso a conocimientos tradicionales o a recursos genéticos ubicados en territorios indígenas han sido rechazadas por la Oficina Técnica de la CONAGEBIO, debido a la falta de reglamentación de los Derechos Intelectuales Comunitarios Sui Generis (DICS).

Por otra parte, según la mejor información disponible, los pueblos indígenas se encuentran en áreas donde existe una importante diversidad biológica en buen estado de conservación y, a la vez, paradójicamente donde los índices oficiales de desarrollo humano del país son bajos.<sup>2</sup> Así por ejemplo, en los territorios indígenas, existen muchos elementos de la biodiversidad que constituyen un aporte importante para la vida misma de los pueblos a través de sistemas culturales de conservación, uso y manejo de los recursos naturales, y como fuentes de identidad cultural, práctica de cosmovisión y espiritualidad, alimentación, medicina tradicional, materiales de conservación, elaboración de artesanías, producción agropecuaria, purificación del aire, equilibrio del clima, recarga hídrica, educación ambiental, recreación y turismo comunitario.3

Coincidentemente un mapa elaborado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN)<sup>4</sup> muestra cómo los pueblos indígenas en la región centroamericana (incluyendo Costa Rica) son guardianes de gran riqueza biológica. De esta forma, estos pueblos dependen estrechamente de la biodiversidad para su desarrollo y, a la vez, el resto de la sociedad nacional y global- depende de las prácticas y usos que estos hacen de la biodiversidad para lograr la adecuada conservación de esta.

En Costa Rica existen ocho pueblos indígenas: ngöbe o guaymí, bribri, cabécar, maleku o guatuso, brunca o boruca, chorotega, teribe o térraba y huetar. El total de la población indígena es 104 143 y representa aproximadamente un 1.7% de la población costarricense.

Estos pueblos viven mayoritariamente en veinticuatro territorios indígenas. Los pueblos poseen conocimientos tradicionales muy valiosos acerca del potencial medicinal, agrícola y alimentario de la biodiversidad, entre otros. Ellos han ganado este conocimiento a través de su profunda relación con el ambiente que los rodea.

En Costa Rica se han realizado investigaciones especialmente respecto a las plantas medicinales, por instituciones como el Centro de Investigación de Productos Naturales, el Instituto de Investigación de Ciencias Farmacéuticas y la Escuela de Química de la Universidad de Costa Rica, entre otros.

Es importante señalar que algunos grupos indígenas poseen títulos específicos para las personas que han sido entrenadas en la práctica de la medicina tradicional. Por ejemplo, los cabécares tienen el jawápa; los ngöbes, los sukias; y el bribri, el awápa. Sin embargo, existen pocas personas que poseen estos títulos y muchos de ellos son de edad avanzada. Se ha estimado que ya no existen sukias ngöbe en Costa Rica. Ahora solo pueden ser encontrados en las comunidades ngöbe de Panamá.

A pesar del innegable valor cultural, económico, social y espiritual de los conocimientos tradicionales para generar productos y procesos y promover prácticas sostenibles en los diferentes sectores (farmacéutico, alimentario, protección de cultivos, manejo sostenible de los recursos naturales) no ha sido posible -debido a la falta de recursos financieros- llevar adelante el proceso participativo previsto en la legislación nacional para definir la naturaleza, los alcances y requisitos y poner en práctica los mecanismos establecidos para tutelarlos como los registros de estos conocimientos ( artículo 84 de la LB).

Se cuenta con experiencia sobre estos registros en países como Perú (Ley n.º 27811 del 2001 sobre Régimen Especial para la Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Relacionados con los Recursos Biológicos), Panamá (Ley N.º 20 del Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales del 2000 y su reglamento) y la iniciativa promovida por instituciones estatales de la India del "Digital Traditional Knowledge Library" (Bibliotecas Digitales de Conocimientos Tradicionales) aún debe ser reglamentada y operativizada como parte de los DICS.

Sin esta reglamentación no resulta posible establecerlos y brindar protección defensiva (evitar la apropiación indebida de estos por terceros) y positiva ( asignar derechos a los eventuales titulares de los conocimientos). Ello redunda en una potencial pérdida de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y de la biodiversidad misma ubicada en territorios indígenas debido a la ausencia de incentivos para su conservación y diseminación a posibles personas usuarias nacionales e internacionales.

Finalmente, el desarrollo de los DICS resulta consistente e implementa diversas políticas ambientales (biodiversidad) y agrícolas nacionales, con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2015-2030 y las Metas de Aichi y el Plan Estratégico de Biodiversidad (2011-2020), según se indica en el siguiente cuadro:

### Cuadro 1: Principales políticas y estrategias que apoyan la preparación de los DICS

- La Política Nacional de Biodiversidad (oficializada en el 2015) cuya visión país a largo plazo consiste en que la "Biodiversidad sea reconocida, valorada, conservada y usada sosteniblemente para el beneficio de la ciudadanía". Resulta congruente con el objetivo general de esta de direccionar articuladamente las acciones del Estado costarricense en materia de conservación y uso sostenible de la biodiversidad, así como su distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su uso.
- Respecto a los Ejes de la Política Nacional de Biodiversidad, los DICS responden apropiadamente a los contenidos de los Tres Ejes de Política que se integran en esta; especialmente al Eje n.º 3: "Fortalecer la participación social en la gestión de la biodiversidad, la distribución justa y equitativa de sus beneficios y reducir la vulnerabilidad de poblaciones menos favorecidas, donde hay ecosistemas esenciales, amenazadas y de alto valor". En particular implementaría los lineamientos de política 3.3 (Reconocer los aportes a la conservación por parte de las comunidades locales y pueblos indígenas y aceptar las diferentes formas de gobernanza, favoreciendo a aquellos grupos de mayor vulnerabilidad social, económica y cultural, entre ellos territorios indígenas y mujeres); 3.5 (Promover una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos y bioquímicos de los elementos de la biodiversidad); 3.6 (Promover el respeto, la recopilación y protección de los conocimientos innovaciones y prácticas de las comunidades locales y los pueblos indígenas asociadas a los recursos de la biodiversidad) y 3.7 (Promover la gestión de la biodiversidad en territorios indígenas incluyendo la implementación de los derechos de información previa, participación desde el inicio, consentimiento previo, libre e informado y consulta indígena, previstos, entre otros, en la Ley de Biodiversidad, para garantizar los derechos intelectuales comunitarios *sui generis* y sus beneficios desde la visión indígena).
- Por su parte la Estratégia Nacional de Biodiversidad revisada para alinearla con el Plan Estratégico de Biodiversidad 2011-2020 y las Metas de Aichi, incluye temas estratégicos que son igualmente congruentes, entre ellos, el Tema 2 "Restaurar y reducir la pérdida y/o deterioro de elementos importantes de la biodiversidad", especialmente Metas Globales 6, 7 y 9; Tema Estratégico 4: "Paisajes Sostenibles" (Metas Globales, 14-16) y con el Eje Estratégico 5: "Fortalecer la gobernanza, participación, educación y prácticas culturales para la conservación, gestión y uso sostenible de la biodiversidad; en particular con poblaciones vulnerables donde hay ecosistemas esenciales, amenazados y de valor ecológico", fundamentalmente la Meta Global 19 la cual refiere expresamente al desarrollo de la normativa para la protección de los conocimientos innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales mediante un proceso participativo y de consulta.

-Asimismo, la Política Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (adoptada en el 2011) reconoce y desarrolla -de manera general- aspectos relacionados con las poblaciones y territorios indígenas (<a href="http://www.sinac.go.cr/documentacion/">http://www.sinac.go.cr/documentacion/</a>

### Paginas/ASP.aspx)

- Por su parte, la Estrategia Agroalimentaria y Políticas de Desarrollo Rural Territorial 2015-2030 contempla, dentro del Pilar 1: "Seguridad y soberanía alimentaria y nutricional" varias acciones que serán apoyadas por el presente proyecto, entre ellas se pueden indicar: Área estratégica 7.1.2: Producción, disponibilidad, uso de semilla y material genético de calidad superior y el Área estratégica 7.1.6: Conservación y uso de recursos fito y zoogenéticos.
- Respecto a las Metas de Aichi los DICS implementan la Meta 16 (ratificar e implementar el Protocolo de Nagoya para el 2015); 18 ( sobre conocimientos tradicionales que indica que para el 2020, se respetarán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así como su uso consuetudinario de los recursos biológicos). Igualmente, se permite avanzar en la aplicación de otras metas, entre ellas la Meta 3 (incentivos) y la 13 (para 2020, se habrá mantenido la diversidad genética de las especies vegetales cultivadas y de los animales de granja y domesticados y de las especies silvestres emparentadas, incluidas otras especies de valor socioeconómico y cultural, y se habrán desarrollado y puesto en práctica estrategias para reducir al mínimo la erosión genética y para salvaguardar su diversidad genética).
- Estos instrumentos se alinean con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2015-2030, especialmente, el Objetivo 2 (Acabar con el hambre, alcanzar la seguridad alimentaria, mejorar la nutrición y promover la agricultura sostenible), Meta 2.5 y el Objetivo 15 (proteger, restaurar y manejar sosteniblemente los ecosistemas terrestres y detener la pérdida de biodiversidad), especialmente la Meta 15.6. Indirectamente también se apoyan los Objetivos 1, 3, 8, 9, 13,14 y16.
- Por último, los DICS son conformes con los mandatos establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (especialmente artículos 8, inciso J, 10, 15 y 16, entre otros) y con el Protocolo de Nagoya: artículos 5.2 y 5.3 (Participación Justa y Equitativa en los Beneficios), artículo 6.2 (Acceso a los Recursos Genéticos); artículo 7 (Acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos); artículo 12 (conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos); artículo 21 (Aumento de la concientización) y artículo 22 (Capacidad), entre otros artículos.

### II. La legislación y la experiencia en Costa Rica

Antes de referirnos a la legislación costarricense es importante mencionar las disposiciones relevantes del Protocolo de Nagoya firmado; pero aún no ratificado por el país. Este instrumento, que entró en vigencia en octubre de 2014, posee a la fecha (julio de 2017) más de 100 partes contratantes.

### El Protocolo de Nagoya<sup>5</sup>

Luego de más de seis años de negociaciones en el seno del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y de cuatro años desde su adopción en la X Conferencia de las Partes del Convenio en Biodiversidad, este nuevo instrumento internacional adquirió plena vigencia el 13 octubre de 2014 (al ser ratificado por 50 países). El Protocolo de Nagoya (PN) representa un hito en la búsqueda de soluciones jurídicas y políticas relativas a la utilización de los recursos genéticos (RG) y su justa y equitativa distribución de beneficios, así como de los conocimientos tradicionales (CT) asociados a estos. responde a demandas de larga data de los países en desarrollo, entre ellos, varios de América Latina y el Caribe.

Este protocolo presenta grandes retos y oportunidades para los países en desarrollo, especialmente en una región con una alta diversidad biológica y cultural y capacidades científicas importantes; aunque disparidades, para generar un uso sostenible de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados. Su objetivo consiste "participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluidos por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la biodiversidad y a la utilización sostenible de sus componentes".

El Protocolo contiene un alto grado de ambigüedad y flexibilidad en sus principales componentes, posiblemente debido a que esta era la única manera de lograr un acuerdo sobre su contenido. Estas flexibilidades además conllevan desafíos para traducir en acciones nacionales la letra prevista en el Protocolo.

Entre otros aspectos, el PN contempla los siguientes: ámbito de aplicación; relación con otros acuerdos e instrumentos internacionales; participación justa y equitativa beneficios; acceso a recursos genéticos; acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; consideraciones especiales; contribución a la conservación y la utilización sostenible: conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; cooperación transfronteriza; cumplimiento con las leyes de acceso y de conocimientos tradicionales de los países proveedores; vigilancia en la utilización de recursos genéticos; cláusulas modelo y códigos de conducta; creación de capacidades; conciencia pública; transferencia de tecnología y cooperación y aspectos administrativos propios de los convenios internacionales.

Las principales implicaciones del PN en relación con este aspecto son los siguientes:

La promoción de los protocolos comunitarios o los protocolos bioculturales.

La identificación y el reconocimiento del derecho propio o consuetudinario.

La determinación de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales sobre sus tierras y territorios, y el derecho a otorgar el PIC en el caso de acceso a recursos genéticos ubicados en ellas.

Aunque el país firmó el citado instrumento y fue presentado a la Asamblea Legislativa para su correspondiente aprobación a la fecha este aún no ha sido dictaminado en la respectiva Comisión. Se han realizado consultas con diversos interesados que en su mayoría han respondido favorablemente para su aprobación (CGR, PGR, la CONAGEBIO -excepto FECON- el Instituto Tecnológico, entre otros) y algunos se han manifestado en contra o han expresado que es necesaria una consulta amplia a los pueblos indígenas antes de tomar cualquier decisión (FECON y la Red de Coordinación en Biodiversidad).

La explicación de la ausencia de ratificación puede encontrarse en los siguientes factores: a) que no constituye una prioridad nacional y ha debido esperar en la lista de proyectos a ser discutidos, sin que necesariamente implique que exista un rechazo expreso a este; b) la oposición de algunos grupos de la sociedad civil, tales como FECON y la Red de Coordinación en Biodiversidad, argumentando la necesidad de realizar una consulta más amplia a los pueblos indígenas y al alegar razones de fondo que cuestionan la utilidad y la pertinencia de algunas de las disposiciones de este, que las consideran especialmente débiles o ambiguas. <sup>6</sup>

Uno de los temas jurídicos donde el PN representa un gran avance se relaciona con el tratamiento del CT en el derecho internacional. Para los países de la región, el tema de la protección del CT y la creación de mecanismos para establecer procedimientos para la obtención del CIP y la negociación de TMA con estos pueblos constituyen una prioridad. Sin embargo, el PN regula un aspecto relativamente limitado de la tutela de los CT: la utilización de estos y de los recursos genéticos que se encuentren en territorios de comunidades locales y pueblos indígenas.

Los temas de protección (en sentido amplio) del CT y, en general, las labores del Grupo de Trabajo del Artículo 8 J y Disposiciones Conexas del CBD abarcan aspectos mucho comprensivos-y sin duda complejos- que aquellos vinculados únicamente

al tema del acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, como por ejemplo, el establecimiento de sistemas sui géneris¹¹⁰ de protección al conocimiento tradicional,¹³ un Código Ético de Conducta para Asegurar el Respecto de la Herencia Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas y Comunidades Locales, el plan de acción para la retención del conocimiento tradicional y las Directrices Voluntarias de Akwe Kon para la Evaluación de los Impactos Ambientales, Sociales y Culturales de Proyectos de Desarrollo en Sitios Sagrados o Territorios Tradicionalmente Ocupados o Usados por estos pueblos y comunidades, entre otros.¹²

En su Octava Reunión (octubre del 2013, Montreal), el Grupo adoptó recomendaciones para el desarrollo de lineamientos en materia de consentimiento informado previo por parte de los pueblos indígenas y comunidades locales tratándose de actividades de ABS y sobre la prevención de la apropiación indebida de conocimientos tradicionales. <sup>13</sup>

En la COP XIII, celebrada en Cancún, se aprobaron dichos lineamientos aplicables únicamente al caso de los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas y comunidades locales (conocidos como las Directrices Voluntarias de MO'OTZ KUXTAL). Finalmente se encuentran en revisión el borrador de Directrices voluntarias Rutzolijirisaxik para la repatriación de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (Decisión XIII/19).

Las principales disposiciones del PN en relación con esta temática son:

La promoción de los protocolos comunitarios (o los protocolos bioculturales) 16

Sobre este aspecto, se han desarrollado diferentes iniciativas en los últimos años y existen experiencias de interés documentadas

por algunas organizaciones. El apoyo a estos Protocolos -que pueden incluir además cláusulas modelo y condiciones mínimas de distribución de beneficios- podría ser de gran valor para la región. En este sentido, se sugieren revisar las experiencias en derecho comparado que han sido desarrolladas por la organización no gubernamental, Natural Justice de Sudáfrica.

Esta ONG ha documentado una seria de experiencias con protocolos comunitarios, ha identificado normas de derecho internacional y, en general, ha desarrollado algunos aspectos conceptuales y metodológicos, incluyendo una caja de herramientas (tool kit) sobre los protocolos bioculturales comunitarios, y su uso está destinado a los facilitadores de estos procesos (<a href="http://www.community-protocols.org/toolkit">http://www.community-protocols.org/toolkit</a>, y se encuentra en español e inglés). Adicionalmente, se halla información sobre estos protocolos en África, América y Asia.

Lo mismo puede indicarse de las labores del International Institute for Environment and Development<sup>17</sup> mediante la publicación de diversos estudios de caso sobre protocolos bioculturales.

La identificación y el reconocimiento del derecho propio o consuetudinario en la región y sus alcances y límites con relación al resto del ordenamiento jurídico positivo

Esta determinación no es siempre sencilla a pesar del progresivo reconocimiento de este derecho en la jurisprudencia y la normativa -incluyendo constitucional¹8- y de su vinculación con fuentes normativas como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT¹9. Es importante que cada país realice esta clarificación mediante un análisis de la jurisprudencia y la legislación concreta.

La OMPI ha definido el derecho y los protocolos comunitarios de la siguiente manera:<sup>20</sup>

[...] El Derecho consuetudinario también ha sido definido como "conjunto de principios reconocidos a nivel local y de normas más específicas, mantenidas y transmitidas por vía oral y aplicadas por las instituciones comunitarias para regir todos los aspectos de la vida. <sup>21</sup>

La forma en que las leyes consuetudinarias están plasmadas difiere de un caso a otro. Por ejemplo, dichas leyes pueden estar codificadas, escritas o ser orales, y pueden estar formuladas explícitamente o aplicadas en prácticas Otro elemento importante es tradicionales. determinar en qué medida esas leyes son realmente objeto de reconocimiento "oficial" o están vinculadas al sistema jurídico nacional del país en el que reside la comunidad. Un factor decisivo a la hora de determinar si las costumbres gozan de la condición de ley es saber si la comunidad las concibe como normas con efecto vinculante o si se trata únicamente de una forma de describir prácticas concretas.

Las normas del derecho consuetudinario rigen numerosos aspectos de la vida de la comunidad. Fijan los derechos y las obligaciones de los y las miembros de las comunidades en relación con los aspectos importantes de su vida, su cultura y su visión del mundo: el derecho consuetudinario puede relacionarse con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y las obligaciones relativos a la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como muchos otros asuntos.<sup>22</sup> Se ha sostenido que el

Derecho consuetudinario está constituido por las costumbres indígenas de las comunidades tradicionales, y la infracción de las normas acarrea sanciones locales. La mayoría de las normas no están recogidas por escrito y no hay uniformidad en las leyes tradicionales entre los diferentes grupos étnicos. Las diferencias de las leyes tradicionales entre grupos étnicos se pueden vincular a factores como la lengua, la proximidad, el origen, la

historia, la estructura social y la economía. El Derecho consuetudinario no es estático. Es dinámico y sus reglas se modifican de vez en cuando para reflejar las cambiantes condiciones sociales y económicas. <sup>23</sup>

La determinación de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales sobre sus tierras y territorios y el derecho a otorgar el PIC en el caso de acceso a recursos genéticos ubicados en ellas

Debe enfatizarse que el PN condiciona la adopción de medidas para exigir el PIC y establecer TMA tratándose de "utilización de recursos genéticos en posesión de comunidades indígenas y locales", a que tengan el derecho establecido sobre estos recursos genéticos de conformidad con la legislación nacional. Esta debe ser realizada atendiendo a la realidad jurídica de cada país y en atención a las obligaciones internacionales, entre ellas los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup> y lo preceptuado en otros instrumentos jurídicos nacionales, internacionales o regionales, entre ellos: la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (especialmente el artículo 31) y el Convenio 169 de la OIT. 25

Sin duda, un tópico clave en materia de ABS y CT se relaciona con la obtención del consentimiento informado previo de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Lo anterior se establece desde dos perspectivas, primero, garantizando que el PIC sea exigido a las personas interesadas; y en segundo lugar, buscando establecer procedimientos claros y expeditos para obtenerlo, de forma que se protejan los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales y, a la vez, se brinde certeza jurídica a las potenciales personas usuarias.

Es importante destacar que el artículo 7 (acceso al conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos) reitera la obligación de adoptar medidas para asegurar que la utilización de los conocimientos tradicionales asociadas a los recursos genéticos cumplan con el PIC y que se hayan establecido términos mutuamente acordados.

Debe complementarse este artículo con lo establecido en el 12 referido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, el cual reconoce el valor del derecho consuetudinario y los protocolos comunitarios, sujetos a las leyes nacionales. Asimismo establece que las partes deben apoyar el desarrollo de estas comunidades de estos protocolos, de cláusulas mínimas en los términos mutuamente acordados y de cláusulas modelo para facilitar el acceso y la justa distribución de beneficios.

### La Ley de Biodiversidad y las Normas Generales de Acceso<sup>26</sup>

# 1) Antecedentes y principales disposiciones en materia de acceso a recursos genéticos contenidas en la Ley de Biodiversidad

El proceso de formulación de la Ley de Biodiversidad (LB) y, especialmente, las materias relacionadas con el tema del acceso, la protección del conocimiento tradicional y los derechos de propiedad intelectual constituyeron los tópicos más difíciles y conflictivos durante la redacción de la Ley. Para comprender dicho proceso, es importante detenerse brevemente en sus antecedentes de mayor relevancia.

De esta forma, en 1996, se presenta un proyecto de Ley de Biodiversidad, el cual obtuvo una reacción negativa de diferentes sectores de la sociedad, por considerarlo especialmente restrictivo, contrario a la realidad nacional y a la investigación científica. Múltiples observaciones se hicieron llegar a la Asamblea Legislativa, inclusive una propuesta completa de legislación preparada por la Comisión Asesora en Biodiversidad, la cual formalmente no estuvo nunca en curso legislativo.

En enero de 1997, se presenta una segunda versión de proyecto de ley, el cual, pese a considerar algunas de las principales objeciones realizadas a esta, repitió varios de los conceptos y disposiciones de su predecesor y, por tanto, se encontró con la misma oposición anteriormente indicada.

El *impasse* constatado debido a las visiones contrapuestas condujo a la iniciativa de crear una Comisión Especial Mixta de la Asamblea Legislativa con el fin de redactar un proyecto de ley, sobre la base del borrador existente, con la promesa de la Asamblea de respetar lo que fuera acordado allí.

La Comisión fue liderada por la Universidad Nacional y, en ella, participaron los principales partidos políticos, la Comisión Asesora en Biodiversidad, la Mesa Campesina, la Mesa Indígena, la Unión de Cámaras, la Universidad de Costa Rica, el INBio, etcétera.

A finales de 1997, se concluyó el nuevo borrador de proyecto y se envió al parlamento para su aprobación, el cual luego de realizar algunas modificaciones en el texto, finalmente lo convirtió en ley de la República.

La Ley de Biodiversidad N.º 7788 del 27 de mayo de 1998<sup>28</sup> regula con detalle los requisitos y los procedimientos en materia de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios. Se aplica la legislación

[...] sobre los elementos de la biodiversidad que se encuentren bajo la soberanía del Estado, así como sobre los procesos y las actividades realizados bajo su jurisdicción o control, con independencia de aquellas cuyos efectos se manifiestan dentro o fuera de la jurisdicción nacional. Esta Ley regulará específicamente el uso, manejo, el conocimiento asociado y la distribución de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad (art. 3).

Igualmente de conformidad con el artículo 62 y 69, todo programa de investigación o bioprospección sobre material genético o bioquímico de la biodiversidad que pretenda realizarse en el territorio costarricense requiere de permiso de acceso, a menos que se encuentren cubiertas por alguna de las excepciones que esta prevé.

En síntesis, el ámbito de aplicación comprende todos los elementos de la biodiversidad que se encuentren bajo la soberanía del Estado (art. 3), y todo programa de investigación o bioprospección que pretende realizarse en el territorio costarricense requiere de permiso de acceso (artículo 69).

La Ley sienta las bases para los permisos y los contratos de acceso. También contiene definiciones sobre temas cruciales tales como acceso a los elementos bioquímicos y genéticos, bioprospección, consentimiento informado previo, elemento bioquímico y genético, innovación, permiso de acceso, etc. (art. 7).

La definición de acceso y la bioprospección permiten delimitar la aplicación de los procedimientos de acceso y, a la vez, solventar las dudas existentes en la materia. Si una investigación tiene por propósito un inventario, descripción taxonómica, etc., se trata de una actividad ajena al acceso y es regulada en un cuerpo legal separado, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre (arts. 36 y ss. especialmente).

Asimismo, ha clarificado el régimen de propiedad de los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad silvestre o domesticada, al declarar a estos de dominio público (art. 6), es decir, pertenecen al Estado en condición de administrador, con lo cual se separan dos propiedades diferentes: la del recurso biológico u orgánico y la del recurso genético y bioquímico.

El procedimiento de acceso se encuentra regulado con bastante detalle en dos capítulos de la Ley. El órgano competente para conceder el acceso es en primera instancia la Oficina Técnica de la recién creada Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO), con carácter de desconcentración máxima y personería jurídica instrumental, dentro del Ministerio de Ambiente y Energía.

Esta entidad se halla formada por entidades gubernamentales, como el Ministerio de Ambiente (quien la preside), el Ministerio de Comercio Exterior, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, el Instituto Costarricense de Pesca y Acuacultura, la Comisión Nacional de Rectores, la Mesa Indígena, la Mesa Campesina, la Unión Nacional de Cámaras, la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente, el director del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (art. 15).

Esta debe formular las políticas sobre acceso y distribución de beneficios y puede revocar las resoluciones de la Oficina Técnica en materia de acceso (artículo 14). La Oficina Técnica tendrá como principal competencia tramitar, rechazar y fiscalizar las solicitudes de acceso a los recursos de la biodiversidad (art. 17, inciso a); coordinar con las áreas de conservación, el sector privado, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas lo relativo al acceso (art. 17, inc. B); organizar y mantener actualizado un registro de solicitudes de acceso de los elementos de la biodiversidad, colecciones ex situ y de las personas físicas y jurídicas que se dediquen a la manipulación genética (inciso c); y recopilar y actualizar la normativa relativa al cumplimiento de los acuerdos y las directrices en materia de biodiversidad (inciso d).

En el título V, se definen los requisitos y los procedimientos de acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y a la protección del conocimiento asociado. Le corresponde a la CONAGEBIO proponer las políticas de acceso sobre elementos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad *ex situ* e *in situ* y actuará como órgano de consulta obligatoria en los procedimientos de solicitud de protección de derechos intelectuales sobre la biodiversidad (art. 62).

La Ley regula los requisitos básicos para el acceso que incluyen el consentimiento informado previo, la distribución de beneficios y la protección del conocimiento asociado y la forma en que las actividades contribuirán a la conservación (art. 63). Se establecen el procedimiento por seguir (art. 64), el derecho de objeción cultural (art. 66), el Registro de Derechos de Acceso y la protección de la información confidencial (art. 67).

En el capítulo siguiente, la Ley regula con mayor precisión el tema de los permisos para la investigación y la bioprospección (art. 69), su plazo y otras limitaciones y características (arts. 70 y 71), los requisitos de la solicitud de acceso (art. 72), la autorización de la Oficina Técnica de aquellos convenios suscritos entre particulares que contemplen acceso a los elementos genéticos y bioquímicos (art. 74) y la posibilidad de convenios marco con universidades y otros centros debidamente inscritos (art. 74).

Se establece que hasta un 10 por ciento de los presupuestos de investigación y un 50 por ciento de las regalías deberán ir al área de conservación, al propietario privado o territorio indígena, además de los gastos por trámites (art. 76).

El capítulo III norma sobre los límites de los derechos de propiedad (art. 78) y sobre la congruencia de estos derechos con los objetivos de conservar la biodiversidad (art. 79). En todo caso, la Oficina Técnica deberá ser consultada en los procesos de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre elementos de la biodiversidad, y su oposición es vinculante (art. 80).

Por último, la Ley sienta las bases para la protección del conocimiento tradicional indígena y comunal y para el inicio de un proceso participativo para la determinación y registro de estos derechos intelectuales comunitarios sui géneris (arts. 82 y siguientes).

Como parte del marco sancionatorio, se establece un sistema de multas para el acceso ilegal (art. 112). Este último ha sido reglamentado mediante el decreto n.º 39431-minae para la aplicación de sanciones administrativas en materia de acceso no autorizado a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos establecidos en la Ley vigente desde septiembre de 2016.

Debe precisarse que, por razones de legalidad, no se sanciona el uso no autorizado de los conocimientos tradicionales (componente inmaterial) *per se* sin que mediara acceso a los recursos genéticos (componente material o físico).

## 2) Premisas generales sobre el sistema sui géneris para la protección del conocimiento tradicional

El sistema costarricense de protección del conocimiento tradicional se fundamenta en varias premisas que es necesario exponer brevemente:

- a) El esquema legal de acceso asegura el consentimiento informado previo y la distribución de beneficios tratándose de conocimientos tradicionales, para lo cual la Oficina Técnica y, eventualmente, por la misma Comisión Nacional de Biodiversidad, tiene potestades de control, autorización y revisión (arts. 63, 65, 66, 72, entre otros).
- b) Desde este punto de vista se trata de una combinación entre mecanismos de acceso, contratos o licencias y un esquema sui géneris basado en registros.
- c) Se reconocen la existencia y la validez de las distintas formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas mediante el uso de los mecanismos apropiados (art. 77), sean patentes, secretos comerciales, derechos de autor, derechos del fitomejorador, derechos intelectuales comunitarios sui géneris, etc. (art. 78).

La legislación se orienta a la protección de los conocimientos mediante un sistema de registro, tema que ha sido apoyado por la doctrina. Así, se inventariarán los derechos comunitarios intelectuales sui géneris que las comunidades soliciten proteger (art. 84). No obstante, estos

esquemas de registro han sido criticados por las dificultades que pueden traer consigo. Entre las críticas formuladas se encuentran: la necesidad de definir el acceso a la información; el control ejercido sobre ella misma; la posibilidad de que comunidades no involucradas en el acceso otorguen el consentimiento previo para los conocimientos registrados a nombre de otros, etc. Para la definición de los alcances, naturaleza y requisitos de estos derechos, se debe iniciar un proceso participativo de consulta con las comunidades indígenas y campesinas (art. 83 de la Ley de Biodiversidad). Igualmente, el proceso determinará la forma en que el derecho intelectual comunitario será utilizado, quién ejercerá la titularidad e identificará los destinatarios de los beneficios (art. 85).

## 3) Razones para el establecimiento de un sistema sui géneris

En general, los mecanismos para convencionales de propiedad intelectual fueron considerados inapropiados para otorgar una tutela comprensiva al conocimiento tradicional que considerara todas las particularidades y las connotaciones que este presenta.

Desde el punto de vista técnico, las limitaciones impuestas, por ejemplo, por el carácter temporal de la protección otorgada; la titularidad usualmente colectiva de las innovaciones; los requisitos (documentación y descripción, etc.) y costos asociados con la presentación de solicitudes; las dificultades para poder cumplir con la condición de patentabilidad relativa a la novedad técnica en la mayoría de los casos fueron algunas de las consideraciones que dieron pie a que se utilizara un sistema sui géneris o propio de protección, y que no se recurriera a los esquemas convencionales o sui géneris de propiedad intelectual existentes.

No obstante, probablemente el principal motivo para el establecimiento de disposiciones sui géneris fue constituido por la divergencia entre los objetivos y concepciones que permean la propiedad intelectual, versus, aquellos que se encuentran en el derecho consuetudinario y las experiencias de las comunidades.

Los principales propulsores dentro de la Comisión Especial que redactó la Ley de Biodiversidad del establecimiento en esta de un mecanismo sui géneris de protección, expresaron, en general, sus reservas sobre la pertinencia de aplicar instrumentos tradicionales de propiedad intelectual en un contexto diferente como el indígena.

Inclusive, de allí que, en el caso costarricense, el nombre de la legislación adoptada en lo relativo al sistema sui géneris, sea "derechos intelectuales comunitarios", se pretendió evitar cualquier referencia en el título mismo a propiedad.

De esta forma, se buscó desvincular la idea de derechos intelectuales comunitarios de los mecanismos de propiedad intelectual, como patentes, derechos de autor y conexos, marcas, indicaciones geográficas, secretos comerciales, etc., los cuales se consideraron extraños a la tradición, las prácticas y los valores existentes en las comunidades indígenas y las locales.

Los problemas para aplicar mecanismos existentes para la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas han sido puestos en evidencia por documentos desde las más variadas ópticas.31 Si bien es cierto, algunas iniciativas para el uso de mecanismos tradicionales relacionados con la propiedad intelectual han sido esbozadas, tales como las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, las marcas colectivas, los derechos de autor y conexos, secretos comerciales, patentes de invención, derechos de obtención, existen fuertes discrepancias al respecto y se menciona la necesidad del desarrollo de esquemas sui géneris de protección.

4) Principales elementos considerados en el sistema legal costarricense para la protección del conocimiento tradicional

## - Objetivos de política del sistema sui géneris

Los objetivos de política que se persigan influyen considerablemente sobre la estructura de las disposiciones legales diseñadas para alcanzarlos. Es evidente que si se tratara, por ejemplo, de evitar la apropiación indebida de dichos conocimientos, su divulgación y puesta en el dominio público, de forma que se permitiera conocerlos para evaluar la novedad de las solicitudes de patentes que involucren dicho conocimiento, sería suficiente (el conocimiento tradicional como arte previo). Igualmente, si el propósito fundamental fuera la conservación de tales conocimientos para su uso mediante su registro en condiciones adecuadas, tal objetivo podría ser alcanzado.

En el caso costarricense, no existen objetivos de política específicos que acompañen a las disposiciones relativas a la protección de ellos mismos. No obstante, de la generalidad de la legislación sí es posible determinar los principales propósitos que se persiguen.

El artículo 10 de la Ley estipula los objetivos de esta, entre ellos, el inciso 4 destaca:

...] regular el acceso y posibilitar con ello la distribución equitativa de los beneficios sociales, ambientales y económicos para todos los sectores de la sociedad, con especial atención a las comunidades locales y pueblos indígenas.

En este sentido, se incluye el acceso al conocimiento tradicional asociado, se regula con miras a lograr la distribución de beneficios de diverso orden.

En el inciso 6, igualmente se hace referencia a

Reconocer y compensar los conocimientos, prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad.

En el artículo referente a los principios generales que contiene la Ley, se menciona como uno de ellos, el respecto por la diversidad cultural:

La diversidad y prácticas culturales y conocimientos tradicionales asociados a los elementos de la diversidad deben ser, conforme al marco jurídico nacional e internacional, respetados y fomentados, particularmente en el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y otros grupos culturales.

Por su parte, el artículo 77 específicamente trata de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial y dispone que:

El Estado reconoce la existencia y la validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas, mediante el uso de mecanismos legales apropiados para cada caso específico.

Con base en la lectura de estas disposiciones, es posible concluir que los objetivos de política que la Ley de Biodiversidad persigue en relación con los conocimientos tradicionales son tres:

- a) La distribución de beneficios derivados del acceso y uso del conocimiento.
- b) El reconocimiento y el fomento de la existencia e importancia.
- c) El respeto a este, lo cual, indirectamente, a pesar de no ser explícitamente mencionado en la ley, conlleva a considerar la necesidad de evitar su apropiación indebida por parte de terceros.

Curiosamente, a pesar de que los mecanismos que la ley costarricense prevé, como los registros de conocimientos pueden tener el efecto de lograr su conservación, no se menciona la preservación de los conocimientos tradicionales como uno de los objetivos de política de manera expresa.

### - Ámbito de protección

La legislación costarricense se refiere en distintas partes de su articulado a la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad (por ejemplo, artículo 7, incisos 2, 9, incisos 3, 10, incisos 6, 62, 66, 82, etc.). El artículo 7 es especialmente relevante sobre las definiciones. Dicho artículo dispone que, para los efectos de la Ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos genéticos y bioquímicos.

El artículo 82 estipula que el Estado reconoce y protege expresamente, bajo el nombre común de derechos intelectuales comunitarios sui géneris, los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado.

La legislación costarricense se limita a las prácticas, las innovaciones y los conocimientos asociados con los elementos de la biodiversidad. Otros tipos de conocimientos o prácticas no asociadas a elementos de la biodiversidad, especialmente en el caso de expresiones culturales tradicionales o folclore, no necesariamente se consideran comprendidas en el ámbito de protección de los derechos intelectuales comunitarios sui géneris.

### - Criterios de protección

La Ley no define ningún criterio o condición sustantiva de protección de los conocimientos tradicionales (por ejemplo, cierta novedad comercial, etc.).

El artículo 83 dispone que dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, por medio de su Oficina

Técnica y en asocio con las comunidades indígenas y campesinas, deberá definir un proceso participativo con las comunidades para determinar la naturaleza, los alcances y los requisitos de estos derechos para su formación definitiva.

La Comisión y las organizaciones involucradas dispondrán la forma, la metodología y los elementos básicos del proceso participativo. Se supone que el proceso participativo con las comunidades y los pueblos indígenas deberán determinar, dentro del marco jurídico nacional, los criterios o las condiciones (alcances y requisitos) que los conocimientos, innovaciones y prácticas deben reunir para ser objeto de protección y registro.

### - Titularidad de los derechos

La legislación nacional supone que los derechos intelectuales comunitarios sui géneris son de naturaleza comunitaria y, por ende, su titular está constituido por las comunidades locales y los pueblos indígenas. Dicha titularidad resulta de naturaleza colectiva y será definida en lo interno de cada grupo local o indígena de conformidad con el derecho consuetudinario que los regule y que les sea de aplicación. Las innovaciones de carácter o naturaleza individual no se consideran objeto de protección por medio del sistema sui géneris, a pesar de la referencia a las prácticas individuales que existe en el artículo 7, inciso 2, antes mencionado.

Igualmente, el proceso de consulta antes descrito debe definir la forma en que el derecho intelectual comunitario sui géneris será utilizado y quién ejercerá su titularidad. Asimismo identificará a los destinatarios de sus beneficios (art. 85).

Desde el punto de vista jurídico, en el caso costarricense, al tratarse de pueblos indígenas de conformidad con la Ley Indígena y su reglamento,

las asociaciones de desarrollo integral indígena, una figura legal no propia de estos pueblos, posee la personería para ejercer los actos de representación a nombre de sus miembros.

### - Ámbito de los derechos conferidos

En relación con los derechos conferidos, nuevamente el proceso de consulta con las personas interesadas deberá definir la naturaleza, el alcance y los requisitos de estos derechos (art. 83), y la forma cómo el derecho intelectual comunitario sui géneris será utilizado, y quién ejercerá su titularidad y se beneficiará de tales derechos (art. 85). Si se otorgan derechos exclusivos, un sistema de remuneración o una combinación de ambos deberá ser decidido en dicho proceso.

No obstante, desde el punto de vista defensivo o de medidas de naturaleza defensiva, el reconocimiento de estos derechos en el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión obligará a la Comisión a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento.

Tal denegación, siempre que sea debidamente fundada, podrá hacerse por el mismo motivo aun cuando el derecho *sui generis* no esté inscrito oficialmente (art. 84). Esta disposición se vincula con la existencia de una consulta previa obligada que la Oficina Nacional de Semillas y los registros de propiedad intelectual e industrial deben realizar antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre deberán aportar el certificado de origen emitido por la Oficina Técnica de la CONAGEBIO y el consentimiento previo. La oposición fundada de la Oficina impedirá registrar la patente o protección de la innovación (art. 80).

En este sentido, la legislación exige que, antes del otorgamiento de derechos de propiedad, se debe presentar el documento que acredite la legalidad del acceso (certificado de origen). Se trata de un requisito que va mucho más allá de la sola divulgación del origen del material genético o del uso del conocimiento tradicional.

En forma similar, el artículo 82 dispone que el reconocimiento de tales derechos implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial afectarán tales prácticas históricas.

El artículo 78, inciso 6, exceptúa de la protección por medio de derechos de propiedad intelectual convencionales las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a las prácticas biológicas tradicionales o culturales en el dominio público, al limitar esta vez tal posibilidad de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, únicamente a los conocimientos tradicionales en dominio público.

A pesar de las imprecisiones terminológicas de la Ley, esencialmente se pretende que el sistema de registro (y aun los conocimientos no registrados) y el proceso de consulta obligatoria a la Oficina Técnica impidan la apropiación indebida de conocimientos tradicionales o el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual. De esta manera, entre otros aspectos, el registro permitiría destruir la novedad de una solicitud de patentes y establecer el conocimiento tradicional dentro del arte previo al momento de revisar una solicitud de propiedad intelectual.

En síntesis, la Ley incluye medidas defensivas para la protección de los derechos comunitarios y deja al proceso de consulta la definición de las medidas positivas que se deriven del registro de conocimientos. Tampoco se precisan las excepciones a los derechos.

### Mecanismos de registro y otros procedimientos de adquisición y mantenimiento de los derechos

El registro establecido en la Ley es de naturaleza declarativa y no constitutiva. El derecho

comunitario se reconoce jurídicamente por la sola existencia, sin que requiera declaración previa, reconocimiento expreso o registro oficial. Pueden tener prácticas que adquieran en el futuro tal categoría. No obstante, el proceso de consulta deberá aún definir las condiciones que deben reunir una práctica, innovación o conocimiento para ser sujeto de tutela mediante los derechos comunitarios intelectuales sui géneris (art. 82).

La Ley dispone de la realización de un inventario de los derechos comunitarios sui géneris específicos que las comunidades decidan proteger (de forma simultánea con el proceso de consulta antes citado) y mantendrá abierta la posibilidad de que, en el futuro, se inscriban o reconozcan otros derechos que reúnan las mismas características.

El reconocimiento de estos derechos de voluntario, gratuito, deberá hacerse de oficio o a solicitud de las personas interesadas y sin formalidad alguna.

El sistema de registro constituye adicionalmente un mecanismo que permita a la Oficina Técnica responder las solicitudes de derechos de propiedad intelectual convencionales, que le sometan otros registros de propiedad intelectual o la Oficina Nacional de Semillas.

La Ley no proporciona detalles sobre el funcionamiento del registro, su carácter confidencial o no, el registro de licencias o contratos que celebren las comunidades o los pueblos indígenas sobre los conocimientos, las causales de denegación o anulación de una solicitud de registro, etc.

En gran medida, estos y otros aspectos deberán ser definidos mediante el proceso participativo a que se ha hecho referencia a lo largo de este documento. En principio, aunque el registro no se encuentra sujeto a formalidades, no implica que no sea exigido cierto nivel de fijación de los conocimientos para facilitar su registro y protección futura, por lo que se debe definir con precisión el objeto de la materia a ser tutelada en cada caso.

### - Arreglos institucionales

Se asignan el registro de derechos comunitarios, el proceso de consulta a los pueblos y las consultas sobre derechos de propiedad intelectual convencionales a la Oficina Técnica de la CONAGEBIO.

En el caso del proceso de consulta, tal responsabilidad se comparte con la Mesa Indígena y la Mesa Campesina y con las propias personas interesadas. Igualmente, en lo interno de los diferentes pueblos indígenas costarricenses, además de lo dispuesto por su derecho consuetudinario, las asociaciones de desarrollo integral deberán intervenir, como representantes de sus asociados o miembros, de conformidad con la Ley Indígena y su reglamento.

No se mencionan en el caso nacional otros deberes institucionales, como asesorar en la negociación de contratos de licencia o contratos de transferencia del conocimiento, coadyuvar en procesos para obtener la nulidad de derechos de propiedad intelectual otorgados en violación a lo dispuesto en la Ley, revisar periódicamente a la luz de la práctica los resultados del proceso, etc.

### - Cumplimiento de los derechos

Además de lo explicado en relación con la oposición en el caso de derechos de propiedad intelectual otorgados sobre los conocimientos registrados o no, la legislación es omisa respecto al cumplimiento coactivo en el caso de infringir derechos comunitarios sui géneris.

No se definen medidas cautelares aplicables, procedimientos de orden civil, penal o administrativo específicos, ni la posibilidad de que dichos procesos sean iniciados de oficio o a gestión de parte por la Oficina Técnica en representación de los titulares de los derechos. Esta es una importante debilidad de la ley, en tanto, por ejemplo, las medidas establecidas en la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual N.º 8033 del 27 de octubre de 2000, no

pueden ser aplicadas en el caso de violación de los derechos comunitarios sui géneris, los cuales no se mencionan en los supuestos de aplicación de dicha normativa.

Debido a lo anterior, el incumplimiento o transgresión de los derechos comunitarios obligaría a sus titulares a hacer uso de las medidas civiles y administrativas que el ordenamiento jurídico nacional prevé para los casos de responsabilidad civil, competencia desleal u otros, los cuales pueden no ser los canales más apropiados para obtener la detención inmediata del acto infractor y la reparación integral de los perjuicios obtenidos.

En casos excepcionales, si el derecho comunitario también puede ser protegido por medio de un sistema convencional de propiedad intelectual, por ejemplo, mediante la protección conferida por la Ley de Información No Divulgada, al tratarse de secretos comerciales e industriales, es posible acudir a las provisiones que dicha ley contempla en materia de cumplimiento.

En este sentido, y bien lo dispuesto en el proceso de consulta, debe traducirse en normas legales, posiblemente bajo la forma de un decreto ejecutivo. Es difícil, por razones de orden jurídico, que a nivel reglamentario puedan establecerse procedimientos efectivos para la observancia de los derechos o bien remitir a lo dispuesto en la Ley de Observancia.

### - Terminación y pérdida de los derechos

La Ley es omisa respecto al término de protección de los derechos. Tampoco se refiere a su carácter indefinido. No obstante, se supone que, en tanto el conocimiento reúna las características que el proceso participativo determinará, serán aplicables a un conocimiento para considerarlo, como un derecho comunitario sui géneris, su protección parece ser indefinida en el tiempo.

Sobre las posibilidades de anular un registro y, por ende, de la pérdida del derecho comunitario, la Ley no contempla ninguna disposición.

Sin embargo, al considerar los requisitos y los alcances de la protección, el proceso participativo debe considerar igualmente las causales de incumplimiento con tales requisitos que conlleven la anulación de un registro y la pérdida del derecho comunitario sui géneris ante determinadas situaciones hipotéticas (no pertenencia al pueblo indígena o comunidad local, falsedad de la información presentada para el registro, etc.).

- Relación entre los sistemas sui géneris y los sistemas existentes de protección de los derechos de propiedad intelectual

La Ley de Biodiversidad dispone que "[...] se reconoce la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas, mediante el uso de mecanismos legales apropiados para cada caso específico" (art. 77).

Igualmente, según el artículo 78, el Estado otorgará la protección antes indicada, entre otras formas, mediante patentes, secretos comerciales, derechos del fitomejorador, derechos comunitarios, derechos de autor, derechos de los agricultores. Asimismo, el artículo 79 establece la congruencia entre los derechos de propiedad intelectual en las formas indicadas en el artículo 78, las cuales serán reguladas por las legislaciones específicas de cada instituto. Sin embargo, las resoluciones que se tomen en materia de protección de la propiedad intelectual relacionadas con la biodiversidad deberán ser congruentes con los objetivos de esta ley, en aplicación del principio de integración.

En todo caso, la Oficina Técnica deberá ser consultada en los procesos de otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre elementos de la biodiversidad, y su oposición es vinculante (art. 80).

Se exceptúan de la protección mediante patentes<sup>32</sup> (art. 78):

- a) Las secuencias de ácido desoxirribonucleico, nucléotidos y aminoácidos tal y como se encuentran en la naturaleza, o secuencias de ácido desoxirribonucleico, nucléotidos y aminoácidos que no cumplan con los requisitos de patentabilidad tal y como se establecen en la Ley N.º 6867 y sus reformas.
- b) Las plantas y los animales.
- c) Microorganismos tal y como se encuentran en la naturaleza.<sup>33</sup>
- d) Procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.
- e) Procesos o ciclos naturales en sí.
- f) Invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado o prácticas biológicas tradicionales o culturales del dominio público.
- g) Invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad o para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar graves daños al medio ambiente.

Se establece que los permisos de acceso para la investigación o bioprospección o aprovechamiento económico no otorgan derechos ni los delegan solamente permiten realizar las actividades sobre los elementos de la biodiversidad previamente establecidos. En ellos se estipularán claramente el certificado de origen, la posibilidad o la prohibición para extraer muestras, los informes periódicos y la verificación y control, la publicidad y propiedad de los resultados, así como cualquier otra condición aplicable a juicio de la Oficina Técnica (OT) de la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad o CONAGEBIO (art. 71).

La OT también extiende un certificado de origen o legal procedencia (art. 19 de las Normas de acceso *in situ*). A la fecha se ha emitido un certificado a solicitud expresa del solicitante del permiso de acceso. <sup>34</sup>

En el caso de la reglamentación *ex situ*, es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 10 (exportación y certificado de legal procedencia) donde se indica que el permiso no exonera al interesado de cumplir con los requisitos para exportar materiales vivos.

En caso de que se requieran exportar materiales, la persona interesada deberá necesariamente solicitar el certificado de legal procedencia, el cual acompañará en todo momento al material. Este será expedido en los términos establecidos por el artículo 19 de las Normas de Acceso *in situ*, y la Oficina contará con un plazo no mayor de quince días naturales para expedirlo a partir de la solicitud de este.

La Ley no regula la posibilidad de obtener una doble protección para un derecho comunitario sui géneris. No obstante, al no excluir tal situación y remitir para la regulación de cada uno de los institutos de propiedad intelectual a la legislación específica de cada uno de ellos, sería entonces legalmente viable. No existe prohibición de utilizar, dentro del ámbito y las condiciones respectivas, el derecho de patentes, la información no divulgada y otros para proteger el mismo conocimiento, si se cumplen los requisitos sustantivos y formales.

La legislación nacional pretende que el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual no afecte negativamente las prácticas tradicionales, constituyéndose en un límite para el otorgamiento, por ejemplo, restringiendo el alcance de las reivindicaciones en el caso de patentes, etc.

### - Referencias al derecho consuetudinario

No existen referencias explícitas al derecho consuetudinario, pero la remisión misma al proceso participativo de consulta implica, de alguna forma, la consideración del derecho consuetudinario para decidir aspectos claves para la protección del conocimiento tradicional, como la titularidad del derecho, la forma de utilización,

etc. Asimismo, en la medida en que el Convenio 169 de la OIT y la normativa indígena en general reconozcan al derecho consuetudinario, ello sería de aplicación en el presente caso.

## - Reconocimiento de conocimientos tradicionales protegidos en otros países

La Ley no incluye tal posibilidad de reconocimiento, por ejemplo, basado en la reciprocidad. Tampoco se refiere al complejo asunto del conocimiento similar que es compartido por pueblos indígenas fuera de las fronteras del país.

En principio, únicamente puede protegerse o registrarse el conocimiento que se ha desarrollado en el territorio nacional por cualquiera que pueda considerarse como un pueblo indígena o una comunidad local, según las definiciones que se discuten en este momento como parte del proceso participativo. El reconocimiento de solicitudes de protección de otros lugares no sería, en principio, procedente, excepto si reúne, a la vez, las condiciones para ser protegidos como si se trataran de innovaciones, conocimientos y prácticas del país.

## 4) Otras disposiciones relacionadas con el marco jurídico son las siguientes:

La Ley Indígena N.º 6172 del 16 de noviembre de 1977 establece que las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase (art. 2). Se declaran propiedades de las comunidades indígenas las reservas mencionadas en el artículo 1 de la Ley (art. 2). Las reservas indígenas son inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivas de los indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra adquirir terrenos o fincas dentro de estas reservas.

Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de estas entre los no indígenas y los indígenas se consideran absolutamente nulos (art. 3). Las reservas estarán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o las leyes de la república que los rijan, bajo la coordinación y asesoría el CONAI.

La propiedad en los territorios indígenas ha sido considerada "[...] como excepción, el derecho de propiedad colectiva en nuestro país. Se trata de un derecho de propiedad especial, creado para definir el papel del Estado frente a ese derecho, para tutelar una realidad establecida mucho antes [...]". (Juzgado Agrario de Limón, resolución n.º 53-93 de las 8:00 horas del 13 de octubre de 1993). En los territorios indígenas, no es posible reivindicar la propiedad debido a su carácter de inalienable. (Sentencia de la Sala Primera de la Corte n.º 223 de las 15:30 horas del 6 de julio de 1990).

El reglamento de la Ley Indígena, Decreto N.º 8487-G, establece que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 2 de la Ley Indígena, las comunidades indígenas adoptarán la organización prevista en la Ley N.º. 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo Comunal. Desde el punto de vista jurídico, la titularidad de las tierras corresponde entonces a las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (ADI).

Solamente los indígenas podrán construir casas, talar árboles, explotar recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de las reservas. Los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo son patrimonio del Estado y de las comunidades indígenas, y los nuevos permisos o la renovación de los existentes para la exploración y la explotación minera requerirán la autorización de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (art. 6).

Igualmente, en relación con los deberes del Estado y los derechos de las poblaciones indígenas, resulta de gran interés el convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en estados independientes.

### Avances en el desarrollo de los DICS

La CONAGEBIO ha impulsado dos iniciativas para llevar adelante el proceso participativo previsto en la normativa. El primero de ellos en el año 2002, ejecutado por la Mesa Indígena denominado "Proceso de Consulta para Determinar la Naturaleza y Alcances de los Derechos Intelectuales Comunitarios Sui Géneris en Territorios Indígenas y Comunidades Locales" que, entre otros productos, concluyó con una propuesta de normativa en esta materia.

Por su parte, en el año 2015, otro importante esfuerzo fue ejecutado, mediante el cual se realizaron proyectos piloto en dos territorios indígenas (Cabagra y Talamanca-Bribí) producto de los cuales -además de pilotar el proceso participativo<sup>37</sup>- se avanzó en la elaboración de una segunda versión mejorada del borrador de reglamento (versión 2015) y se finalizó además con una "Guía práctica para activar el proceso participativo" que contiene las bases conceptuales y teóricas para desarrollarlo. Sin embargo, no ha sido posible contar con los recursos económicos para poder escalar todo el proceso y completar las diferentes etapas de este en los 24 territorios indígenas existentes en el país.

Adicionalmente, debe indicarse la iniciativa del Ministerio de la Presidencia para generar el Mecanismo de Consulta indígena. En este orden de ideas, el viceministerio de la Presidencia de Asuntos Políticos y Diálogo Ciudadano se encuentra desarrollando un Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas. Esta iniciativa tiene su origen en la Directriz No-042-MP del 2016, la cual establece el proceso mediante el cual se construirá, de forma conjunta entre el Gobierno de la República y los 24 territorios indígenas, el Mecanismo de Consulta a Pueblos Indígenas y se define al Viceministerio de Asuntos Políticos como la autoridad pública a cargo del proceso de construcción de este. Bajo su autoridad, se crea una Comisión Interinstitucional conformada por miembros del Viceministerio y de otras instituciones públicas, entre las cuales se cuenta la CONAGEBIO. La directriz regula las formas de convocatoria (artículo 5); los principios rectores (artículo 7), el proceso de consulta -incluyendo la forma de determinar la metodología de consulta y la figura de los encuentros territoriales-(artículos 8-4). Se espera contar con la versión del Mecanismo de Consulta en el año 2017, luego de haberse recibido comentarios a las propuestas presentadas a inicios de dicho año en las reuniones nacionales convocadas para tal efecto.

### D. Legislación en propiedad intelectual

Costa Rica fue el último país de la región en ratificar el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (CAFTA-DR).<sup>36</sup>

La Ley de Patentes de Invención, N.º 6867 del 5 de abril de 1983 y sus reformas establecen como patentable toda creación del intelecto humano capaz de ser aplicada a la industria. Podrán ser un producto, una máquina, una herramienta o un proceso de fabricación (art. 1).

- No se consideran invenciones:
- a) Los descubrimientos, las teorías científicas, los métodos matemáticos y los programas de ordenador considerados aisladamente.
- b) Las creaciones puramente estéticas, las obras literarias y artísticas.
- c) Los planes, principios o métodos económicos de publicidad o negocios y los referidos a actividades puramente mentales, intelectuales o a materia de juego.
- d) La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de forma o uso, dimensiones o materiales, salvo que se trate de una combinación o fusión tal que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de ellas sean modificadas para obtener un resultado industrial no obvio para el técnico en la materia.

- Las obtenciones vegetales tendrán protección mediante ley especial.
- Se excluyen de la patentabilidad:
- a) Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse objetiva y necesariamente para proteger el orden público, la moralidad, la salud o la vida de las personas o los animales para preservar los vegetales o evitar daños graves al ambiente.
- b) Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales.

### c) Las plantas y los animales<sup>37</sup>

d) Los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales.

Por su parte, el Reglamento decreto n.º 15222 del 12 de diciembre de 1983 y sus reformas indican: Artículo 3º.- Definición de invención. Una invención de producto podrá referirse, entre otros, a cualquier sustancia o material y a cualquier artículo, aparato, máquina, equipo, dispositivo u otro objeto o resultado tangible, así como a cualquier parte de los mismos.

- 2. Una invención de procedimiento podrá referirse, entre otros, a cualquier secuencia de etapas o a sus partes y modalidades, conducentes a la fabricación o a la obtención de un producto o de un resultado.
- 3) Para efectos del artículo 1.4.c) de la Ley, será aplicable la definición de "microorganismo" contenida en la Ley de Biodiversidad, Ley N.º 7788 del 30 de abril de 1998.

Las materias excluidas de dicha definición no se considerarán, por este motivo, como excluidas de la patentabilidad, sino que deberán ser sometidas al examen ordinario de patentabilidad, de conformidad con las disposiciones establecidas en la normativa vigente en la materia.

El artículo 19. 6 establece que el examinador de fondo deberá observar lo establecido en el artículo 78 de la Ley de Biodiversidad y, antes de emitir el informe técnico, deberá determinar si la solicitud en trámite corresponde a una invención que involucra el acceso a los recursos y los elementos de biodiversidad en el territorio costarricense, para proceder de conformidad con el artículo 80 de dicha Ley; es decir, realizar la consulta a la Oficina Técnica.

Sin embargo, nótese que el numeral no requiere en ningún momento la verificación de la presentación del certificado de legal procedencia para continuar con el trámite y, por ende, no es claro si la consulta del artículo 80 se limita a constatar que la invención no se encuentre en ninguno de los supuestos del artículo 78, así como que se haya presentado el certificado indicado o al menos que este aspecto deba consultarse con las autoridades del Ministerio de Ambiente y Energía.

A pesar de lo anterior, según se desprende de lo actuado a la fecha por la Oficina Técnica y ante lo que la Ley de Biodiversidad indica en su artículo 80, la respuesta de la Oficina se pronunciaría además sobre la existencia o no de un permiso de acceso que sustente la utilización de los recursos genéticos involucrados, y estas consideraciones deberían ser igualmente vinculantes para el Registro de Propiedad Intelectual.

Como se ha analizado, la Ley de Biodiversidad reconoce la existencia del certificado de origen en el caso de acceso a recursos genéticos nacionales (o eventualmente a los foráneos si el acceso se realiza en Costa Rica según la interpretación predominante de la Oficina Técnica), y exige su presentación ante las oficinas competentes para otorgar derechos. Igualmente, se contempla un mecanismo de consulta obligatorio con la Oficina Técnica de la CONABEGIO en el caso de las innovaciones basadas en elementos de la biodiversidad.

Para verificar el cumplimiento de estas condiciones, se debe realizar la consulta a la

Oficina Técnica. Nótese que la presentación del certificado garantiza que el procedimiento de acceso se siguió, lo que incluiría la negociación del consentimiento previo y la distribución de beneficios con los proveedores.

Ni la Ley de Obtenciones Vegetales N.º 8631 -ni su reglamento- contemplan expresamente el requisito de la consulta. Se exceptúan de la protección, las plantas silvestres no mejoradas (artículo 2). Asimismo, se considera una variedad notoriamente conocida, si se encuentra protegida por derechos intelectuales comunitarios sui géneris, se hayan registrado estos derechos o no, de conformidad con lo establecido en los artículos 82 y 84 de la Ley de biodiversidad, N.º 7788, siempre y cuando la variedad se encuentre suficientemente descrita y sea posible verificar su existencia (artículo 4).

Debido a esta omisión en el año 2017 la Federación para la Conservación de la Naturaleza (FECON) interpuso un proceso contencioso-administrativo, el cual se encuentra pendiente de ser resuelto por los tribunales.

Por su parte, el decreto n.º 34958-MINAET-COMEX- de diciembre de 2008, reglamentaba el artículo 80 de la LB, es decir, la consulta previa obligatoria prevista en ese numeral, antes de otorgar derechos de propiedad intelectual e industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. El reglamento (art. 3) limita la oposición de la falta de cumplimiento con los requisitos de patentabilidad (no menciona qué sucede en el caso de variedades vegetales). Igualmente, ante la ausencia el incumplimiento de la legislación de acceso (arts. 5 y 6), únicamente se prevé una multa (establecida vía reglamento) mientras el solicitante de la patente no se ponga a derecho (posibilidad regulada en el artículo 7). El reglamento no menciona qué sucede con el trámite de otorgamiento de la patente; pero todo parece indicar que este continúa a pesar de lo que dispone la LB para presentar el certificado de origen o legal cumplimiento.38

Al respecto, la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad contra este, en el

voto 17058-12:

[...] Decreto impugnado, tiene por objeto regular la materia ambiental, en concreto la protección de la biodiversidad nacional y sus elementos asociados, como el conocimiento tradicional de las comunidades locales derivado de su uso o conservación. Reglamenta el artículo 80 de la Ley de Biodiversidad número 7788, de fundamental importancia para garantizar la protección de la biodiversidad. Su consecuencia directa es la limitación, restricción e incluso modificación de los efectos y alcances de la norma legal. Sin embargo, el reglamento no fue sometido a un proceso de información o consulta a la población costarricense de previo a su promulgación definitiva, incumpliéndose de esta forma la obligación de consulta de los anteproyectos de disposiciones de carácter general, establecida en el artículo 361.2 de la Ley General de la Administración pública, por lo que se negó a la población en general, que tiene un interés difuso en la protección efectiva de la biodiversidad nacional, como las organizaciones representativas de intereses generales o corporativos que igualmente pueden resultar afectos por cualquier innovación o modificación normativa que incida sobre elementos que protegen elementos de la biodiversidad, lo que viola el derecho constitucional a la participación ciudadana y el principio democrático. Con base en las consideraciones dadas en la sentencia se declara con lugar la acción. En consecuencia, se anula el Decreto Ejecutivo No. 34958 MINAET-COMEX, publicado en el Alcance No. 53 de La Gaceta No. 242 del 15 de diciembre de 2008, que es el Reglamento al artículo 80 de la Ley de Biodiversidad.

### E. Propiedad intelectual y TLC 39

Asimismo, deben mencionarse las potenciales implicaciones de los TLC -suscritos y ratificados por numerosos países con los Estados Unidos y la Unión Europea- y sus correspondientes

disposiciones sobre DPI.<sup>40</sup> Por ejemplo, con relación al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, algunas personas consideran que podría establecer una limitación en materia de divulgación o revelación del origen. El lenguaje utilizado en el CAFTA-DR proviene directamente de la legislación de los Estados Unidos al decir que

cada parte establecerá que la divulgación de una invención reclamada debe indebida, a la fecha de presentación" ( art. 15.9.9).

En este orden de ideas, la duda que surge es si el texto impide solicitar mayor información al momento de divulgar la patente.

En opinión de algunas personas, las disposiciones del TLC limitarían<sup>41</sup> la divulgación o la revelación del origen.

Vinculado con lo anterior, el voto de la Sala Constitucional de Costa Rica (SC, n.º 8-13832 del 11 de septiembre de 2008) con respecto al último Proyecto de Ley de la denominada "Agenda de Implementación" del CAFTA-DR, confirmado la relación existente entre los tratados de libre comercio, la biodiversidad (en este caso el conocimiento tradicional) y los derechos de propiedad intelectual.

En un voto 4 a 3, la mayoría de los y las miembros de la Sala consideraron inconstitucional el procedimiento seguido para incorporar varias modificaciones a la LB, contenidas en el Proyecto de Ley N.º 16955.<sup>42</sup> Debido a la resolución el Poder Ejecutivo requirió solicitar una prórroga a los otros miembros del tratado para ponerlo en vigencia.<sup>43</sup>

Desde la perspectiva de los efectos del fallo de la Sala, el cambio más relevante se relaciona con la modificación al inciso 6 del artículo 78 de la Ley de Biodiversidad.

El artículo 78 de la Ley en su versión original

excluía de la protección de propiedad intelectual: 1....

6. Las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado o prácticas biológicas tradicionales o en el dominio público.

La reforma que pretendía introducir el Proyecto de Ley N.º 16955 radicaba en dos aspectos: 1. se establece que la exclusión- en el encabezado del artículo- de la protección lo es con relación únicamente a las patentes y no a otras formas de propiedad intelectual; 2. se adiciona luego de las palabras "dominio público" del inciso 6 la frase "siempre que no cumplan con los requisitos de patentabilidad de la Ley N.º 6867 del 23 de junio de 1983 (Ley de Patentes) y sus reformas".

Aunque los motivos legales para tal proceder no fueron expuestos con suficiente detalle, estos parecen haber sido de dos tipos: a) no existen en el TLC exclusiones a la protección de las diferentes formas de propiedad intelectual que podrían justificar lo dispuesto en el artículo 78 (en su totalidad, según el inciso 6, únicamente era factible excluir el caso específico de las patentes); b) era necesario establecer claramente la posibilidad de patentar invenciones derivadas del CT, siempre que se cumplan los requisitos de ley, de manera que no se excluyera por completo la protección de invenciones relacionadas con el CT, a condición de que estas no fueran "derivadas esencialmente" de este.

El proyecto fue consultado por un grupo de diputados y, en la respuesta a esta, la mayoría de los magistrados consideraron que:

El punto medular de este reclamo es establecer si los cambios resaltados afectan directamente a los pueblos indígenas, y requerían ser consultados según la normativa del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ese Convenio establece en su artículo 6, la obligación de los gobiernos de:

consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

[...]

La reforma al artículo 78, en su inciso 6), introduce un cambio objetivamente comprobable con respecto al texto vigente, y es que establece como patentable, lo que antes no lo era, concretamente, las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en dominio público. Con la redacción vigente, no son patentables, con la redacción introducida en el texto consultado; lo son, si se cumple con los requisitos de patentabilidad establecidos en la Ley N.º 6867 del 23 de junio de 1983 y sus reformas.

A contrario sensu, la norma establece que si el conocimiento tradicional cumple los requisitos de la citada ley, entonces sí es patentable, aunque sea una invención esencialmente derivada del conocimiento <u>asociado a prácticas biológicas tradicionales</u> o culturales en dominio público. Objetivamente es un cambio que afecta directamente los intereses de los pueblos indígenas, y por lo tanto, conforme a la normativa vigente del Convenio 169 de la OIT, debió ser consultado a estos, y esta disposición es vinculante para el país.

No obstante, el voto de minoría presenta una visión diferente del problema, exponiendo las razones por las cuales el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no resulta aplicable. La Sala dispone:

### Para el voto de minoría:

Antes de la propuesta legislativa que es objeto de análisis en la presente consulta, el ordenamiento jurídico costarricense establece, claramente, y sin duda alguna un blindaje o protección específica a los conocimientos, innovaciones y prácticas de la comunidades indígenas y locales que entrañan estilos tradicionales de vida pertinentes a la conservación y utilización

sostenibles de la diversidad biológica. Así lo dispone expresamente el Convenio sobre Diversidad Biológica y Anexos (Río de Janeiro de 1992), incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley No. 7416 de 30 de junio de 1994 -vigente desde el 28 de julio de 1994-, en su artículo 8, inciso j), relativo a la "conservación in situ". Por su parte, la Ley de Biodiversidad No. 7788 de 30 de abril de 1998 en el Capítulo V denominado "Acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y protección del conocimiento asociado", Sección III "Protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial", si bien reconoce la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas a través de mecanismos legales apropiados (artículo 77), en los artículos 82 a 85 desarrolla extensa y prolijamente la protección de los derechos intelectuales comunitarios sui géneris de los pueblos indígenas y las comunidades locales, así como su participación activa en esa tutela.

En suma, la minoría estima que la consulta a las comunidades indígenas no es necesaria, por cuanto, la norma que se propone reformar no las afecta directamente, al dejar vigente el ordenamiento supralegal y legal que les prodiga protección especial a los derechos intelectuales comunitarios sui géneris de aquellas.

Finalmente, el Proyecto de Ley fue modificado, eliminado la redacción del inciso 6 del artículo 78 de la Ley de Biodiversidad, y mantuvo por tanto su versión actual.

Mediante el voto 16221-2008, la Sala Constitucional determinó (5 a 2) que esta nueva redacción no era contraria a la Constitución Política.

Sin embargo, poco después se emitió el Decreto N.º 34959-MINAET-COMEX publicado en *La Gaceta* del 15 de diciembre de 2008, el cual reglamentaba el artículo 78 y dispuso:

[...] que se entiende que una invención es esencialmente derivada del conocimiento

asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en dominio público, se considerará como esencialmente derivada de tales conocimientos, si la invención carece de nivel inventivo o de alguna otra manera no cumple con los criterios de patentabilidad [...] (art.1).<sup>44</sup>

Este decreto fue anulado por la Sala Constitucional mediante el voto 18147-12, debido a la ausencia de participación ciudadana.

### F. Estado de implementación<sup>45</sup>

Se han realizado diversas reuniones entre la Oficina Técnica y el Registro, incluyendo un Taller para la Creación de Capacidades en la aplicación del artículo 80 de la LB, realizado el 6 de agosto de 2008. A este taller asistieron las personas funcionarias del Registro, peritos, integrantes del Tribunal Registral, miembros de la CONAGEBIO y personas empleadas de instituciones a las cuales el Registro solicitó apoyo técnico.

A la fecha no se han identificado solicitudes de patentes donde se divulgue alguna invención que incluya elementos de biodiversidad o recursos genéticos extraídos en el territorio nacional.

Las dificultades mencionadas para la implementación del requisito del artículo 80, radican en que el Registro está conformado por abogados especializados en propiedad intelectual, los cuales no conocen con detalle la aplicación de la LB ni los conceptos que ella regula. En todo caso, las personas examinadoras de fondo, cuya área de formación profesional es más cercana a esta materia, son los responsables de determinar cuáles solicitudes deben ir en consulta.

Otro inconveniente consiste en que esta se efectuaría en la etapa de estudio de fondo, lo que retrasaría la finalización del proceso de otorgamiento o la denegatoria de la solicitud presentada. En todo caso, la divulgación del origen del material no constituye uno de los requisitos de forma de la solicitud, lo cual

dificulta identificar desde el inicio en qué casos procede realizar la consulta y remediar la potencial ausencia de esta .

Únicamente se ha conocido una consulta a la OT de la CONAGEBIO de la solicitud de patente que se tramitaba bajo el expediente n.º 7415, denominada "PIRIDINONAS SUSTITUIDAS COMO MODULADORES DE P38 MAP QUINASAS". El resumen aportado es el siguiente:

Se describen compuestos de la Fórmula I y sus sales farmacéuticamente aceptables, en los que R1, R2, R3, R4 y R5 se definen en la presente. Estos compuestos son útiles para tratar enfermedades y afecciones causadas o exacerbadas por la actividad de p38 MAP quinasa desregulada y/o FNT. También se describen composiciones farmacéuticas que contienen los compuestos, métodos para preparar los compuestos y métodos de tratamiento que utilizan los compuestos, 46

Dicha solicitud fue enviada posteriormente al taller citado por medio de una consulta informal del Registro. La OT emitió un oficio en el cual -entre otros puntos- se comentó que, en los formularios que el registro utilizaba, no se incluía en ningún momento indicar el origen de las muestras. No obstante, se concluyó que las cepas de *N.meningitidis* eran originarias de U.S.A, Alemania y Países Bajos. Además la Oficina Técnica manifestó que respecto a la información

aportada en las reivindicaciones no se encontraba ninguna que se refiriera al patentamiento de microorganismos o secuencias ADN, nucleótidos, y /o aminoácidos, tal y como se encuentran en la naturaleza, por lo que la solicitud de patente no infringía lo estipulado en el artículo 78 LB.

Por último, las personas funcionarias de la OT realizan con alguna periodicidad búsquedas en bases de datos de patentes para identificar posibles usos de recursos genéticos nacionales en una invención.

### III. Conclusiones

La Ley de Biodiversidad de Costa Rica es uno de los primeros marcos normativos nacionales que han regulado el tema del acceso a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y su relación con los derechos de propiedad intelectual. No obstante, casi veinte años después de la promulgación de la pionera Ley de Biodiversidad, el desarrollo de los Derechos Intelectuales Comunitarios Sui Géneris aún está pendiente.

A pesar de los esfuerzos puntuales realizados por las autoridades y otros grupos, aún existe una deuda pendiente con los pueblos indígenas para poder tutelar adecuadamente sus conocimientos, innovaciones y prácticas y los recursos genéticos existentes en sus territorios.

### Referencias bibliográficas.

Abrell, Elan et al, *Implementing A Traditional Knowledge Commons: opportunities and challenges*, en Triggering the synergies between intellectual property and biodiversity, GiZ, 2010.

Begoña Venero y Haiyuean Tualima, Protect and Promote your culture, Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities, WIPO, Geneva, 2017 disponible <a href="http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\_pub\_1048.pdf">http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\_pub\_1048.pdf</a>

David, Vivas, El TLC entre la AELC y Colombia: un hito hacia la conservación de la biodiversidad, en Puentes, Setiembre del 2009, Vol. X, No. 4, ICTSD.

David Downes and Sara. Laird, *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge*, Prepared for UNCTAD Biotrade Initiative. 1999.

**DIRECTRICES VOLUNTARIAS** MO'OTZ KUXTAL Directrices voluntarias para la elaboración de mecanismos, legislación u otras iniciativas adecuadas para garantizar el "consentimiento previo y fundamentado", el "consentimiento libre, previo y fundamentado" o la "aprobación y participación", según las circunstancias nacionales, de los pueblos indígenas y las comunidades locales para el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas, para la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas que sean pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y para denunciar e impedir la apropiación ilegal de los conocimientos tradicionales. Decisión XIII/18.

Elisa Morgera, Matthias Buck & Elsa Tsioumani, The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefitsharing in perspective: implications for international law and implementation challenges Leiden; Boston: M. Nijhoff Pub. 2013.

Elsa Tsioumani, "Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol" (2010) 40:6 Environmental Policy and Law 288.

Evanson Kamau, Bevis Fedder and Gerd Winter, "The Nagoya Protocol on Access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community" (2011) 6(3) Journal of Environment and Development.

Gurdial Nijar, "The Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources: analysis and implementation options for developing countries" South-Centre, Research Paper No. 36, march 2011.

Flavia, Noejovich, Reflexiones sobre el Rol del Derecho Consuetudinario en la Protección de los Conocimientos Tradicionales a Propósito del Protocolo de Nagoya, IUCN, Quito, 2013.

Graham, Dutfield, 2000, Intellectual property rights, trade and biodiversity. Earthscan, Londres. Harry Jonas, Kabir Bavikatte & Holly Shrumm, Community Protocols and Access and Benefit Sharing, 2010, 12:3 Asian Biotechnology and Development Review 49.

Hartmut Meyer *et al*, Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization: Background and Analysis, Berne Declaration and Third World Network, 2013.

International Institute for Economic Development, Biodiversity and Culture: exploring community protocols, rights and consent; 2012. Disponible en http://pubs.iied.org/search.

Jorge Cabrera Medaglia, El Protocolo de Nagoya: retos de implementación en América Latina y el Caribe, CISDL, Montreal, 2015.

Jorge Cabrera Medaglia, *Costa Rica: legal framework* and public policy (on access to genetic resources), Accessing Biodiversity and sharing the benefits: lessons from implementing the Convention on Biological Diversity, Santiago Carrizosa et al.

(eds), IUCN Environmental Policy and Law Paper No 54, 2004.

Jorge Cabrera Medaglia, Access and benefit sharing, intellectual property rights and the protection of traditional knowledge in Costa Rica: participation in and possible impacts of the IGC's work, Robinson, Daniel et al. (eds.), Routledge, 2017.

Jorge Cabrera Medaglia, 1998 Ideas, Mecanismos y Principios para la Protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, Fundación Ambio, San José.

Mathias Buck, and Clare Hamilton, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity" (2011) 20 RECIEL.

Manuel, Ruiz, Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: algunos avances normativos y de política en América Latina, UICN, Quito, 2006.

Ministerio de Ambiente y Energía, Política Nacional de Biodiversidad, 2015.

OIT, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, 2009. Report of the Expert Group Meeting of Local Community representatives within the context of article 8 (j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity. UNEP/CBD/WG8J/7/8(add.1) setiembre del 2011.

Report of the Eight Open-Ended Working Group on Article 8J and related provisions UNEP/CBD/COP/12/5, 11 November 2013.

Rubén, Chacón, Guía para Activar el Proceso Participativo, CONAGEBIO, San José, 2015.

Sebastian Oberthur and Rosendal Kristin (eds) Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol, Routledge Research in International Environmental Governance, 2013.

Thomas Greiber et al, *Explanatory Guide on the Nagoya Protocol*, IUCN Legal Paper No. 32, Bonn, 2012.

Tobin, Brendan, Customary Law in ABS and TK governance: perspective from Andean and Pacific Island Countries, UNU, 2012.

Union for Ethical Biotrade, *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, Technical Brief, 2010.

UNCTAD. 2000 Systems and National Experiences for protecting traditional knowledge, Innovations and Practices, TD/B/COM.1/EM.13/2, Ginebra.

#### Notas

- Política Nacional de Biodiversidad, 2015.
- Política Nacional de Biodiversidad, 2015.

https://www.iucn.org/es/content/nuevo-mapa-muestra-c%C3%B3mo-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-de-centroa-m%C3%A9rica-ocupan-y-resguardan-gran)

- Sobre el Protocolo veáse entre otros Mathias Buck and Clare Hamilton, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity" (2011) 20 RECIEL; Union for Ethical Biotrade, Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing, Technical Brief, 2010; Gurdial Nijar, "The Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources: analysis and implementation options for developing countries" South-Centre, Research Paper No. 36, march 2011; Sebastian Oberthur and Rosendal Kristin (eds) Global Governance of Genetic Resources: Access and benefit sharing after the Nagoya Protocol, Routledge Research in International Environmental Governance, 2013; Thomas Greiber et al, Explanatory Guide on the Nagoya Protocol, IUCN Legal Paper n.º. 32, Bonn, 2012; Evanson Kamau, Bevis Fedder and Gerd Winter, "The Nagoya Protocol on Access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community" (2011) 6(3) Journal of Environment and Development; Elisa Morgera, Matthias Buck & Elsa Tsioumani, The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in perspective: implications for international law and implementation challenges Leiden; Boston: M. Nijhoff Pub. 2013; Elsa Tsioumani, "Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol" (2010) 40:6 Environmental Policy and Law 288 y Meyer, Hartmut et al., Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization: Background and Analysis, Berne Declaration and Third World Network, 2013. En particular para el caso de los países de América Latina, se puede consultar Cabrera Medaglia Jorge, El Protocolo de Nagoya: retos de implementación en América Latina y el Caribe, CISDL, Montreal, 2015.
- Veáse las respuestas de estas dos organizaciones que constan en el expediente legislativo de tramitación del Protocolo de
- Sobre la importancia de los CT en la región cfr el estudio de Ruiz, Manuel, Protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances normativos y de política en América Latina, UICN, Quito, 2006
- 8 Cfr como progresivamente se han ido desarrollando políticas nacionales e internacionales sobre el tema. Por ejemplo, la Política de la FAO sobre Pueblos Indígenas y Tribales del 2011.
- El tema de los CT y el acceso a RG de pueblos indígenas se encuentran más desarrollados normativa y doctrinariamente que el caso de las comunidades locales. Sobre este tema cfr Report of the Expert Group Meeting of Local Community representatives within the context of article 8 (j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity. UNEP/ CBD/WG8J/7/8(add.1) septiembre de 2011.
- Cfr. sobre el punto, Ruiz Manuel, La protección, op cit. La Decisión VII/16 de la COP VII, sección H, enuncia algunos elementos potenciales a ser considerados para la elaboración de sistemas sui generis.
- Cfr la página web del Convenio de Biodiversidad relativo a las actividades y resultados del Grupo de Trabajo sobre el Articulo 8 J y disposiciones conexas, www.cbd.int
- Cfr el Reporte del Eight Open-Ended Working Group on Article 8J and related provisions UNEP/CBD/COP/12/5, november 11, 2013.
- DIRECTRICES VOLUNTARIAS MO'OTZ KUXTAL Directrices voluntarias para la elaboración de mecanismos, legis-14 lación u otras iniciativas adecuadas para garantizar el "consentimiento previo y fundamentado", el "consentimiento libre, previo y fundamentado" o la "aprobación y participación", según las circunstancias nacionales, de los pueblos indígenas y las comunidades locales para el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas, para la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas que sean pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y para denunciar e impedir la apropiación ilegal de los conocimientos tradicionales. Decisión XIII/18.
- En maya kaqchikel, idioma tradicional local, esta expresión significa "la importancia de volver al lugar de origen".
- En general sobre este instrumento cfr. Abrell, Elan et al., Implementing A Traditional Knowledge Commons: opportunities and challenges, en Triggering the synergies between intellectual property and biodiversity, GiZ, 2010, MASTA, El Protocolo Biocultural del Pueblo Indígena Miskitu, UICN, San José, 2010 y Harry Jonas, Kabir Bavikatte & Holly Shrumm, Community Protocols and Access and Benefit Sharing, 2010, 12: 3 Asian Biotechnology and Development Re-
- Cfr el comprensivo estudio Biodiversity and Culture: exploring community protocols, rights and consent; IIED, 2012. Disponible en http://pubs.iied.org/search.
- Por ejemplo, la Constitución de Ecuador reconoce el valor del derecho consuetudinario, ver artículos 171 y siguientes.
- Sobre los alcances y los fundamentos normativos nacionales e internacionales del derecho consuetudinario se sugiere revisar Tobin, Brendan, Customary Law in ABS and TK governance: perspective from Andean and Pacific Island Countries, UNU, 2012 y Noejovich, Flavia, Reflexiones sobre el Rol del Derecho Consuetudinario en la Protección de los Conocimientos Tradicionales a Propósito del Protocolo de Nagoya, IUCN, Quito, 2013.
- Cfr el documento Glosario de términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos; los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, disponible en www.wipo.int
- Proteger los derechos de la comunidad sobre los conocimientos tradicionales: repercusiones de las leyes y prácticas consuetudinarias. Seminario de planificación de la investigación, Cuzco (Perú) 20 al 25 de mayo de 2005.
- El derecho consuetudinario y el sistema de propiedad intelectual en la protección de las expresiones y los conocimientos culturales tradicionales. Documento básico de trabajo - versión 3.0, diciembre de 2006, http://www.wipo.int/tk/es/ consultaciones/customary\_law/index.html

- 23 Paul Kuruk. "El derecho consuetudinario en África y la protección del folclore", en Boletín de Derecho de Autor, XXXVI, n.º 2, 2002, p. 6 (http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf), extraído en parte, París, 15 de junio de 1982, Gazette du Palais, 1982.2, Resumen, p. 378, o París, 25 de abril de 1978, Gazette du Palais, 1978, 2, p. 448.
- 24 Casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos sobre tierras y territorios. www.cidr. or Los fallos especialmente en temas de derechos sobre tierras y territorios son relevantes, por ejemplo: caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay; caso de la comunidad Sumo Awas Tigni contra Nicaragua; caso del pueblo de Saramaka contra Surinam.
- 25 Cfr OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio n.º. 169 de la OIT, 2009.
- 26 La oficina técnica ha elaborado modelos o formatos para la presentación de los documentos y requisitos en cumplimiento de los trámites que la ley y las normas de acceso establecen y se cuenta con procedimientos en línea y un manual técnico para orientar a las personas usuarias. ( www.conagebio.com).
- para orientar a las personas usuarias. (www.conagebio.com).
   Ver Cabrera Medaglia, Jorge, Costa Rica: legal framework and public policy (on access to genetic resources), Accessing Biodiversity and sharing the benefits: lessons from implementing the Convention on Biological Diversity, Santiago Carrizosa et al. (eds), IUCN Environmental Policy and Law Paper n.º 54, 2004 y Access and benefit sharing, intellectual property rights and the protection of traditional knowledge in Costa Rica: participation in and possible impacts of the IGC's work. Robinson. Daniel et al. (eds.). Routledge, 2017
- IGC's work, Robinson, Daniel et al. (eds.), Routledge, 2017.

  Lo referente al acceso a los recursos genéticos ha sido reglamento por medio del Decreto n.º 31514-MINAE y sus reformas publicado en La Gaceta del 15 de diciembre de 2003, "Normas generales para el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad" (de ahora en adelante Normas de Acceso). Por medio del Decreto n.º 33697-MI-NAE del 2007 se ha reglamentado el acceso a recursos genéticos en condiciones ex situ.
- 29 Dutfield, Graham. (2000). Intellectual property rights, trade and biodiversity. Earthscan, Londres; Posey, Darell y Dutfield, Graham. (1996) Beyond Intellectual Property Rights. IDRC, Cabrera Medaglia, Jorge. (1998). Ideas, mecanismos y principios para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas. Fundación Ambio, San José y UNCTAD. (2000). Systems and National Experiences for protecting traditional knowledge, Innovations and Practices, TD/B/COM.1/EM.13/2, Ginebra.
- 30 Downes, David y Laird, Sara. (1999). Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge, Prepared for UNCTAD Biotrade Initiative
- 31 Véase el reciente análisis de Begoña Venero y Haiyuean Tualima. Protect and promote your culture, practical guide to intellectual property for indigenous peoples and local communities. WIPO, Geneva, 2017 disponiblehttp://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\_pub\_1048.pdf
- 32 Este inciso fue modificado por la Ley N-º 8686 publicada en La Gaceta del 26 de noviembre de 2008, una de las denominadas leyes de implementación del Tratado de Libre Comercio (CAFTA-DR).
- Las reformas a la Ley de Marcas, a la Ley de Patentes y la Ley de Biodiversidad, Ley N-º 8632 del 28 de marzo de 2008, había modificado este inciso indicando en su lugar " los microorganismos tal y como se encuentran en la naturaleza".
   El primer certificado de origen, para la investigación básica denominada: "Determinación de la estructura genéti-
- 34 El primer certificado de origen, para la investigación básica denominada: "Determinación de la estructura genética de la población de cocodrilos en el Estero de Tamarindo", la cual se había aprobado por medio de la resolución R-001-2007-OT-CONAGEBIO. El certificado fue emitido por la OT, el 26 de febrero del 2008. No obstante, no parece que este haya sido presentado en una solicitud de propiedad intelectual quizá debido a la naturaleza básica de la investigación.
- 35 Chacón Rubén. Guía para activar el proceso participativo, San José, 2015.
- 36 El 7 de octubre de 2007, mediante referéndum, se aprobó el Tratado. La Ley es la N.º 8622, publicada en La Gaceta del 21 de diciembre de 2007, Alcance n.º 40.
- 37 Las reformas introducidas por la Ley N.º 8632 a la Ley de Marcas y otras Leyes modificaron los incisos c y d del artículo 4 de la Ley de Patentes (exclusiones a la patentabilidad), de la siguiente manera: " c) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos, siempre y cuando no sean microorganismos tal y como se encuentran en la naturaleza"; d) Los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean los procedimientos no biológicos ni microbiológicos".
- Un caso similar ocurre con la legislación de implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos (Ley N.º 29316, denominada Ley que Modifica, Incorpora y Regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, publicada el 14 de enero en el Diario Oficial El Peruano). La Ley N.º 29316 ha modificado el requisito sustantivo de contar con un contrato de acceso a los recursos genéticos con el Estado Peruano o con un contrato de licencia con las comunidades indígenas para el uso de sus conocimientos tradicionales, como condición para poder obtener una patente que incluya el uso o aplicación de estos en el proceso de innovación. Con la nueva Ley, en el caso de que no se cuente con un certificado de origen, se penaliza con una sanción pero no con la validez y no es ya causal de nulidad. Se modifica la Decisión 486 en dos momentos fundamentales: solicitud de la patente y la declaración de nulidad de una patente ya otorgada.
- dos momentos fundamentales: solicitud de la patente y la declaración de nulidad de una patente ya otorgada.

  El Informe del Grupo de Expertos en Conocimiento Tradicional Asociado a los Recursos Genéticos en el Contexto del Régimen Internacional (UNEP/CBD/WG-ABS/8/2/corr.1) menciona textualmente que " un experto llamó la atención sobre el impacto de los tratados de libre comercio, como el CAFTA-DR, al imponer obligaciones para las Partes del CBD las cuales podrían ser inconsistentes con los requisitos de la revelación de un certificado de origen" (párrafo 63).
- Tratados bilaterales de libre comercio han tratado de responder a esta problemática, intentando crear una adecuada sinergía entre los sistemas de DPI y la biodiversidad. Un ejemplo de estas iniciativas es el TLC entre Perú y Estados Unidos. En la "Carta Paralela (Side letter)" acordada entre ambos países se establece:

  a) El reconocimiento de la importancia del Conocimiento Tradicional (CT) y la biodiversidad, así como su contribución
  - a) El reconocimiento de la importancia del Conocimiento Tradicional (CT) y la biodiversidad, así como su contribución al desarrollo.
  - b) El reconocimiento de la importancia de a) el consentimiento informado de las autoridades competentes; b) la distribución justa y equitativa derivada del uso de CT y Recursos Genéticos; c) el apoyo a la calidad en el examen de las

patentes para asegurar el cumplimiento de las condiciones de patentabilidad.

- c) El reconocimiento de que el acceso a los recursos genéticos y la distribución de puede ser adecuadamente regulado mediante contratos.
- Cfr. para el análisis de un caso mucho más avanzado de integración de las preocupaciones en materia de biodiversidad en el capítulo de propiedad intelectual en un acuerdo de comercio, Vivas, David, El TLC entre la AELC y Colombia: un hito hacia la conservación de la biodiversidad, en Puentes, septiembre del 2009, Vol. X, n.º 4, ICTSD.
- 41 No existe, sin embargo, una interpretación unívoca respecto a las consecuencias de este lenguaje sobre la posibilidad de exigir la revelación del origen. Por otra parte, en la región andina, según algunos comentaristas, la situación se presenta diferente, y las obligaciones de revelación y prueba de la legalidad del acceso contenidas en las decisiones andinas, prevalecen sobre el Acuerdo de Promoción Comercial por ejemplo, el negociado entre Perú y los Estados Unidos. El autor no considera, por razones legales y técnicas, que el lenguaje de la disposición citada conlleve una limitación a la posibilidad de exigir la revelación del origen.
- 42 El Proyecto de Ley reformaba diversas leyes de propiedad intelectual, entre ellas la Ley de Derechos de Autor y la Ley de Patentes, entre otras, así como la Ley de Biodiversidad. Posteriormente, el Proyecto fue modificado, y se eliminó la redacción del inciso 6 del artículo 78 de la Ley de Biodiversidad, manteniendo por tanto su versión actual. La Sala Constitucional determinó 5 a 2) que esta nueva redacción no era contraria a la Constitución Política. Finalmente, fue publicado como Ley N-º 8686 en La Gaceta del 26 de noviembre del 2008.
- 43 Finalmente los países no aceptaron otorgar la referida ampliación hasta el 1º de enero del 2009.
- 44 La Asociación de Desarrollo Integral del Territorio Indígena de Salitre presentó una acción de inconstitucionalidad alegando la ausencia de consulta a los pueblos indígenas que exige el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. La acción fue admitida por la resolución de la Sala de las 13:40 del 29 de julio de 2009 y fue posteriormente declarada con lugar, en el voto n.º 18147-12 del 2012
- 45 Comunicaciones personales de Karen Quesada del Registro de Propiedad Industrial y Maribelle Álvarez de la OT de la CONAGEBIO.
- 46 Mediante la resolución de las 8:07 horas del 30 de julio de 2009, se rechaza la solicitud de concesión en virtud de la falta de unidad de invención, falta de claridad y en razón de que las reivindicaciones se refieren a métodos de tratamiento, los cuales se encuentran excluidos de patentabilidad, según el artículo 1 de la Ley N.º 6867.

# LA PERMEABILIZACIÓN DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN EL DERECHO MERCANTIL COSTARRICENSE, UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA AL JOINT VENTURE, EL SHAREHOLDERS'AGREEMENT Y CONCEPTOS CONEXOS

M.Sc. Juan Diego Elizondo Vargas¹ juandiegoelizondo@gmail.com

#### **RESUMEN**

El objetivo de este artículo se divide primordialmente en dos: denotar la presencia tangible del derecho anglosajón en el derecho mercantil costarricense, a través de varias figuras que se utilizan en el derecho empresarial, y el segundo objetivo y de mayor consecuencia es servir de guía para aquellos y aquellas profesionales que no estén familiarizados con estos conceptos. En el trabajo se logra concluir la gran trascendencia que el derecho anglosajón ha tenido en nuestro sistema, permeando por medio de sus diversas figuras, como el *Shareholder's Agreement* y el *Joint Venture*, los cuales son explicados de manera detallada, para percibir claramente su importancia en el mundo de los negocios, donde al abogado y la abogada les corresponde ser una persona asesora informada.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho mercantil, derecho anglosajón, pactos parasociales, shareholders´ agreement, joint venture, drag alone, tag alone.

#### **ABSTRACT**

The objective of this article is divided primarily into two parts: to denote the tangible presence of common law in the Costa Rican mercantile law, through various figures that are used in business law, and as a second objective, and of greater consequence, is to serve as a guide for those professionals who are not familiar with these concepts. The work establishes the great importance that common law has had in our system, permeated through its various modalities, such as the Shareholders' Agreement and the Joint Venture, which are explained in detail, to clearly perceive its relevance in the business world, where the lawyer must be an informed advisor.

#### **KEYWORDS**

Commercial law, common law, parasocial agreements, shareholders' agreement; joint venture; drag alone; tag alone.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tiene una Especialidad en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica y otra Especialidad en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Costa Rica y una Maestría en Abogacía Internacional del Instituto Superior de Derecho y Economía en Barcelona becado por la Fundación Carolina.

#### Introducción

Se debe vislumbrar el derecho como un organismo vivo, el cual va transformándose con el devenir del tiempo. En la coyuntura actual, debe ser más dinámico que nunca y tiene que adaptarse a las necesidades de una sociedad exigente y cambiante. En algunas áreas avanza a una velocidad fúnebre, sin embargo, en ámbitos como el derecho mercantil, por la rapidez en que suceden los negocios, debe acoplarse casi de manera inmediata, aunque podría ser tan complicado como intentar calzar una pieza de rompecabezas a simple vista.

Las figuras jurídicas compiladas en el Digesto justinianeo han resultado incapaces de dar respuesta a nuevas situaciones y relaciones entre individuos que han surgido, para inmiscuirse en la vida cotidiana. En esos casos, el mundo anglosajón ha sido el primero en definir y delimitar los nuevos conceptos, tipificando y regulando la figura con mejor o peor fortuna; pero en suma, adelantándose a otros ordenamientos y reafirmándose como referencia.

En el derecho comercial, nos hemos visto en la necesidad de importar una serie de figuras que derivan del derecho anglosajón, las cuales se utilizan de manera frecuente en la cotidianidad.

Tanto el Código Civil como el de Comercio les permiten a los sujetos hacer uso de una gran facultad dispositiva a la hora de obligarse contractualmente, y con esta libertad, una tipología contractual de reciente creación ha aflorado, pero en fuerte expansión.

Así, contratos de colaboración como *Factoring*, *Leasing* o *Franchising*, nacidos en la moderna práctica norteamericana, son suscritos entre empresas nacionales utilizando el vocablo anglosajón y sin plantearse siquiera su sustitución por el equivalente español.

En el mundo de los negocios, el sistema norteamericano es el referente y, por lo tanto, sus figuras jurídicas anglosajonas indudablemente han permeado en nuestro derecho mercantil. Muchas de estas, por lo general, no se desarrollan en nuestras escuelas de derecho, y si se hace es con mucha ligereza, pues se ha evitado darles practicidad a muchos cursos, lo que ha conllevado a una dicotomía entre la academia y la realidad a la que el abogado o la abogada se debe enfrentar.

Derivado de lo anterior, he decidido escribir esta sucinta disertación para intentar desarrollar ciertas figuras y conceptos que orbitan alrededor de lo que podría llamarse el derecho de los negocios, y que cobran mayor importancia al interactuar con abogados y abogadas en un ámbito internacional.

No seré tan pretencioso de intentar abordar de manera profunda todos los conceptos que podrían existir. Me enfocaré en las figuras del *Joint Venture* y el *Shareholders' Agreements*, así como elementos conexos. La idea no es hacer un desarrollo teórico e histórico minucioso, sino más bien complementarlo con un acercamiento práctico. De esta manera, procuro dejar a la persona lectora con cierta información que le genere aunque sea un ápice de interés para profundizar en otros conceptos por su propia cuenta.

#### DESARROLLO

#### **Joint Venture**

Antes de introducir la figura del *Shareholders' Agreement*, es menester hacer hincapié en un concepto anglosajón que podría señalarse que es el causante de su existencia. Me refiero al contrato del *Joint Venture*. La palabra etimológicamente se compone de las palabras *joint* que significa unión o asociación, y *venture* que podría traducirse como una empresa, emprendimiento o riesgo.

#### Conceptualización

Se puede definir como una asociación de carácter temporal entre dos o más sociedades con el objetivo de llevar a cabo operaciones comerciales, por lo general, a gran escala, en donde a cada parte se le asigna una función particular dependiendo de su *know how* y sus capacidades financieras, con el fin de obtener un beneficio común.

Es comúnmente utilizado en el mundo de los negocios para describir la acción de alianza o asociación de dos o más empresas para la consecución de un proyecto conjunto. Por consiguiente, llevar a buen puerto esta inversión conjunta implica un riesgo compartido para las sociedades que la conforman. En nuestro país, no existe legislación que regule de manera adecuada este contrato atípico. Se rige bajo el principio de autonomía de la voluntad entre particulares.

Edna Osorio presenta una reseña de su desarrollo histórico al indicar que fue "una asociación de personas que buscan llevar a cabo una empresa comercial individual con fines de lucro, para lo cual combinan sus bienes, dinero, habilidades y conocimiento".

El presente trabajo se enfocará en el *Joint Venture* corporativo o societario. En este caso, se realiza el convenio de *Joint Venture* por medio de una sociedad, en la cual los y las contratantes son sus socios, de manera que los aportes que hacen se integran al patrimonio social.

Este convenio de *Joint Venture* generalmente se realiza a través de una sociedad anónima. A manera ejemplo, una empresa que tiene el *know how* en el desarrollo de proyectos inmobiliarios residenciales crea una sociedad con otra empresa que tiene la solvencia financiera para llevar a cabo un proyecto de grandes dimensiones, para de esta manera llevarlo a cabo conjuntamente.

Se determinará el plazo social de la sociedad en función de la finalización del proyecto y la venta de todas las unidades habitacionales sin ninguna incidencia o resolviéndola en caso de que se presente. De igual forma, se definirá el objeto de la sociedad específicamente estableciendo

únicamente lo que realmente se pretender desarrollar.

Podría también darse el caso de que existan varias empresas, cada una con un *expertise* distinto, por ejemplo, que una de ellas fuera una empresa constructora, que otra estuviera compuesta por arquitectos, que una tercera tuviera conocimiento en marketing residencial y, por último, que una empresa tuviera una gran capacidad económica.

Las empresas (que serían los socios y las socias) que ejecutan el *Joint Venture* deben pautar la aportación de sus recursos para el negocio común. Estos recursos suelen ser la materia prima, el capital, una determinada tecnología, el conocimiento del negocio y del mercado, recursos humanos, ventas, entre otros.

Este tipo de contrato de compromiso entre empresas se suele desarrollar cuando un proyecto concreto requiere una alta inversión tanto de capital como de tiempo, si una empresa sola lo desarrollara.

Las partes que conforman el *Joint Venture* se complementan de alguna u otra forma, lo que permite la consecución del objetivo de una manera más eficiente y menos costosa. Otra de las características de este tipo de contratos es que las empresas en ningún momento pierden su identidad de empresa, siguen totalmente al margen, independientemente del proyecto común que se esté realizando. Es decir, cada una de las empresas sigue desarrollando su actividad principal.

#### Los SHAs

Ahora bien, ¿de qué manera estas empresas logran regular la consecución de su objetivo común? En principio, lo más práctico sería instrumentalizar su relación conformando una sociedad de capital, la cual deberá tener sus estatutos sociales y deberá ser inscrita en el Registro Nacional, según nuestro Código de Comercio lo establece.

Pero dadas las circunstancias particulares de esta sociedad, los socios elaboran un documento privado para regular ciertos temas que no se quiere que estén bajo el escrutinio de cualquier particular, pues son sensibles y, en gran medida, atañen únicamente a los socios y no a la sociedad. De esta manera, se origina lo que en nuestro derecho comercial se conoce como los pactos parasociales que, en la jerga de los negocios, se conocen como Shareholders' Agreement o simplemente SHA, los cuales pueden traducirse como acuerdos o pactos de accionistas. Es una figura que, en principio, parece que no se ajusta a nuestro sistema, puesto que ya existe el pacto social de la sociedad, pero que, como se advertirá en las líneas siguientes, tiene unos propósitos particulares.

Los *SHAs* tienen una historia relativamente reciente en nuestro país y han adquirido popularidad en los últimos años, debido a la inversión extranjera, en especial, norteamericana, por lo cual han sido poco desarrollados a nivel normativo y jurisprudencial.

Nuestro Código de Comercio expresamente no los prohíbe ni los permite. Se hace mención a los estatutos sociales de una sociedad que deben ser inscritos en el Registro Nacional, por lo cual, en principio, la exigibilidad y el alcance de estos pactos quedan poco claros al constituirse en un documento privado sin la referida publicidad registral. Esto será analizado más adelante.

#### Definición

El autor Ignacio Escuti define estos pactos de la siguiente manera "son pactos estipulados entre los socios (algunos o todos) y, eventualmente, con terceros, para regular estatutariamente los vínculos entre ellos en relación con el ente o los órganos sociales, reglamentando en forma genérica o con algún grado de precisión ciertas pautas de conducta de los firmantes con referencia a la estructuración de la sociedad e incidencia en sus decisiones².

Pueden describirse como acuerdos privados realizados por una parte o la totalidad de los socios al margen del contrato social y los estatutos, con el objetivo de completar, concretar o modificar sus relaciones internas, todo lo cual se basa en la regla general de libertad de contratación que nuestro Código Civil recoge.

El artículo 627 de dicho cuerpo normativo señala que "para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: la capacidad de parte de quien se obliga, el objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y causa justa". De igual manera, el artículo 1007 menciona que, además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato, se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija. Los únicos límites que existen son la ley, la moral y el orden público, cualquier contrato que esté dentro de esos límites es válido y obliga a los contratantes.

Según la autora María Isabel Sáez lo establece

la tesis que se defiende es que los pactos parasociales de todos los socios componen –junto con los estatutos– el contenido contractual de la sociedad. De hecho, en gran medida, los pactos parasociales contienen las reglas de gobierno corporativo de estas sociedades, que vienen a regular las relaciones entre los socios pactadas por unanimidad<sup>3</sup>

Es decir, los acuerdos que son suscritos por todos los y las accionistas son complemento del contrato social, tal y como se recoge en los estatutos, por lo que juntos □pactos más estatutos□ conforman desde una óptica económica, un contrato más completo e integral de sociedad.

El *SHA* es un contrato que se perfecciona cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común de acuerdo con el artículo 1009 del Código Civil, el cual comparte las siguientes características:

- a- Plurilateral: Es un contrato que puede ser suscrito por una pluralidad de partes.
- b- Accesorio: Se considera un contrato accesorio del contrato de sociedad, pues depende de la existencia y validez de este último, de modo que de no haber sociedad el pacto parasocial carece de sentido y en consecuencia el contrato no posee objeto y se vuelve jurídicamente imposible.
- c- Extrasocietario o Parasocial: Se trata de un contrato al margen de la sociedad, que no es oponible a la sociedad ni obliga a la misma.
- d- Intuito Personae: La persona del socio es esencial en este tipo de contratos. e-Nominado: Son designados por la ley bajo una denominación especial.
- f- Atípico: No tiene una regulación legal específica.
- g- De organización: Generalmente están dirigidos a regular las relaciones entre los socios firmantes, de modo que se da la unión de voluntades de varios socios con determinadas características incidiendo en el régimen de gobierno de la sociedad.
- h- Carácter de secreto: El contrato, en principio, solamente concierne a quienes formen parte del mismo.
- i- Consensual: Se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.
- j- Informal: No requiere de formas especiales para su constitución4.

#### El Dr. Certad determinó que:

la característica principal de tales pactos, cuyo contenido puede asumir los más variados objetos, es la de ser una convención que se coloca formalmente fuera del acto constitutivo y del estatuto de la sociedad pero que produce reflejos sustanciales sobre la organización creada con el contrato social, esto es, representan un interesante muestra de la autonomía privada en materia societaria, sea que revista la forma de una clausula derogatoria del pacto constitutivo (como en el caso de cláusulas que inciden sobre los quórum de las asambleas o sobre

su funcionamiento) o cuando, ejerciendo su libertad contractual, los socios creen una estructura organizativa intermedia entre ellos y la sociedad destinada a influir diversamente sobre el contrato social<sup>5</sup>.

#### Naturaleza

La naturaleza de las obligaciones entre sus suscriptores se rige por el principio *pacta sunt servanda*; es decir, el contrato es ley entre las partes según nuestro Código Civil dispone en su artículo 22, y prevalece sobre los propios estatutos para las partes que lo suscriben.

El SHA será válido para sus contratantes, pero como se verá no para terceros. Los pactos serán inoponibles a la sociedad. Lo anterior deriva en que no han sido partes firmantes del documento privado y que no existe la publicidad registral exigida para los pactos sociales.

#### Principio de inoponibilidad

Este tema ha sido discutido a nivel doctrinal, tradicionalmente se ha considerado que, en materia de pactos parasociales, se aplica el principio de inoponibilidad. Esto deviene del hecho de que los pactos parasociales han sido catalogados como pactos celebrados al margen de la sociedad; es decir, que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, por lo que se ha considerado que permanecen en el campo de las relaciones privadas de quienes lo suscriben.

Siguiendo esta tesis, durante mucho tiempo, la doctrina y las legislaciones han sido reacias a aceptar la exigencia de estos convenios entre accionistas frente a la sociedad, considerándolos como pactos válidos solamente entre las personas otorgantes, de modo que ante su incumplimiento, únicamente se reconocía a la parte afectada el derecho a reclamar una indemnización por el daño sufrido.

Esta inoponibilidad de los pactos parasociales ha sido reconocida por los ordenamientos jurídicos europeos de corte latino, como el español que, en el artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, dispone lo siguiente: "Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".

Por otro lado, existe la posición de autores como María Isabel Sáez, quien sostiene que:

existe un convencimiento erróneo de que los pactos estatutarios o sociales son de calidad superior a los pactos parasociales porque ponen en marcha un sistema de exigibilidad específico de naturaleza legal (acciones de impugnación de acuerdos, etc.). Nótese que en sí no es tanto un impedimento procedente del derecho de la personalidad jurídica, como de la inscripción (por lo tanto, apoyado más bien en prejuicios de corte primordialmente formal): la diferencia entre unos pactos y otros es que unos se inscriben y otros no<sup>6</sup>.

En su escrito, señala que este problema se deriva de una concepción retrógrada del derecho de sociedades, haciendo referencia al derecho comparado como un muestrario. Además indica que, en los ordenamientos de derecho continental como se ha mencionado, se considera que se realizan los pactos parasociales extramuros de la sociedad, en el terreno del derecho de obligaciones.

Por su parte, en otros ordenamientos, como el de los Estados Unidos de América, se ha entendido que se trata de reglas de organización interna de la sociedad, pactadas por todas las personas interesadas y, por tanto, de naturaleza societaria.

Su posición es muy enérgica al sostener que, esencialmente mientras los sistemas como el common law experimentan una tendencia hacia la progresiva liberalización de la imperatividad normativa en el diseño de las organizaciones sociales, los derechos continentales se muestran muy reacios –y algunos hasta beligerantes– a dirigirse por esa vía. Sáez sostiene que:

acaso la particularidad de los derechos continentales se explique en parte por el hecho de que la tarea de vigilar la corrección de la fundación de la sociedad y la legalidad de su organización se encomienda al Registro Mercantil, legitimándose así una importante línea de resistencia. En cambio, en los ordenamientos del common law la libertad contractual entra a disciplinar materias y asuntos antes sometidos al monopolio del legislador, como son el reparto de las ganancias y la asignación del control<sup>7</sup>.

Como es apreciable, existen autores que no comparten dicho principio de inoponibilidad.

Puede colegirse de lo ya mencionado que los pactos parasociales se caracterizan por su falta de publicidad y por su flexibilidad, por lo cual se parte de la base de la validez del pacto; pero se restringe drásticamente su aplicación en la esfera jurídica de la sociedad. Se puede concluir, en este sentido, que los pactos parasociales son obligatorios, pero no pactos societarios "de carácter corporativo", por lo que tienen plenos efectos entre los firmantes, pero ninguno en relación con la sociedad, ni con sus órganos o ante terceros.

Luego de analizado lo anterior, se puede puntualizar que el SHA se constituye como un traje hecho a la medida para las relaciones internas entre todas las personas o parte de los y las miembros de una sociedad de capital y atienden más a los motivos y a las circunstancias concretas que la rodean, fuera de la vestimenta estándar del contrato de sociedad y de sus estatutos tipo.

En caso de un incumplimiento por parte de uno de los firmantes del *SHA*, estaría asociado al criterio clásico de que existe responsabilidad por parte de quien incumple la relación contractual y deberá responder por los daños y los perjuicios causados según el Código Civil costarricense lo estipula. Es común que en el documento se incluyan las sanciones a manera de cláusula

penal, las cuales se aplicarían a los socios en caso de incumplimiento de alguna de las cláusulas estipuladas.

#### Motivaciones del SHA

Existen muchas razones que pueden originarlos, verbigracia la flexibilidad en la redacción, claridad, privacidad, manejo estratégico de la información y el poder apartarse del lenguaje utilizado en los documentos registrales para adaptarlo a los negocios.

En este momento, es oportuno preguntarse qué se pretende regular en el SHA. Siempre y cuando sus cláusulas no se contrapongan con lo establecido en el Código de Comercio, se pueden regular temas como la entrada de nuevos socios, repartir la toma de decisiones dentro de la sociedad, la distribución de miembros en los puestos de administración, el establecimiento de políticas de financiación, los dividendos e inversiones, la fijación de prestaciones específicas de los socios, establecimiento de mayorías reforzadas para acuerdos determinados (lo cual debe ser incluido en los estatutos sociales), señalar las actividades específicas a las que la sociedad se dedicará, incorporación de cláusulas de protección de socios, la inclusión del plan de negocios, la previsión de cláusulas de desbloqueo o la inclusión de cláusulas de no competencia.

Existe la posibilidad de establecer que cualquier diferencia respecto al *SHA* deba ser resuelto por medio de un arbitraje. Sustancialmente un inversionista prudente buscará incluir todos los aspectos que le interesen dentro del *SHA* de la manera más clara y específica posible, lo cual es muy característico del *common law*, para que, en caso de que se presente cualquier escenario, de antemano conozcan de qué manera se va a proceder.

#### Cláusulas que regulan la transferencia de acciones

Los aspectos que se tienden a dar mayor importancia suelen ser los acuerdos de contenido

económico, como lo pueden ser las restricciones a la transferencia de acciones. El tema de restricción a la compra venta de acciones se extrae del artículo 138 del Código de Comercio. De esta manera, encontramos una serie de conceptos derivados del sistema norteamericano:

#### Lock Up Period

Dependiendo del tipo de *Joint Venture* que se estructure, puede existir el denominado *Lock Up Period*, el cual obliga al socio a permanecer en la sociedad durante un tiempo determinado, de forma que no pueda vender su capital accionario en ese plazo.

Este sería el caso del emprendedor que aporta la idea esencial para la conformación de la sociedad y, sin el cual, el proyecto dejaría de tener sentido. Básicamente trata de evitar que los socios emprendedores puedan vender su participación mientras los socios inversores sigan en el accionariado de la compañía.

El objetivo de los inversores es que los socios fundadores y los trabajadores clave permanezcan en el capital y, por ende, en la sociedad, ya que estos son quienes realmente "conocen" la empresa y podrán crear las innovaciones necesarias para hacerla crecer.

La cláusula *Lock Up* sirve, por tanto, para vetar la transmisión de una parte o el total de las acciones de los emprendedores a terceros. El periodo más habitual de restricción es de 3 a 5 años. Se recomienda que esta cláusula esté vinculada a una penalización para el socio que llegue a incumplir. Esta penalización podría ser una sanción económica o una opción de compra a favor de los socios no incumplidores.

#### Drag Along o pacto de arrastre

Es una cláusula cuyo fin es proteger la inversión del socio mayoritario. Si este negocia la venta de la empresa, podrá obligar a los minoritarios a vender también su participación en el capital social, de forma que se transmita el cien por ciento sin impedimentos.

La cláusula de *drag along* opera en el momento en que se recibe una oferta de un tercero dirigida a adquirir un número de acciones superior a la ostentada por el accionista mayoritario; y en caso de que este desee captar la oferta, puede obligar a los minoritarios a vender también sus acciones.

De esta manera, la oposición o las exigencias de un minoritario no podrán impedir una operación de renta global que la mayoría haya considerado beneficiosa para ellos mismos o para el interés social. Resulta habitual en operaciones de inversión en empresas donde hay un socio minoritario que no quiere vender sus acciones.

#### Tag Along o pacto de acompañamiento

Al contrario de la figura anterior, su objetivo es proteger al socio minoritario. Cuando el socio mayoritario quiere vender su participación, le permite incorporarse al proceso de venta para no sufrir la imposición de un cambio de control en la sociedad.

El tag along consiste en la posibilidad de que los socios minoritarios obliguen al socio mayoritario que va a vender sus acciones, a que les haga extensiva esa venta de tal manera que ellos también puedan vender sus acciones en las mismas condiciones (de modo que el primero acompañe el segundo). Para ello, el mayoritario tendrá la obligación de comunicar que hay una persona compradora, las condiciones de la compra y deberá preguntar a los socios minoritarios si quieren vender en esas condiciones.

## Right of first refusal o derecho de preferencia o tanteo

Los pactos de accionistas generalmente incluyen este derecho que permite que las y los accionistas compren su parte proporcional de las acciones que cualquier accionista ofrezca vender a terceros. Si algún accionista opta por no comprar su parte proporcional de las acciones en venta, los restantes accionistas tendrán la oportunidad de adquirir su parte proporcional de las acciones que queden sin comprar. Cuando todas las personas accionistas hayan agotado sus derechos de opción de compra preferente, la o el accionista vendedor original estará en libertad de vender el resto de sus acciones a terceros. El pacto de accionistas puede establecer un precio de venta del mercado o una fórmula de cálculo.

## Right of first offer o derecho de primera oferta

Mediante estetipo de pactos, se invierte la mecánica que el ROFR ofrecía. Así cuando un socio desea vender todas o algunas de sus acciones, en lugar de tener que encontrar a un tercero interesado en adquirirlas y luego mostrar la oferta a los socios por si alguno decide igualarla en ejercicio de su derecho de adquisición preferente, lo que hará es iniciar negociaciones con los propios socios de la sociedad para que le adquieran las acciones y, si ninguno está dispuesto a adquirirlas, el socio vendedor dispondrá de un plazo de tiempo durante el cual podrá vender las acciones en las mismas condiciones negociadas a los socios o a cualquier tercero.

## Deadlock Provisions o cláusulas de desbloqueo

En las sociedades conformadas con el objetivo de llevar a cabo un negocio conjunto, en donde existen únicamente dos socios con una participación del cincuenta por ciento cada uno, lo usual es incorporar en el SHA, los denominados Deadlock Provisions. Se configuran como una cláusula contractual en el SHA que tiene como objetivo determinar cómo los desacuerdos sobre temas clave se deben resolver en relación con la gestión de la empresa.

El régimen de mayorías propio de las sociedades de capital provoca que, en ocasiones, resulte imposible la adopción de determinados acuerdos sociales al no llegar a obtenerse el voto favorable de las mayorías exigidas.

A fin de evitar las consecuencias negativas que para la sociedad estas situaciones de bloqueo pueden tener, es recomendable que los pactos de socios incluyan mecanismos de desbloqueo. Se pretende dar una solución en una sociedad conformada por dos socios que no pueden seguir juntos por compartir visiones de negocio distintas. Suelen incorporarse las siguientes figuras para evitar el bloqueo:

#### Call Option u opción de compra

La persona compradora podrá exigirle a la vendedora que le venda en algún momento determinado las acciones a un *strike price* o precio predeterminado durante un período de tiempo establecido. Le otorga a una de las partes el derecho a comprar las acciones de la otra; pero no supone la obligación de comprarlas.

#### Put Option u opción de venta

Se establece que la persona vendedora podrá exigirle a la compradora que le compre las acciones a un precio predeterminado durante un período de tiempo establecido. Le otorga a una de las partes el derecho a vender y, a la otra, la obligación de comprarle las acciones; es decir, no supone la obligación de vender, pero sí de comprar.

Existen otras maneras que podrían ser catalogadas como menos salomónicas para resolver estas situaciones:

#### Russian Roulette

Bajo este esquema, una de las partes requiere a la otra para que le compre la acción de aquella a un precio determinado o, en caso de que no quiera comprarle su acción a ese precio, que le venda su acción por ese mismo precio.

#### Texas Shoot-out

Si las dos partes están interesadas en adquirir las acciones de la otra, realizan una oferta en un sobre cerrado, ya sea a la otra parte directamente o a un tercero, y la que esté dispuesta a pagar un precio por sus acciones más elevado, esa es la que gana la subasta. Por este motivo, la parte que ofreció menos deberá vender su acción a la parte que ofreció más por cada acción.

#### Conclusión

Resulta innegable el impacto que el sistema anglosajón ha tenido y continuará teniendo en nuestro derecho comercial, como ha quedado patente en este artículo enfocado especialmente en el *Joint Venture* y el *Shareholders' Agreement*. A pesar de ser figuras que no han sido abordadas con la importancia que ameritan por nuestro ordenamiento jurídico, se presentan de manera habitual en los negocios, lo que nos hace pensar que deberían regularse de alguna manera.

Ha podido ilustrarse la aplicación práctica tanto de los *Joint Ventures* como de los *Share Holders' Agreements*, mientras que la primera figura engloba la manera en que distintas empresas se asocian con el fin de llevar a cabo un proyecto que les genere réditos a ambas. La segunda se configura como el instrumento para regular una serie de situaciones que se presentan entre los socios y que facilitan llevar a cabo el *Joint Venture*.

Los Shareholders' Agreements permiten regular acuerdos adaptados a la voluntad real de los socios, evitando en mayor o menor medida, la rigidez normativa del derecho societario, ofrecen mecanismos para mejorar su negocio, facilitar la relación entre los socios y dar respuesta a problemas que afecten su funcionamiento. Estos revisten una importancia primordial, pues permiten regular de un modo eficiente y completo las relaciones que surgen entre los y las accionistas al momento de aventurarse en un negocio de manera conjunta.

Se pudo constatar cómo ha existido una cierta reticencia a la aceptación de la figura del *SHA* en nuestro sistema románico. Sin embargo, le corresponde a nuestro derecho adaptarse a la realidad y, por lo tanto, acoger dicha figura.

La posición que se sostiene en el presente trabajo es considerar que los acuerdos parasociales resultan válidos si se respeta la normativa y no se contrapongan con lo establecido en el pacto social.

En tanto, este tipo de pactos no contradiga disposiciones de orden público, es válido y eficaz entre las partes, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, no serán oponibles a terceros mientras no salgan de la esfera privada de las relaciones entre los socios.

A su vez, en la presente disertación, se pudo estudiar una serie de términos anglosajones que se incluyen en los *Shareholders' Agreements* como el *Drag Along* o Lock Up Period, los cuales constituyen herramientas muy útiles para los accionistas al permitir proteger sus intereses y resultan de gran interés para cualquier persona interesada en el derecho de los negocios.

El derecho comercial continuará avanzando y transformándose conforme los negocios así lo requieran, por lo cual resulta imperativo que el abogado y la abogada vayan de la mano con las personas empresarias y entiendan cómo funciona

el negocio para regular de la mejor manera las nuevas situaciones que se generen y ser una persona asesora informada.

#### Referencias bibliográficas

#### Libros

ESCUTI, Ignacio. (2006). De la sindicación de acciones a los contratos parasociales. Argentina.

OSORIO, Edna. (1999). Los Joint Ventures. Medellín: Diké,

Rodríguez Aguilar, Germán y Rojas Fajardo, Max. (1998). *Acuerdos externos de accionistas en la sociedad anónima*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

#### Revistas

CERTAD MAROTO, Gastón. (2008). "Derecho societario y normas de orden público". *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 117, San José (septiembre-diciembre).

SÁEZ LACAVE, María Isabel. (2009). "Los pactos para sociales de todos los socios en derecho español. Una materia en manos de los jueces". Revista para el Análisis del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona, julio.

#### Notas

- 1 Edna, Osorio. (1999). Los Joint Ventures. Medellín: Diké, pp. 51 y 52.
- 2 Ignacio, Escuti. De la Sindicación de Acciones a los Contratos Parasociales. (Argentina: 2006), página 1.
- María Isabel, Sáez Lacave. "Los pactos para sociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces". Revista para el Análisis del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, (Julio 2009), página 2.
- 4 Germán, Rodríguez Aguilar y Max, Rojas Fajardo. (1998). Acuerdos externos de accionistas en la sociedad anónima. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.
- Gastón, Certad Maroto. (2008). "Derecho societario y normas de orden público". Revista de Ciencias Jurídicas. Septiembre-diciembre, n.º 117, p. 75.
- 6 María Isabel, Sáez Lacave. (2009). Los pactos para sociales de todos los socios en derecho español. Una materia en manos de los jueces. (Barcelona: Revista para el Análisis del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, julio, p. 10.
- 7 Ídem, p..11.

## CAPITALIZACIÓN DE RESERVAS Y FONDOS ESPECIALESPARA AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL: ¿AUMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO O APORTES DE CAPITAL?

Licda. Lucía Quesada León¹ lquesada@blplegal.com

Licda. Karime Rodríguez Lara<sup>2</sup> karimerl@camhsrl.com

#### **RESUMEN**

Las sociedades anónimas pueden modificar su capital social ya sea aumentándolo o disminuyéndolo. Una de las formas que se utiliza frecuentemente para aumentar el capital social se realiza mediante una operación contable en la cual se capitalizan las reservas y los fondos especiales disponibles en el balance de situación. Sin embargo, esta figura ha sido poco estudiada en Costa Rica y, hasta el momento, se carece de criterios consistentes que determinen su naturaleza jurídica. Es importante definir si este movimiento es considerado o no un aporte de capital social para poder determinar si se encuentra exento del pago del impuesto sobre la renta establecido en el artículo 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Si no es catalogado como un aporte de capital social, esta operación podría encontrarse sujeta al pago de dicho impuesto y además podría ser considerado como un aumento patrimonial no justificado.

#### PALABRAS CLAVES

Aporte de capital social, capital social, sociedad anónima, aumentos de capital, legislación y jurisprudencia costarricense.

#### ABSTRACT

Stock companies can modify their capital stock either by increasing or decreasing it. One of the forms frequently used to increase capital stock is an accounting transaction in which reserves and special funds available on the balance sheet are capitalized. However, this figure has been little studied in Costa Rica and, so far, there is a lack of consistent criteria to determine its legal nature. It is important to define whether or not this movement is considered a capital contribution in order to determine whether or not it is exempt from income tax under Article 6 of the Income Tax Law. If it is not classified as a capital contribution, this operation could be subject to the payment of said tax and might also be considered an unjustified capital increase.

#### **KEYWORDS**

Capital contribution, capital stock, stock company, capital increases, Costa Rican legislation and jurisprudence.

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Abogada especializada en Derecho Corporativo y Zonas Francas. Experta en asesoría a empresas locales y transnacionales.

Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Curso de Especialización de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Refugiados de la Universidad De La Salle, conjuntamente con la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Abogada de refugio de Consultores y Asesores en Movilidad Humana, consultora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Costa Rica.

#### Introducción

Puede definirse el aporte como la principal obligación del socio, quien, al momento de la constitución de la sociedad, se vincula mediante el contrato societario y se compromete a suscribir un determinado monto de dinero o, en su defecto, entregar algún bien o valor.

El aporte puede ser de varios tipos, por ejemplo, existen el aporte de dinero, bienes, créditos u otros valores como derechos, pasivos, obligaciones de hacer e, incluso, hay aportes de trabajo personal o conocimiento. En materia de aporte, la legislación costarricense es muy abierta y permite una amplia gama de posibilidades.

El conjunto de los aportes forma el capital social. Se puede definir este último como una suma fija, aritmética y constante (principio de invariabilidad del capital social) que puede aumentarse o disminuirse según las necesidades y la realidad de cada sociedad. Para lograr esto, deben seguirse la forma y el procedimiento previsto en la ley.

El Código de Comercio regula, en su artículo 30, los dos mecanismos que una sociedad puede utilizar para aumentar su capital, estos son: a) mediante aporte de los socios o b) mediante la capitalización de reservas y fondos especiales.

En Costa Rica, se ha discutido poco sobre la naturaleza jurídica de esta segunda opción, a pesar de su importancia para todas aquellas sociedades que decidan utilizar esta posibilidad que el Código de Comercio pone a disposición, como método para aumentar el capital social. El artículo 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta exonera los aportes del pago del impuesto de la renta y, en virtud de este artículo, resulta indispensable definir la naturaleza de la capitalización, ya que, si esta se considera un tipo de aporte, estaría exenta de dicho impuesto.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un análisis sobre este tema; sin embargo, puede considerarse superficial y meramente gramatical, ya que concluye que la capitalización de reservas y fondos especiales no puede ser considerada un aporte mediante un argumento bastante débil, el cual indica que esta opción se encuentra separada en el artículo 30 por un inciso distinto al aporte y, por ende, no puede ser considerada como tal.

Al negársele a la capitalización de reservas y fondos especiales la naturaleza jurídica de aporte, la implicación directa es que no se le puede aplicar la exoneración al pago del impuesto sobre la renta que se establece en el artículo 6 de dicha ley.

Si bien la Sala Primera concluye que no es aporte, no aclara cuál es su naturaleza jurídica. Adicionalmente, en su análisis, esta Sala califica como aumento patrimonial no justificado los aumentos de capital social que se realicen mediante este método y no solamente grava el aumento de capital, sino también la renta de los socios, socios, quienes vieron aumentada su participación en la sociedad en virtud del aumento del capital social.

Este artículo propone una tesis sobre la naturaleza jurídica de la capitalización de las reservas y los fondos especiales para demostrar que se debe considerar esta figura como aporte y, por ende, debe estar contemplada en el artículo 6 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, lo cual conlleva su exoneración de dicho impuesto.

#### Desarrollo

Las sociedades anónimas pueden aumentar o disminuir su capital social dependiendo de sus necesidades. El artículo 30, inciso b) del Código de Comercio faculta a las sociedades a aumentar su capital mediante una operación contable en la cual se traspasan montos de una cuenta de reserva disponible en el balance situación, a la cuenta de capital de la sociedad, y esto es lo que se conoce como capitalización.

La resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justica, número 257-S1-F-2008 de las 9:10 horas del 09 de abril de 2008, estableció que, en el artículo 30 del Código de Comercio (el cual indica que se puede aumentar el capital social únicamente mediante dos formas, a saber: (a) aporte; (b) capitalización de reservas y fondos especiales), el inciso (a), por estar separado del (b), no forma parte el uno del otro, es decir, introduce una disyunción inexistente en el artículo, distinguiendo entre el aporte y otra figura jurídica, la cual no desarrolla.

El análisis hecho por la Sala Primera no solamente es superficial, sino también se basa en una interpretación completamente gramatical de la norma.

La interpretación de la Sala Primera no culmina ahí; dada la disyunción antes expuesta, esta Sala concluye que este movimiento no solo se encuentra sujeto al pago del impuesto sobre la renta, sino también que debe ser calificado como un incremento patrimonial no justificado.

La Sala Primera cae en la terrible y muy gravosa decisión de gravar también la renta de los socios, cuya participación aumentó por el aumento de capital que la sociedad experimentó. Puede indicarse que estamos aquí frente a una doble y hasta triple imposición del impuesto, lo cual se explicará en líneas más abajo.

Dejando este error jurídico de lado momentáneamente, la Sala Primera finalmente denota un vacío jurídico en cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, pues, si bien no lo considera como aporte, nunca menciona de qué se trata.

Para argumentar la posición que esta investigación defiende, es importante iniciar por definir el aporte. Este es uno de los requisitos establecidos por la legislación costarricense para constituir una sociedad mercantil, (artículo 18, inciso 9 del Código de Comercio).

De acuerdo con Manuel García Rendón, para que una cosa o hecho pueda ser aportado, requiere dos características: "que sea física y que sea jurídicamente posible" (García, 1993, p. 50). La Enciclopedia Jurídica define la aportación como "la contribución del socio en cuanto tal a la promoción del fin común de la sociedad". (Enciclopedia Jurídica, 2017).

El aporte es el principal objeto de obligación de los socios, quienes, al vincularse mediante el contrato societario, se comprometen a cumplir con dicho aporte para conformar el capital social y poder así cumplir con los fines de la sociedad.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema:

[...] es importante señalar, que esta Sala en ocasiones anteriores ha manifestado respecto del comportamiento de una sociedad; y en ese sentido consideró: "IV.- El contrato de sociedad, tiene una serie de requisitos cuya observancia es ineludible, si se pretende, a través de él, crear una entelequia jurídica a la que se le reconozca personalidad y capacidad. Dentro de ellos, y en lo que interesa para este asunto, debe definirse una provisión de fondos (capital social) en el mismo acto fundacional, destinado al cumplimiento del fin asociativo. La nueva persona jurídica creada por la voluntad de diversos sujetos, ha de tener, entonces, patrimonio propio, que tiene como origen primigenio el aporte en trabajo o capital (bienes o dinero) que permitirá el ejercicio de las actividades mercantiles. No es un fondo estático, pues puede modificarse, para aumentarlo, o reducirlo, según convenga a los intereses sociales (artículos 18 inciso 8), 156 inciso a) del Código de Comercio). Tiene varias finalidades. En primer término permite la realización de los actos mercantiles definidos en el objeto social. También posibilita determinar los derechos políticos y económicos de los socios y finalmente es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones (cardinal 981 del Código Civil). (Resolución de las 9 horas 10 minutos del 9 de abril de 2008, correspondiente al voto número 257).

El aporte puede ser entonces una obligación de dar o de hacer, puede consistir, por ejemplo en la entrega de una prestación dineraria, de un bien mueble o inmueble. Ahora bien, el socio puede comprometerse también a realizar algún tipo de trabajo y puede aportar su mano de obra o conocimiento. Esto es lo que se conoce como aporte industrial. Es importante aclarar que todos estos diferentes tipos de aporte se encuentran contemplados en nuestro Código de Comercio. En síntesis, la figura del aporte tiene múltiples formas y <u>no necesariamente</u> se caracteriza por ser un desembolso estricto de dinero, como la Sala Primera lo ha sugerido en la sentencia de interés. Si bien el aporte dinerario sí conlleva un desembolso de dinero y es traslativo de dominio, no sucede lo mismo con el aporte industrial, por ejemplo. Para justificar que no se trata de aportes, la Sala alegó que no nos encontrábamos aquí frente a un desembolso de dinero de parte de los socios, lo cual, como se acaba de demostrar, no es un argumento sustentable por los distintos tipos de aporte que se regulan en nuestra legislación mercantil.

Para comprender la operación en la cual se capitalizan las reservas y los fondos especiales, debe entenderse qué son exactamente estas figuras. Las reservas y los fondos especiales "son aquellas utilidades que destina la empresa para su propio fortalecimiento financiero o patrimonial". (Calderón y Chacón, 2013, pp. 171-172).

Las reservas provienen generalmente de beneficios no repartidos por la sociedad, los cuales tienen el objetivo de hacer frente a sus futuras obligaciones. Son, además, elementos del balance de situación, cuentas complementarias de capital con saldo acreedor que se crean o incrementan en forma estimada, para prever futuras contingencias.

Por otro lado, se definen los fondos especiales a nivel contable como cuentas de balance invariablemente con saldo deudor, representan una segregación real de fondos que se invierten con fines específicos; es decir, representan una inversión real que origina la disminución de un activo con aumento de otro activo, mientras que

la reserva representa la separación de utilidades. Ambas figuras se encuentran reflejadas en el balance de situación y pueden utilizarse para aumentar el capital social mediante el traspaso de montos de una cuenta de reserva disponible, a la cuenta de capital de la sociedad (capitalización). Considerando el origen de los fondos especiales y las reservas, esta operación podría entenderse más bien como un desembolso indirecto o mediato que el socio realiza. Esta afirmación se sustenta en lo siguiente: Al culminar cada periodo fiscal, la asamblea general ordinaria aprueba los estados financieros y, con ello, se determina la existencia de utilidades o no. La misma asamblea es quien decide la distribución total o parcial de dichas utilidades, en virtud del derecho de los socios a recibir dividendos, o bien, decide si las utilidades no se distribuirán y, por el contrario, si se acumularán. En este segundo caso, se trasladan las utilidades no distribuidas a la cuenta de reservas.

En este momento, la sociedad paga el impuesto de la renta correspondiente sobre estas utilidades (por esta razón, se indicó anteriormente que hay una doble imposición del impuesto; un posterior cobro implica una segunda imposición del impuesto por el mismo hecho generador). Las utilidades retenidas y no distribuidas pasarán entonces a formar parte de las reservas, y estas, a su vez, se reflejarán en el balance, periodo con periodo, y se irán acumulando cada vez que esto se repita.

¿A quién le pertenecen estas utilidades? Las utilidades que conforman las reservas <u>le pertenecen al socio</u>, sin importar que no hayan sido distribuidas. Si bien es cierto que el socio cede ante la voluntad social, la cual ha decidido no distribuir las utilidades y con esto pierde su derecho de cobrarlas, ello no significa que no sean suyas.

Por lo anterior, cuando una sociedad capitaliza sus reservas y fondos especiales para aumentar su capital social, se indica que existe un desembolso indirecto de l socio, quien, a pesar de su derecho, no recibe sus utilidades, sino que las entrega a la sociedad para que entren nuevamente a formar parte del capital social. En otras palabras, el socio indirectamente aporta a la sociedad sus utilidades, estas pasan a formar parte del capital social como reservas y fondos especiales, y estos recursos son los que se utilizan para pagar el aumento cuando se da la capitalización.

Se puede hacer el mismo análisis con los fondos, y su naturaleza de aporte es aún más evidente. Pueden crearse fondos especiales para futuros litigios a los cuales la sociedad tenga que enfrentarse, por ejemplo. Este fondo especial entonces será creado por los socios, cuando se decida capitalizarlo, el dinero que está ahí disponible es el que el socio aportó en el momento de su creación; es decir, también en este caso, el dinero aportado en su momento por el socio es lo que se utiliza para pagar el aumento.

Se pueden considerar como aporte las capitalizaciones de reservas y fondos especiales, entendidas como contribuciones indirectas de los socios que, por decisión de la sociedad, se crean para posibles contingencias o futuras eventualidades (fondos) o bien al final de cada periodo fiscal al decidir retener las utilidades (reservas). Las capitalizaciones en cuestión tienen como fin primordial aumentar el capital social para perseguir el cumplimiento de los fines de la sociedad, mismo fin que el aporte tiene y cumple además con todos los elementos y las características que lo definen.

Ya comprobado el hecho de que se puede perfectamente considerar aporte la capitalización de reservas y fondos especiales como método utilizado para aumentar el capital social, el derecho de asignación gratuita de acciones es lo que da solución a los problemas jurídicos y de interpretación que nuestros aplicadores de la ley han afrontado.

Este derecho, regulado en España, mas no en nuestro país, faculta a los y las accionistas a atribuirse gratuitamente las nuevas acciones que la sociedad emita, en proporción a sus respectivas participaciones sociales, cuando el capital social se aumenta mediante esta figura de capitalización.

Para la legislación española, cuando una sociedad capitaliza las reservas o fondos especiales para aumentar su capital social, las nuevas acciones que se emitan deben ser asignadas, <u>de manera gratuita</u>, a los socios. Este derecho de asignación responde a la necesidad de defender los derechos de los socios de aquellos efectos que les puedan perjudicar, por ejemplo, el "aguamiento" (dilución del contenido) de viejas acciones, estudiado por el profesor Gastón Certad (Certad, 2000).

Los accionistas ya existentes, sean personas físicas o jurídicas, tienen un derecho (que no es potestativo según la legislación española) a que les asignen gratuitamente las acciones que les corresponden en virtud de su participación, pues lo que se ha utilizado para pagar el aumento de capital son sus mismas aportaciones. Estas aportaciones se han ido realizando indirectamente con cada periodo cuando los sociosceden sus utilidades a la sociedad en virtud del acuerdo de la asamblea ordinaria de accionistas de no repartir utilidades.

En síntesis, las capitalizaciones de reservas y los fondos especiales encuadran perfectamente dentro del amplio concepto de aporte, entendido como la erogación patrimonial que el socio realiza para la creación de un fondo común que trabajaba para los fines sociales.

Se detallaron en este texto las agresivas repercusiones de la interpretación de la Sala Primera,.Por ello se invita a realizar una reflexión más afondo del artículo 30 del Código de Comercio, a la luz del resto de la legislación comercial, para abandonar la actual interpretación gramatical y, más bien, inclinarse por una teleológica, de acuerdo con lo anteriormente expuesto.

#### Conclusión

Si bien la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que la capitalización de reservas y los fondos especiales no califican como aporte y, por ende, no se les aplica la exoneración del impuesto de la renta, la Sala no resolvió acerca de la naturaleza jurídica de esta figura. De ello dependerá la importante conclusión para determinar si se encuentran dentro de los supuestos que el artículo 6 del impuesto sobre la renta estipula.

Debido a esta incertidumbre jurídica, esta investigación propone varios argumentos para considerar que, contrario a la interpretación de la Sala, la capitalización de reservas y fondos especiales utilizada como método para aumentar el capital social encaja perfectamente dentro de la definición de aporte. En este texto, se define la figura del aporte como una contribución de los socios que forma parte del capital social y va dirigida a perseguir el cumplimiento de los fines de la sociedad, según nuestra legislación mercantil la trata. Esta figura es amplia, no es restrictiva, y existen múltiples tipos.

El principal argumento en contra de lo alegado por la Sala Primera radica en que el aporte tiene multiplicidad de formas y no necesariamente tiene que caracterizarse por un desembolso de dinero. En la operación contable que las sociedades realizan al capitalizar las reservas y los fondos especiales, sí hay un desembolso por parte de los socios.

Sin embargo, este es de tipo indirecto o mediato, ya que el socio es quien finalmente paga el aumento con las utilidades que dejó de percibir. Las utilidades no distribuidas pasaron a formar parte del capital social como reservas y es lo que se utilizó para pagar el aumento.

En el caso de los fondos, estos son el capital creado por los socios para algún fin específico. Por lo tanto, al capitalizarlos, lo que se está utilizando son los montos disponibles que los socios aportaron en su momento.

Debe acudirse a la legislación española para encontrar solución a este problema jurídico. España propone el derecho de asignación gratuita de acciones. Este derecho faculta a los y las accionistas a atribuirse gratuitamente las nuevas acciones que la sociedad emita al incrementar su capital social mediante capitalización. La atribución se realiza en proporción a sus respectivas participaciones sociales y tiene como propósito defender los derechos de los antiguos socios de efectos como la dilución de sus acciones, lo cual los puede inevitablemente perjudicar en virtud del aumento de capital social.

En conclusión, por sus características, se pueden definir las capitalizaciones de reservas y fondos especiales como un aporte, considerando la definición antes expuesta de estos y los varios tipos de aportes que nuestra legislación expone. Por lo tanto, si se pueden considerar como aportes están definitivamente exentos del pago del impuesto sobre la renta, según el artículo 6 del Código de Comercio lo estipula.

#### Referencias bibliográficas

Calderón, A y Chacón, L. (2013). El aumento diluyente de capital en la sociedad anónima como una posible forma de fraude societario. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Enciclopedia Jurídica (2014). En http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/aportacion/aportacion.htm (Consultado 26 Sep. 2017).

García, M. (1993) Sociedades mercantiles. México D. F.: Editorial Harla.

Gastón, C. (2000). Contribución al estudio del derecho de suscripción preferente en la sociedad anónima (bases para una futura reforma legislativa). Antología de derecho comercial. Universidad de Costa Rica.

## CONSENSUS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CREADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): REFLEXIONES A LA LUZ DEL CASO "ARTAVIA MURILLO Y OTROS" CONTRA COSTA RICA

M.Sc. Marvin Vargas Alfaro<sup>1</sup> marvinvargasalfaro@gmail.com

#### **RESUMEN**

En este artículo se presentan reflexiones sobre los puntos de encuentro entre las ideas de consensus y control de convencionalidad, a la luz del caso "Artavia Murillo y otros" contra Costa Rica. El control de convencionalidad es vertical: los Estados quedan obligados a acatar los estándares definidos por la CIDH, en su jurisprudencia. La noción de consensus permite a un tribunal internacional ejercer la autocontención, de forma responsable. En el caso "Artavia Murillo y otros" contra Costa Rica, la CIDH da un lugar marginal al consensus, en sus interpretaciones de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Lejos de coadyuvar al fortalecimiento del sistema, lo anterior socava sus pilares y deslegitima a la instancia interamericana.

#### PALABRAS CLAVE.

Consensus, práctica generalizada de los Estados, control de convencionalidad; fecundación in vitro, autocontención responsable.

#### **ABSTRACT**

In the present paper a series of thoughts are made about the encounter points between the ideas of consensus and the conventionality control, taking the case "Artavia Murillo and others" against Costa Rica as reference. The conventionality control is vertical: the States must obey the standards defined by the ICHR on its rulings. The notion of consensus allows the responsable self-restraint of an International Court. In the case "Artavia Murillo and others" against Costa Rica, the ICHR gives a marginal place to consensus in its interpretations of articles 1.2 and 4.1 of the American Convention on Human Rights (ACHR). That procedure instead of helping to strengthen the system, debilitates its pilars and delegitimates the interamerican instance.

#### **KEY WORDS**

Consensus, international precedent, conventionality control, in vitro fecundation, responsable self-restraint.

Bachiller y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid, España). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El presente artículo es una versión resumida del trabajo final del máster en Protección Internacional de Derechos Humanos, de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid), elaborado por el autor. El trabajo, en forma íntegra, fue publicado por el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid), en marzo de 2017. Se encuentra disponible en: http://ielat.com/inicio/repositorio/Documentos\_de\_Trabajo/DT\_96\_VargasAlfaro\_Web.pdf (consultada el 4 de marzo de 2017).

## Introducción: planteamiento del problema

l control de convencionalidad ideado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha generado una revolución copernicana en los sistemas jurídicos del subcontinente.<sup>2</sup>

Este instituto pretende ser un paso adelante en la evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), al buscar articular, sin solución de continuidad, la relación entre el ordenamiento jurídico interamericano y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esto genera, sin lugar a dudas, nuevos e inusitados problemas.

El control de convencionalidad es una figura de elaboración jurisprudencial. Es la propia CIDH la que ha delineado sus contornos, premisas y ha precisado sus consecuencias.

Consideramos relevante que, en esa labor de indudable "activismo judicial", la CIDH no pierda de vista el problema de la fundamentación del derecho internacional público (DIP), en tanto solamente, teniendo claros el sustento y la naturaleza jurídica del ordenamiento donde actúa, podrá sortear excesos en sus sentencias que resulten contraproducentes para el sistema y la tutela de los derechos humanos.

En función de lo expuesto, nos propusimos estudiar los vínculos o puntos de encuentro que podrían darse entre la idea del *consensus* y el control de convencionalidad.

Particularmente en las jurisdicciones domésticas, nos centramos en el control judicial interno de convencionalidad, por ser las altas Cortes el último bastión que el Estado tiene para evitar que se perpetúe una lesión de los derechos humanos. Asimismo, por no ser poco frecuentes

los roces entre las instancias judiciales de mayor jerarquía y la CIDH, al diferir sobre la amplitud y la magnitud de los estándares de tutela.

Decidimos realizar el estudio respecto a la sentencia del 28 de noviembre de 2012, caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") contra Costa Rica", pues del manejo que la CIDH hizo del consensus en esta oportunidad dependen la legitimidad y el impacto de una decisión que busca delimitar los alcances de la protección del derecho a la vida en el SIPDH, y lo que debe entenderse como persona o titular de los derechos reconocidos por la CADH.

#### I. El consensus como fundamento del Derecho Internacional Público: ASPECTOS ESENCIALES

En los ordenamientos jurídicos internos, la voluntad de las personas no juega más protagonismo que aquel de decidir si se cumple la norma o no, atendiendo a las consecuencias.

El impacto de los individuos en la formación, validez y eficacia de las disposiciones es solamente indirecto (a través del sufragio y la influencia que los grupos de interés puedan ejercer sobre el poder público) o bien, excepcional (mediante los mecanismos de participación ciudadana).

El DIP es diferente. No contamos -al día de hoycon un poder institucionalizado sobre los Estados. La existencia del sistema jurídico internacional se debe única y exclusivamente a la voluntad de estos.

La realidad es clara: la eficacia y validez del DIP dependen de la aceptación expresa de los Estados de la limitación de sus poderes soberanos. En otras palabras, en el DIP, es norma todo aquello respecto de lo cual exista "consenso" entre los Estados, de tener como tal.

En este contexto, F. Pascual Vives destaca que el *consensus* representa un acuerdo general de los sujetos del sistema internacional, respecto de ciertos intereses y convicciones, el cual permite identificar el contenido y la obligatoriedad de las normas internacionales aplicables en sus relaciones.<sup>3</sup>

El consensus es garantía de la efectividad y la eficacia del DIP, pues parte de la aceptación generalizada, socialmente consensuada, de la regla.<sup>4</sup>

La práctica internacional de los Estados puede ser considerada como la manifestación del *consensus*. C. Jiménez Piernas la define como la repetición jurídicamente relevante de una determinada conducta, por parte de los sujetos del ordenamiento internaciona. <sup>5</sup>

Es importante tener en cuenta que, para determinar la existencia de una norma, verificando el *consensus* que la respalda, los precedentes inequívocos son de utilidad, por los cuales un Estado asume o acepta el proceder de otro, sin oponerse, formular reserva alguna o manifestar que su conducta es *ex gratia*. Con este propósito se emplean los medios de prueba o materiales de la práctica, los cuales permiten comprobar la existencia de un *consensus*, ilustrando el proceso de formación o cambio de la norma sobre la que versa.<sup>6</sup>

### II. El control de convencionalidad: CONCEPTO

Se ejerce el control de convencionalidad en dos planos: el internacional y el interno.<sup>7</sup> A nivel internacional, le corresponde a la CIDH juzgar, en casos concretos, si un Estado ha vulnerado la CADH -u otros convenios regionales respecto a los que se haya reconocido su competencia<sup>8</sup>- al emitir una norma, dictar un acto o bien, al no adaptar su ordenamiento interno a lo dispuesto por el instrumento internacional.<sup>9</sup>

Por otra parte, el control de convencionalidad ejercido a nivel interno se traduce en el deber de todas las autoridades del poder público de verificar la conformidad de cualquier acto (administrativo, normativo o jurisdiccional) con la CADH u otros instrumentos regionales aplicables y la jurisprudencia que la integra, interpreta y delimita.<sup>10</sup>

Cuando una autoridad jurisdiccional lleva a cabo el control interno de convencionalidad, se denomina control judicial interno de convencionalidad.<sup>11</sup>

La noción del control de convencionalidad en su modalidad interna judicial fue asumida y empleada por el pleno del tribunal a partir del caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006. Posteriormente fue desarrollada por el tribunal en otros pronunciamientos. <sup>12</sup>

Podemos sintetizar los elementos que componen el control judicial interno de convencionalidad, de la siguiente manera: <sup>13</sup>

- a) los jueces de todos los niveles o instancias están obligados a velar por que la CADH no se vea mermada en su "efecto útil", ante la aplicación de leyes o el dictado de cualquier otro acto, contrario a su objeto o fin,
- b) forma parte del parámetro de convencionalidad no solamente la CADH, sino también todos los demás instrumentos regionales en los cuales se haya otorgado a la CIDH competencia, así como la jurisprudencia que interpreta, integra o delimita dichos convenios y,
- **c)** es ejercido *ex officio* por los jueces, de conformidad con las regulaciones procesales vigentes a esa fecha.

#### III. Reflexiones sobre el consensus y el control de convencionalidad a la luz del caso Artavia Murillo contra Costa Rica

El control internacional de convencionalidad y el control judicial interno de convencionalidad son dos ideas interdependientes; aunque operen en dos niveles distintos: el segundo se alimenta de los parámetros o estándares definidos por el primero. Su interacción se encuentra inserta en la idea misma del carácter subsidiario de la justicia internacional, pues corresponde en primera instancia a los jueces y las juezas nacionales salir al paso de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

El control judicial interno de convencionalidad parte de una idea vertical de la interrelación entre los niveles nacional y regional de protección de los derechos humanos. Es un instituto que busca señalar a los Estados parte de la CADH que han aceptado la competencia de la Corte, la forma en que deben incorporar las normas de DIP a su ordenamiento jurídico interno. Esto es una facultad que tradicionalmente los Estados se han reservado.

Consensus y el control de convencionalidad (tanto internacional como judicial interno) tienen su punto de intersección en el plano de la eficacia de las normas del DIP. La CIDH debe tener presente el consensus interamericano al momento de interpretar la CADH y ejercer el control de convencionalidad internacional, en tanto terminará definiendo los estándares que se deben aplicar en el control judicial interno de convencionalidad.

Si se define una regla jurisprudencial en una sentencia de la CIDH, sin tomar en cuenta el *consensus* existente al respecto, vía control judicial interno de convencionalidad, podría extenderse la aplicación de una norma, en un sentido que no encuentra respaldo en la voluntad de los Estados.

Consideramos que la CIDH, en el caso "Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros contra Costa Rica" (sentencia del 28 de noviembre de 2012), da un lugar marginal a la práctica generalizada de los Estados como manifestación del consensus, referente al sentido que se debe conferir a los distintos y controvertidos términos contenidos en los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH.

Cuando el *consensus* es tomado en cuenta, deviene en insuficiente para sustentar conclusiones en

un tema tan importante como lo es el ámbito de protección del derecho a la vida.

Para definir la forma en que debe entenderse el término "concepción", la CIDH no emprende un examen de la práctica generalizada de los Estados. La CIDH se adhiere sin más a una posición científica para señalar el momento cuando inicia la vida, sin explorar la forma en que los Estados parte han abordado el problema (párrafos 176 y 185 al 189 de la sentencia).

La CIDH acepta que resulta esencial para precisar el alcance del artículo 4.1 de la CADH -respecto del concepto de *persona* y el estatus jurídico del embrión- conocer el significado que los Estados parte le han otorgado. Con ese fin lleva a cabo un análisis de los trabajos preparatorios de la DADH y de la propia CADH. Sin embargo, probablemente con el objetivo de consolidar sus conclusiones, el tribunal examina la regulación y discusión que sobre el tema se hace en instrumentos y jurisprudencia ajenos al sistema (párrafos 193, 219, 222, 224 al 244 y 260 al 267 de la sentencia).

Son incuestionables la importancia de la metodología del derecho comparado para el avance y el perfeccionamiento del DIDH, así como el examen de la posición asumida por los Estados frente a otros instrumentos de los cuales son parte, o bien, sus actuaciones bajo el amparo de la estructura institucional internacional, pues son recursos válidos para precisar la existencia de una práctica generalizada sobre un punto particular.

No obstante, en el caso concreto, hubiera sido mucho más útil explorar la existencia o no de un *consensus* de los Estados referente a la interpretación del término *persona* o al estatus jurídico del embrión, analizando su normativa interna.

Al abordar el tema de la existencia de un *consensus* de los Estados, sobre la posibilidad de practicar la FIV en el marco de la CADH, la CIDH arriba

a conclusiones que se apoyan solamente en la práctica de 11 de los 24 Estados parte (según la nota 401 del párrafo 255 de la sentencia) (párrafos 246 y 254 al 256 de la sentencia).

Si bien, de todos los Estados, se demostró que solamente Costa Rica prohibía la FIV en aplicación de la CADH, la CIDH no determinó si el resto de partes la permitía o la regulaba, precisamente, aplicando o teniendo en cuenta dicho instrumento. Es falaz afirmar que porque un solo Estado prohíbe la FIV, los demás la permiten.

La CIDH simplifica un tema sin tomar en cuenta que, según se denota de lo consignado en la sentencia, la práctica no es uniforme y más bien parece apuntar a que no existe acuerdo sobre este extremo.<sup>14</sup>

La Corte se adhiere a una tesis sobre el inicio de la vida humana, así como la protección que el no nacido merece, y la refrenda, quedando *ipso facto* todos los Estados sujetos a esta, debido a la forma en que el control judicial interno de convencionalidad opera. Lo descrito podría generar la aplicación irreflexiva de un estándar de tutela no sustentado ni legitimado en el *consensus*.

Se indica que el tribunal interamericano hizo prevalecer el *consensus* sobre el criterio de Costa Rica. Lo que nosotros nos cuestionamos es si, verdaderamente, la sentencia denota la existencia de una práctica internacional sólida y uniforme en la temática: no nos parece.

La CIDH acude exclusivamente a la ciencia para definir cuándo debe entenderse que ocurre la concepción, olvidando que los postulados científicos deben tomarse en cuenta en el DIP, en la medida en que los Estados así lo hayan establecido o bien, no hayan manifestado oposición alguna. Esto no se trata en la sentencia. La CIDH es un tribunal de DIP, no un tribunal constitucional o una corte federal, por lo que interpreta las

normas y evalúa su responsabilidad, de acuerdo con lo que ha sido o no aceptado por los Estados.

Tomando como premisas ideas no respaldadas sólidamente en el *consensus* de los Estados, la CIDH deriva la existencia del derecho humano de acceso a las técnicas de reproducción asistida y, al ponderar el choque de derechos involucrados en el caso concreto, encuentra a Costa Rica responsable internacionalmente de haber irrespetado la CADH (párrafo 272 de la sentencia).

Bajo esta tesitura, no debe sorprender la resistencia de los órganos del Estado costarricense, específicamente, la Asamblea Legislativa (órgano representativo político) y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (órgano jurisdiccional pero cuyas decisiones tienen una cualidad e impacto político irrefutable), en llevar a cabo las actuaciones necesarias para cumplir la sentencia del caso Artavia Murillo.

Nos debe preocupar la postura asumida por la CIDH en la resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016.

Actuando más como un superior jerárquico, el alto tribunal interamericano reprendió a la Sala Constitucional costarricense por su actitud y, lo más grave, emitió órdenes que representaban una clara violación al principio de no interferencia en los asuntos internos de los Estados y que irrespetaban los límites que los propios Estados le impusieron a la Corte a través de la CADH: a) tuvo por permitida la FIV en Costa Rica, sin necesidad de que existiera norma alguna que posibilitara su implementación y b) mantuvo vigente el Decreto Ejecutivo N.º 39210-MP-S, anulando tácitamente la sentencia n.º 2016-01692 de las 11:21 hrs. del 3 de febrero de 2016, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

La legitimidad de todas las sentencias de la CIDH derivan de la propia CADH. La alta instancia interamericana debe actuar siempre dentro de

ese marco jurídico fundamental. *La CIDH existe y funciona por la voluntad de los Estados.* 

Perder de vista el *consensus* en la tutela de los derechos humanos y, con mayor razón, tomar decisiones que no es posible redireccionar al instrumento jurídico regional, lejos de coadyuvar a la tutela y efectividad de los derechos humanos, podría generar animadversión entre los Estados frente a la CIDH y socavar los pilares del sistema.

Tener presente la idea del *consensus* le permite a la CIDH ejercer <u>responsablemente</u> la autocontención, evitar o sortear el peligro asociado a creer que actúa como un tribunal constitucional, de alzada o corte federal. Este riesgo es latente por la naturaleza de los problemas que analiza, las normas que interpreta, el carácter consustancial de derecho y política, así como la <u>verticalidad inmanente</u> al control judicial interno de convencionalidad.

#### Referencias bibliográficas

Casanova, Osvaldo. (2013). Compendio de derecho internacional Público. Madrid: Tecnos.

Estrada Adán, Guillermo. (2012). *Curso básico de derecho internacional*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Ferrer Llobet, Javier. (2006). El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el derecho internacional. Barcelona: Atelier.

Herdegen, Mattias. (2015). *Völkerrecht*. München: C.H.Beck.

Jiménez Piernas, Carlos. (2011). *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos,

Rodríguez Carrión, Alejandro. (2006). *Lecciones de derecho internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Triepel, Heinrich. (1899). Völkerrecht und Landesrecht. Alemania: Ed. von C.L. Hirschfeld.

#### Monografías

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 7. Recuperado enero 5, 2016 dehttp://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación el control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Jiménez Piernas, Carlos. (2011). El derecho internacional contemporáneo: una aproximación consensualista en *Cursos de derecho internacional del comité jurídico interamericano*, pp.1-64. Washington: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

#### Artículos en obras colectivas

Ayala Corao, Carlos. (2015). "Sobre el concepto del control de convencionalidad" en Osvaldo Gozaíni (et al.). Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, pp. 898-932. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas.

Bazán, Víctor. (2015). "Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial". En O.A. Gozaíni (et al.). Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, pp. 31-53. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas.

Bazán, Víctor. "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos". En Eduardo Ferrer McGregor (coord.) (2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, pp. 569-598.

Brewer-Carías, Allan. "Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes,

derecho de amparo y derecho administrativo". En Allan Brewer-Carías (et al.). (2015). Estudios sobre el control de convencionalidad. Colección Estudios Jurídicos, n.º 109, Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, pp. 35-111.

García Ramírez, Sergio. "El Control judicial interno de convencionalidad" en Eduardo Ferrer McGregor (coord.). (2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, pp. 767-804.

Hitters, Juan Carlos. "Un avance en el control de convencionalidad (El efecto 'erga omnes' de las sentencias de la Corte Interamericana )". En Eduardo Ferrer Mc Gregor. (2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, pp. 889-906. Valencia: Ed. Tirant lo Blanc

Jinesta Lobo, Ernesto. (2015). "Control de Convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa". En Allan Brewer-Carías (et al.). Estudios sobre el control de convencionalidad. Colección Estudios Jurídicos, n.º 109, Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, pp. 113 - 139.

Sagüés, Néstor Pedro. (2015). "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". En Osvaldo Gozaíni (et al.). Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, pp.115-21

Sagüés, Néstor Pedro. (2011). "El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo". En Edjuardo Ferrer McGregor (coord.). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, pp. 993 -1030.

#### Artículos de revista

Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2013). "El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado". *Revista derecho GV*, vol. 9, n.º 2, pp.721-754.

Brena, Ileana. (2013). "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLVI, n.º 137, pp.795-803.

Castilla Juárez, Karlos. "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013), pp.51 - 97.

Chía, Eduardo. (2014). "Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" [versión electrónica]. Revista de Estudios Constitucionales, año 12, n.º 1, pp. 567-585.

Contreras, Pablo. (2014). "Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista lus et Praxis*, año 20, n.º 2, pp. 235-274.

Hitters, Juan Carlos. (2009). "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, pp.109-128.

Jiménez García, Francisco. (2001). "El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método". Revista Española de Relaciones Internacionales, n.º 2, pp.119-151.

Nogeira Alcala, Humberto. (2014). "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista* 

de Derecho Constitucional Europeo, año 10, n.º 19, pp. 221 - 270.

Pascual Vives, Francisco. (2013). "El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista". *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 29, pp. 217-262.

Pascual Vives, Francisco."Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos". *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. LVXI/2 (2014), pp.113 - 153.

Ruiz - Chiriboga, Orlando. "The Conventionality Control: Examples of (Un)successfull Experiences in Latin - America". *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 1-2 (2010), pp. 200 - 219.

Ruiz Miguel, Alfonso (*et al*). (2014) "Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo" v. Costa Rica" [versión electrónica]. *Estudios constitucionales de Chile.* vol. 12, n.º 1, pp.71 -104.

Sagüés, Néstor Pedro."Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Opus Magna.Constitucional Guatemalteco*, Tomo IV (2010), pp.271 - 291.

Tesón, Fernando. (2015). "Falsa costumbre. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, n.º 3, pp.1-20.

Toledo Tapia, Fernando. (1991). "Fundamento obligatorio y consentimiento del Estado en la costumbre internacional". *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, vol. II, n.º 1-2 pp. 31 - 59.

Torres Zúñiga, Natalia. (2010). "Control de Convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos)". Eunomía. Revista en cultura de la legalidad, n.º, pp.186 - 194.

Zegers Hochschild, Fernando (et al). (2014) "El derecho humano a la fecundación in vitro" [versión electrónica]. Revista chilena de obstetricia y ginecología, vol. 79, n.º. 3, pp. 229 - 235.

#### Índice de jurisprudencia

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia del 25 de noviembre de 2003, dictada en el caso "Myrna Mack Chang contra Guatemala", voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, febrero 18 de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_101\_esp.pdf.

Sentencia del 26 de setiembre de 2006, dictada en el caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_154\_esp.pdf.

Sentencia del 24 de noviembre de 2006, dictada en el caso "*Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_158\_esp.pdf.

Sentencia del 20 de noviembre de 2007, dictada en el caso "Boyce y otros contra Barbados", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_169\_esp.pdf.

Sentencia del 23 de noviembre de 2006, dictada en el caso "Radilla Pacheco contra México", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_209\_esp.pdf.

Sentencia del 12 de agosto de 2008, dictada en el caso "Heliodoro Portugal contra Panamá", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_186\_esp.pdf.

Sentencia de 26 de noviembre de 2010, dictada en el caso "Cabrera García y Montiel Flores contra México", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_220\_esp.pdf.

Sentencia de 24 de febrero de 2011, dictada en el caso "Gelman contra Uruguay" (fondo y reparaciones), febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_221\_esp1.pdf.

Sentencia del 20 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Gudiel Alvarez y otros ("Diario militar" contra Guatemala", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_253\_esp1.pdf.

Sentencia del 21 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Atala Riffo y niñas contra Chile", febrero 18 de 2017,http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf.

Sentencia del 28 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") contra Costa Rica", febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_257\_esp.pdf.

Sentencia del 28 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro"*) *contra Costa Rica"*, voto salvado del Juez Vio Grossi, febrero 18 de 2017,http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_257\_esp.pdf.

Resolución de supervisión de cumplimiento de 20 de marzo de 2013, dictada en el caso "Gelman contra Uruguay" (supervisión de cumplimiento), febrero 18 de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\_20\_03\_13.pdf.

Resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016, dictada en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") contra Costa Rica", febrero 18 de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia\_26\_02\_16.pdf.

Resolución de supervisión de cumplimiento del 26 de febrero de 2016, dictada en el caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") contra Costa Rica", voto individual disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, febrero 18 de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia\_26\_02\_16.pdf.

#### Notas

- 2 Ernesto, Jinesta Lobo. Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso -administrativa en Allan Brewer-Carías (et al.). (2015). Estudios sobre el control de convencionalidad. Colección Estudios Jurídicos 109, Caracas: Ed. Jurídica Venezolana,, p.113, explica que: «[...] El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v . gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano [...] ».
- Francisco, Pascual Vives. (2013). El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista. Anuario Español de Derecho Internacional, n.º 29, p. 217.
- Francisco, Pascual Vives. (2014). Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos. Revista española de Derecho Internacional. Vol. LVXI/2, p.152.
- Carlos, Jiménez Piernas. Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea (2011). Madrid: Tecnos, p. 50, apunta que: «[...] Frente a una situación dada de las relaciones internacionales y siempre que ésta se repita, los sujetos reaccionan (por la vía consuetudinaria o convencional, tanto da) adoptando una misma conducta a la que atribuyen efectos jurídicos. Cada situación en la que se manifiesta esta conducta constituye un precedente de la práctica internacional[...]».
- 6 Ībíd., p. 51
- Víctor, Bazán. "Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos" en Eduardo, Ferrer McGregor (et al.) (coord.). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales (2011) (Valencia: Ed. Tirant lo Blanc,), p. 574. Ver también Nogeira Alcala, Humberto. (2013) "El Control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista de Derecho Constitucional Europeo, año 10, n.º 19, p. 232.
- Víctor, Bazán. (2015). "Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial" en O.A. Gozaíni (et al.). Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, p. 42, señala: «[...] El material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el corpus iuris básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH"[...]».
- 9 Carlos, Ayala Corao. "Sobre el concepto del control de convencionalidad" en Osvaldo Gozaíni (et al.), Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle (San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, 2015) p. 908, distingue entre el control de convencionalidad internacional llevado a cabo por la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), denominando al efectuado por la primera entidad "control judicial internacional de convencionalidad", partiendo de que la CoIDH también realiza una labor de confrontación de los actos internos con la CADH.
- 10 Ibíd., p. 902. Ver también Néstor Pedro, Sagüés. "El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo" en Eduardo, Ferrer Mc Gregor (et al.) (coord.). (2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, p. 1027.
- 11 Gonzalo, Aguilar Cavallo. (2013). "El control de convencionalidad: ânálisis en derecho comparado". Revista Derecho GV, vol. 9, n.º 2, p. 721.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: a) sentencia del 24 de noviembre de 2006, dictada en el caso "Trabajadores cesados del Congreso contra Perú", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_158\_esp. pdf (consultada el 18 de febrero de 2017), párrafo 128, b) sentencia de 12 de agosto de 2008, dictada en el caso "Heliodoro Portugal contra Panamá", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_186\_esp.pdf (consultada el 18 de febrero de 2017), párrafo 180, c) sentencia del 26 de noviembre de 2010, dictada en el caso "Cabrera García y Montiel Flores contra México", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_220\_esp.pdf (consultada el 18 de febrero de 2017), párrafo 225, d) sentencia del 20 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Gudiel Álvarez y otros ("Diario militar") contra Guatemala", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_253\_esp1.pdf (consultada el 18 de febrero de 2017), párrafo 330, e) sentencia del 21 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Atala Riffo y niñas contra Chile", disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf (consultada el 18 de febrero de 2017), párrafo 282.
- 13 Nogeira Alcalá, Humberto, op. cit., p. 6.
- Ingrid, Brena. (2013) "Comentarios à la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLVI, n.º 137, pp. 795-803, señala: «[...] Resulta tema ya común mencionar la ambigüedad que existe en el continente americano respecto a las direcciones que han tomado las discusiones sobre las técnicas de reproducción asistida. En especial los países latinoamericanos carecen de leyes sistemáticas sobre la materia, en la mayoría de los casos sólo existen algunos principios generales aplicables a tales técnicas que figuran en los códigos civiles, penales o en leyes sanitarias y son varios los Estados en los cuales los procesos para legislar sobre reproducción asistida han sido extremadamente lentos o incluso en los cuales ha existido la intención premeditada de detenerlos [...]».

## EL RÉGIMEN DE PENSIONES Y LAS PRÁCTICAS QUE ATENTAN CONTRA LA COMPETENCIA A LA LUZ DE LA SENTENCIA N.º 050-IV-2016 DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

M.Sc. Warren Corrales Castillo<sup>1</sup> wcorrales@blplegal.com

#### **RESUMEN**

Este artículo examina y estudia el voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, el cual de una manera muy detallada explica las razones por las cuales no hubo una falta a las normas de competencia reguladas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472, en el caso específico de un acuerdo tomado sobre el monto de las comisiones para la administración de los fondos correspondientes al Régimen Complementario de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Capitalización Laboral. La demanda se fundamentaba en la pretensión de anular la sesión ordinaria 17-2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia, debido a que la Comisión determinó que existían suficientes pruebas de que un grupo de operadoras de pensiones habían incurrido en prácticas anticompetitivas.

#### PALABRAS CLAVES

Competencia / consumidor / interpretación judicial / comisión competencia / concepto de prácticas anticompetitivas / régimen de seguros / Ley 7472.

#### ABSTRACT

This article examines and studies the Vote number 050-IV-2016 of the Contentious Administrative Tribunal, Fourth Section, issued at sixteen hours on the thirty-first day of May, two thousand and sixteen, which explains in a very detailed way the reasons why there was no breach of the rules of competition regulated in the Law of Promotion of Competition and Effective Consumer Defense number 7472, in the specific case of a resolution adopted on the amount of the commissions for the management of the funds corresponding to the Complementary Regime of Mandatory Pensions and the Labor Capitalization Fund.

The claim was based on the intention to annul the regular session 17-2009 of the Commission for the Promotion of Competition, held at seventeen hours and thirty minutes on the seventeenth day of June, two thousand and nine. By virtue of the fact that the Commission established that there was sufficient evidence that a group of pension operators had engaged in anticompetitive practices.

#### **KEYWORDS**

Competition / consumer / judicial interpretation / antitrust commission / definition of antitrust practices / insurance scheme / Law 7472.

Abogado asociado senior del Bufete BLP y abogado in-house de Garnier & Garnier; máster en derecho empresarial por la UCI, especialista en derecho notarial y registral por ULASALLE, licenciado en derecho por la UCR y especialista en contratación internacional por la Universidad Carlos Tercero de Madrid y University of Seattle, USA.

l régimen de pensiones en Costa Rica se ve gobernado por la Superintendencia de Pensiones. Las pensiones dentro del pensamiento costarricense se componen de diferentes sistemas que son administrados por diferentes operadoras de pensiones, las cuales deben estar debidamente autorizadas por la Superintendencia de Pensiones. Estos sistemas son los siguientes: la pensión contributiva básica, la pensión complementaria obligatoria, la pensión complementaria voluntaria y la pensión contributiva.

La pensión contributiva básica se compone por los aportes que la persona trabajadora realiza de forma obligatoria y forma parte de los regímenes de capitalización colectiva. Estos aportes son realizados por las personas trabajadoras que se encuentran inscritas en el sistema nacional de pensiones.

Por su parte, la pensión complementaria obligatoria es construida también a partir de los aportes de la persona trabajadora y de su patrono; pero la diferencia es que esta es de capitalización individual. Estos aportes son controlados por la seguridad social, ya que se calculan con base en el salario devengado por la persona trabajadora y son administrados por la operadora de pensiones que la persona trabajadora elija. Al momento de pensionarse, se calcula la pensión complementaria de la persona trabajadora con base en esos aportes y con los rendimientos de las inversiones de la operadora de pensiones elegida por el trabajador o la trabajadora.

Estas dos anteriores son disfrutadas por todas las personas trabajadoras, ya que son obligatorias, siempre y cuando se cumplan con los requisitos al momento de solicitarlas.

Por otra parte, se tiene la pensión complementaria voluntaria que equivale a un ahorro presupuestado por la persona trabajadora, a su propia elección, para mejorar su pensión en el futuro. Por último, se halla la pensión no contributiva que es la otorgada por el régimen

de seguridad social a ciertas personas que no han contribuido al régimen y que cumplen con ciertos requisitos que no les han permitido contribuir y que requieren de solidaridad del régimen contributivo para tener una vida digna. Dentro de las personas que pueden gozar de una pensión contributiva son aquellas mayores a 65 años; discapacitados que no puedan formar parte de la fuerza laboral que tengan menos de 65 años; indigentes, huérfanos y viudas bajo ciertas condiciones, y adicional deben cumplir con ciertos requisitos adicionales y ser evaluados para ver si pueden gozar de este beneficio. <sup>2</sup>

Con lo anterior, se presenta una breve explicación de la conformación del régimen de pensiones y el papel de las operadoras de pensiones en Costa Rica, y su función en el mercado y con las personas trabajadoras, quienes, en este caso, se catalogan como consumidoras. Es así como podemos proceder con el análisis jurisprudencial que detallaremos a continuación.

En el presente artículo, se pretende analizar el voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, emitido en San José, a las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, para estudiar el tema de la competencia y la forma en que se regula y se ha juzgado en los tribunales en relación con el régimen de pensiones.

La demanda que genera la sentencia antes mencionada se fundamentaba en la pretensión del actor donde solicitaba que se anulara, tanto por vicios de forma como de fondo, la sesión ordinaria 17-2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia.

En dicha sesión, la Comisión para la Promoción de la Competencia determinó que existían suficientes pruebas de que un grupo de operadoras de pensiones habían incurrido en prácticas anticompetitivas que iban en contra de la Ley 7472, al tomar un acuerdo que fijaba el

monto de las comisiones para la administración de los fondos correspondientes al Régimen Complementario de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Capitalización Laboral.

El acuerdo, que se catalogó como contrario a la normativa de competencia costarricense, versó en que, después de no cobrar una comisión sobre los aportes de las personas trabajadoras por varios años, en el 2004, dichas operadoras de pensiones cobraron de forma conjunta el porcentaje máximo establecido por la Superintendencia de Pensiones en relación con los regímenes antes mencionados. La sanción procede en tanto la Ley 7472 prohíbe los acuerdos que les permitan a los agentes del mercado a comportarse como monopolios, lo cual causa un impacto directo en las personas consumidoras, ya que dicho comportamiento es el motivo bajo el cual se les impusieron multas por haber cometido una práctica que atentaba contra la competencia, a criterio de la Comisión para la Promoción de la Competencia.

A partir de lo anterior, en este artículo, conviene analizar la ley que regula las prácticas que se catalogan como transgresiones a la competencia en los mercados, la forma en que la ley ha sido juzgada e interpretada para el caso concreto y lo que se entiende en nuestro país por competencia y cómo se puede caer en conflictos que atenten contra la libertad de empresa tutelada a nivel constitucional. Así se irán estudiando ciertos apartados que consideramos importantes de la sentencia para sustentarlos con nuestro propio análisis de la cuestión.

### 1. La administración pública y su potestad sancionatoria.

El Tribunal Contencioso en múltiples fallos ha analizado la potestad sancionatoria que la Administración pública tiene, lo cual ha creado jurisprudencia que reitera los aspectos relevantes sobre tal potestad, los cuales son menester desarrollar en este trabajo.

La potestad sancionatoria del Estado es la que da paso a la acción punitiva de la Administración. Es una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los y las particulares y aun a las personas funcionarias que infringen sus disposiciones en el ejercicio de sus funciones, transgrediendo sus mandatos o desconociendo sus prohibiciones.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un *ius puniendi* estatal que se justifica en la necesidad de la tutela de los bienes jurídicos de importancia para la colectividad, sobre aquellos de interés individual. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal.

Como contraposición, la Administración pública tambiéntienela obligación de garantizar un debido proceso a cualquier persona que se encuentre en un contradictorio. La Sala Constitucional, siguiendo convenios internacionales, dictámenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y leyes nacionales, ha reiterado los elementos propios del debido proceso en diversos pronunciamientos, y los podemos enlistar de forma genérica de la siguiente manera:

- a) hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna los hechos que se imputan;
- permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo;
- c) concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa;
- d) concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa;
- e) fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento;
- f) reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.<sup>3</sup>

#### 2. Las prácticas monopolísticas.

La palabra monopolio se deriva del griego, específicamente de las palabras "monos" que

significa uno, y "polein", vender. El monopolio se caracteriza por ser una situación de privilegio legal o fallo de mercado, en el cual existe un productor que se denomina monopolista, quien posee un gran poder de mercado y es el único en una industria específica que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado.

Sin embargo, es menester para la existencia de un monopolio que, en dicho mercado, no existan productos o servicios sustitutos, es decir, que sea inexistente otro bien o servicio que pueda reemplazar el producto o servicio en cuestión, lo cual hace que la persona consumidora solo pueda recurrir a él para satisfacer su necesidad de ese producto, bien, recurso o servicio.

Al tener tal poder en el mercado, el monopolista puede alterar dicho mercado en detrimento de los intereses colectivos. Por tal motivo, el Estado limita el poder del mercado monopolista mediante legislación que ataque este tipo de prácticas, por lo que elabora leyes y reglamentaciones destinadas a fomentar la competencia en la economía, prohibiendo todo lo que puede acarrear algún tipo de insuficiencia en el mercado, y limita las estructuras de mercado permitidas con el fin de que dichas estructuras no lleguen a afectar a la colectividad ni distorsionen las reglas de mercado por su poder en él.

Sin embargo, la normativa en la materia no solo se dedica a limitar la existencia de monopolios, ya que existen ciertas excepciones contempladas donde la regulación despliega sus efectos permitiendo el monopolio y únicamente se limita a regularlo, debido a que sus efectos en el mercado no son vistos como perjudiciales en un momento particular.

Cuando la estructura más eficiente para un mercado es la de un monopolio; es decir, estamos ante un monopolio natural, o bien cuando por política económica el Estado quiera favorecer la existencia de una empresa que dirija un monopolio en un área concreta, lo ideal será reducir el poder del monopolista hasta el mínimo para que le sea rentable estar en el mercado y no atente contra los intereses de la colectividad.

El derecho de la competencia (en inglés Competion Law y conocido en Estados Unidos como Antitrust Law) es la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente tanto para sus propulsores como para las personas consumidoras.

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos distintos: acuerdos horizontales entre competidores, acuerdos verticales entre personas compradoras y vendedoras, el abuso de una posición dominante (monopolio), y las fusiones.

Las prácticas monopolísticas absolutas o "naked restrictions" son aquellos acuerdos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que restringen la competencia.

Este tipo de prácticas son de carácter horizontal, en tanto se dan en un mismo nivel del mercado. Estas prácticas siempre son dañinas; se realiza su análisis de conformidad con lo que se conoce como la "regla per se"; es decir, para determinar la ilegalidad no es necesario valorar el tamaño del agente económico involucrado, sus motivaciones o justificaciones, el mercado afectado, ni sus efectos.

Este tipo de prácticas constituye una amenaza para la competencia, ya que, si las empresas acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a las personas consumidoras, limitando la oferta de bienes y servicios y ganando utilidades como si fueran un monopolio, a costa de los intereses colectivos y en detrimento de la economía de las personas consumidoras. Estas

prácticas también son conocidas como acuerdos colusorios o cárteles económicos. Son convenios entre agentes económicos competidores entre sí, es decir, participan en el mismo mercado, a fin de manipular precios o cantidades de bienes en el mercado, repartirse segmentos de mercado o coordinar posturas en licitaciones, entre otras.

Estas prácticas generan graves repercusiones sobre el bienestar de las personas consumidoras. Por un lado, provocan precios mayores a los que prevalecerían en una situación de competencia y similares a los de un monopolio y, por otro, disminuyen la cantidad de bienes o servicios producidos, afectando el crecimiento de la economía y a las personas consumidoras.

Además, cuando existen colusiones en los mercados, se restringen la competencia entre personas competidoras, así como los incentivos que estas tienen para innovar en sus productos y servicios, con lo que las personas consumidoras tendrán menor calidad en su consumo y los mercados sufren de distorsiones. Así, impiden que la sociedad obtenga los beneficios de la competencia económica: mejores precios y mayor calidad en los bienes y servicios.

Dentro de este grupo, se ubican las conductas que tienen a la segmentación de mercados a través de exclusividades, restricción vertical de precios, compras o ventas atadas, negativa de trato, boicot, depredación de precios, descuentos por lealtad o transacciones condicionadas, subsidios cruzados, discriminación de precios, elevación de los costos de un rival, negativa de trato de un insumo esencial y estrechamiento de márgenes de insumos esenciales.

No existe justificación para su realización. Para que se configuren únicamente, se deben comprobar dos elementos. En primer lugar, que los agentes económicos participantes sean competidores entre sí en un mismo mercado y, en segundo lugar, que los agentes económicos hayan incurrido en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 11 de la Ley 7472.

En relación con las prácticas monopolísticas relativas, estas son definidas como actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes económicos del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas que hagan que un determinado sector del mercado se vea manipulado por una cantidad pequeña de agentes.

Se realiza este tipo de prácticas normalmente entre empresas que operan en diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, de forma tal que obstaculizan o impiden el proceso de competencia y libre concurrencia en tales niveles entre los diferentes participantes de los niveles de los procesos productivos de un bien o servicio.

Asimismo se realiza este tipo de prácticas entre diferentes niveles del mercado o fases del proceso productivo, por lo que también se denominan de carácter vertical. Debido a que estas conductas pueden ser catalogadas como estructuras que no se contraponen a la competencia y al correcto funcionamiento de los mercados, por tener efectos procompetitivos en este, se deben comprobar tres elementos para poder determinar si estas estructuras son ilegales o son aceptadas conforme a las políticas de competencia. Estos elementos son los siguientes:

- 1. El agente económico que comete la práctica vertical antes descrita tiene poder sustancial en el mercado relevante, según lo estipulan los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 7472.
- 2. El agente económico ha incurrido en alguna de las conductas descritas en el artículo 12 de la Ley 7472.
- 3. La práctica tiene o puede tener el objeto o el efecto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, puede impedir sustancialmente el acceso a este o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, lo cual distorsiona

anormalmente el mercado y afecta a la persona consumidora final de bien o servicio.

Debe indicarse en este momento que las prácticas relativas también pueden tener efectos a favor de la competencia y de la eficiencia, por lo que, para determinar su ilegalidad y perjuicio para la libre competencia, los ordinales 13, 14 y 15 de la norma legal en estudio imponen la necesidad de que se compruebe la concurrencia de tres elementos:

- Primero, que se haya incurrido en una las conductas descritas, esto es comprobar alguno de los supuestos de hecho que el artículo 12 de la Ley 7472 señala.
- En segundo lugar, que el agente económico que comete la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante. El mercado relevante es concebido como el conjunto de productos o servicios que la persona consumidora considera sustituibles en un área en particular. Se constituye en un parámetro relativo de espacio y tiempo, en virtud de las necesidades propias de las personas consumidoras, quienes deberán priorizarlas a efectos de determinar en un momento y espacio cuáles bienes o servicios pueden ser sustituidos por otros de igual condición. El artículo 14 de la norma citada establece los criterios para determinar el mercado relevante.

Por otra parte, el poder sustancial en el mercado es la capacidad que pueda tener un agente económico en un nivel diferente al de la persona consumidora, para fijar unilateralmente los precios o bien restringir en forma sustancial las etapas de distribución del mercado relevante, sin que los demás agentes puedan hacer algo para impedirlo. Esto también implica que pueda distorsionar la oferta del bien o servicio según sus intereses, lo cual va en detrimento de la persona consumidora u otros agentes económicos del mercado en cuestión.

El artículo 15 de la Ley en estudio señala que para determinar si un agente económico tiene

ese poder, debe considerarse su participación en ese mercado, incluyendo la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores; la existencia y el poder de sus competencia; las posibilidades de acceso del agente económico y sus contrincantes; su comportamiento reciente; y todos los demás criterios análogos que se establezcan en el reglamento de esa Ley. v

El hecho de que el agente económico que comete la práctica tenga un poder sustancial en el mercado relevante es fundamental porque, aunque se acredite alguna de las conductas descritas como prácticas monopolísticas relativas, si el agente no tiene este poder en el mercado, la conducta no resulta ilegal y en ese tanto no es sancionable, ya que ese poder sustancial en el mercado es el elemento determinante en este tipo de práctica anticompetitiva.

- 3. Por último, se deben considerar los efectos anticompetitivos de la práctica, esto es, que tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir sustancialmente el acceso a este a otros agentes económicos o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en perjuicio de los demás participantes del mercado relevante en cuestión.
- 3. Breve análisis de la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva de la persona consumidora en cuanto a las competencias de la comisión y el procedimiento

Finalmente, debe señalarse que la misma Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en su artículo 21 otorga injerencia a la Comisión para Promover la competencia con el fin de que conozca, de oficio o por denuncia, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado y para que, una vez concluido el procedimiento administrativo correspondiente, imponga la sanción que corresponda, de conformidad con los numerales 28 y 29 de la misma Ley y así causar un efecto sancionador y persuasivo de cometer ese tipo de conductas.

Dentro de este marco, junto con los principios de buena fe, sana y libre competencia, el objetivo de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor es la regulación de las prácticas desleales, para evitar que se produzcan distorsiones en el mercado, a través de mecanismos artificiales que impidan o dificulten que las relaciones entre oferentes y demandantes se rijan solo con base en ventajas competitivas. Se dispone todo lo anterior en defensa de los intereses colectivos y de los sectores de la población con menos poder en el mercado, como lo son las personas consumidoras.

Conforme con el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública, la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de este.

Ese mismo artículo manifiesta a continuación que será inválido el acto administrativo sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. En un acto administrativo, las sustanciales son las que determinan la invalidez del acto que se manifiestan, dependiendo de la gravedad de la violación cometida, en nulidad relativa o absoluta.

En tal sentido, se verifica la validez del acto administrativo con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, la doctrina nacional, como la Ley General de la Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y

la forma, y en los sustanciales o materiales se hallan el motivo, contenido y fin.

El primer elemento formal del acto administrativo es el sujeto. Este elemento corresponde a la persona autora del acto. Es la funcionaria o el funcionario público, órgano o ente administrativo que dicta un acto administrativo, el cual debe contar, a su vez, con una serie de requisitos, tales como investidura, competencia y titularidad.

La investidura es el nombramiento o la elección de una persona en un cargo o empleo público (en tal sentido, artículos 111 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). Es la potestad para actuar a nombre y por cuenta del Estado y dirigir a este el efecto de su conducta. Esta puede darse por elección o nombramiento. Se hace efectiva con la toma de posesión del cargo.

Eduardo Ortiz define la competencia "[...] como la medida exacta de la cantidad de medios legalmente autorizados en favor del Estado, dentro de un caso concreto para perseguir un fin determinado [...]".<sup>4</sup>

La competencia significa la cantidad de poderes y deberes dispuestos en favor de un determinado ente administrativo. La competencia es el complejo de facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo con relación a las demás personas, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración pública y la distribución de las distintas funciones entre ellas (artículos 59 y 129, Ley General de la Administración Pública).

Finalmente, la titularidad implica que la persona funcionaria pública no solo debe ser competente, sino también debe ser el o la titular de la competencia. Por titular se ha entendido aquella persona que ejerce un cargo, profesión u oficio, por derecho propio o nombramiento definitivo, con la plenitud de requisitos y estabilidad, a diferencia del llamado a ocuparlo provisionalmente.

El segundo elemento formal del acto administrativo es el procedimiento. La Administración pública cuenta

con la facultad de emitir actos administrativos en forma unilateral que incluso pueden llegar a anular o revocar derechos subjetivos de los y las particulares. Este poder de autotutela ha sido limitado por el ordenamiento jurídico. Ese límite es constituido por la obligación de la Administración pública de seguir un procedimiento para emitir el acto administrativo. El procedimiento administrativo es una serie concatenada de actos procedimentales tendentes a un fin. El procedimiento administrativo tiene un objeto fundamental, la averiguación de la verdad real del motivo que va a servir de base al acto administrativo final. El procedimiento se trata del modo de producción de un acto (artículos 214, 216, 224, 225, 308 y 320 de la Ley General de la Administración Pública).

Ahora bien, en el caso de que tal procedimiento tenga por objeto la imposición de una sanción, o de alguna manera un acto de gravamen, ya sea que imponga una obligación o la pérdida de una condición o derecho, se requiere que el acto de inicio de tal procedimiento sea debidamente comunicado a la persona afectada.

Esta comunicación se logra de dos maneras: notificación o publicación. Se comunican los actos generales por publicación y los concretos por notificación, de conformidad con el artículo 240 de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, cuando se ignore o esté equivocado el lugar para notificaciones a la persona interesada por culpa de esta, deberá comunicársele el acto por publicación, en cuyo caso la comunicación se tendrá por hecha cinco días después de esta última (artículo 242, Ley General de la Administración Pública).

La notificación es el modo de comunicar a la persona afectada o destinataria del acto final, de manera directa y personal, el inicio del procedimiento, lo que constituye un requisito fundamental para la seguridad jurídica y el debido proceso sustancial.

La notificación es un deber jurídico de la Administración, cuya finalidad es asegurar el verdadero, real e íntegro conocimiento por parte de las personas afectadas del establecimiento de un procedimiento administrativo en su contra y de sus consecuencias.

Indudablemente, la debida notificación constituye una manifestación más de los elementos que integran el debido proceso, los que la Sala Constitucional ha definido, tal y como se mencionó anteriormente, de la siguiente manera: a) hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna los hechos que se imputan; b) permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.

Es de suma importancia señalar que, al tenor del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, solo la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento causará la nulidad de lo actuado, entendiendo como tal, la formalidad cuya realización correcta haya impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión cause indefensión. Por tanto, los vicios del procedimiento son los causados al no observarse la debida ritualidad de este, en tanto con la omisión o ausencia de esa formalidad se impida o cambie la decisión final o que se cause indefensión.

El tercer elemento formal del acto administrativo es la forma como se exterioriza o manifiesta el acto administrativo al administrado. De conformidad con el artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública, deberá expresarse el acto administrativo por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan una forma diversa, según las excepciones que establecen los artículos 136 de la Ley General de la Administración Pública y 146 de la Constitución Política.

La obligación de la Administración de justificar adecuadamente sus decisiones se deriva de este elemento formal, por medio de la motivación de sus acto. En tanto la motivación significa la explicación, fundamentación o justificación que la Administración brinda en el dictado de un acto administrativo para un caso en concreto.

Se ha indicado que:

[...] motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto [...]. <sup>5</sup>

En relación con la motivación de los actos administrativos, la Sala Constitucional ha señalado de forma muy acertada que:

[...] se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso, así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos [...]. 6

Respecto a los elementos materiales o sustanciales del acto administrativo, el motivo es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo, tal y como el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública lo dispone.

De tal manera, el motivo del acto administrativo constituye el supuesto o el hecho condicionante de la manifestación de un acto administrativo, en otros términos, constituye la razón de ser del acto administrativo, lo que obliga o permite su emisión, lo cual puede consistir en un acto o un hecho jurídico previsto por la norma jurídica.

Por su parte, el contenido del acto constituye el efecto jurídico o la parte dispositiva del acto, lo que manda, ordena o dispone. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso o concesión, de acuerdo con lo indicado en el artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública.

El último de los elementos sustanciales o materiales es el fin. La Administración Pública tiene un cometido único, la satisfacción del interés público y la protección de los intereses de la colectividad. Se logra esa satisfacción del interés público de diversas maneras, y una de ellas es a través del pronunciamiento de actos administrativos.

En principio se entiende que todo acto administrativo, como ejercicio concreto de una competencia genérica, tiende a la satisfacción del interés común. Por ello, según el artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública, se afirma que el fin del acto administrativo en consecuencia será la satisfacción del interés público que constituye el fin general de todo acto administrativo y, a su vez, el fin específico será la satisfacción del interés público que está a cargo de esa competencia.

Así el artículo 166 de la LGAP claramente dispone que:

Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Entre muchos de sus pronunciamientos, en particular en el voto n.º 1195-91, la Sala Constitucional ha reconocido que se consagra el principio de libertad empresarial, en el artículo 46 de nuestra Constitución Política.

Dentro de esa libertad, se ubican la libre competencia y la defensa de esta como límite de esta libertad empresarial. Del texto constitucional, se deducen, además de la libertad de empresa y el mercado, los derechos fundamentales del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal.

En general, del citado numeral, se pueden inferir tres intereses: de los empresarios o agentes económicos competidores en los segmentos del mercado, el de los consumidores y el del mercado en sí mismo.

Esa concurrencia de intereses, públicos y privados refleja un modelo social de competencia, caracterizado porque toma en consideración tanto la defensa del interés privado de los empresarios como la del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrente debidamente saneado.

#### 4. Análisis del caso concreto

Como se esbozó al inicio, el Tribunal Contencioso conoció de una demanda interpuesta por varias operadoras de pensiones contra el Estado, en virtud de la interposición de multas cuantiosas por parte de la Comisión para Promover la Competencia, en virtud de que las operadoras llegaron a un acuerdo que va en detrimento de las prácticas comerciales competitivas al acordar una subida de precios en las comisiones de manera unánime, a partir de un determinado momento. Las operadoras de pensiones están unidas en una asociación denominada Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones (ACOP) que, como todas las asociaciones, se reúnen periódicamente para ver y analizar asuntos de su interés en ámbitos meramente administrativos.

Fue un hecho probado que, en su momento, y ante una crisis económica y financiera, la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), que es la institución encargada de velar por los derechos de las personas aseguradas en materia de pensiones y asegurar que se cumpla el marco

normativo que el Sistema Nacional de Pensiones regula en Costa Rica, todo de acuerdo con la ley que la regula, le solicitó a la asociación que tratara y revisara su situación económica.

La SUPEN realizó esta solicitud en vista de que entre sus funciones están las de autorizar, regular, supervisar y fiscalizar los planes, fondos, gestores y regímenes contemplados en el marco normativo que el Sistema Nacional de Pensiones regula en Costa Rica; supervisar los regímenes básicos de pensiones, los regímenes complementarios y el fondo de capitalización laboral; atender las denuncias y consultas relacionadas con el otorgamiento de pensiones o las entidades que la administran; autorizar productos relacionados con pensiones (planes, contratos, comisiones, entre otros).

La sesión de la asociación se llevó a cabo, según fue solicitado por la SUPEN, y las operadoras de pensiones asociadas tomaron decisiones y acuerdos para elevar los precios de las comisiones al máximo permitido por las bandas que existían en ese momento. Se discutió y se catalogó esta cuestión como un hecho probado dentro del proceso contencioso.

A raíz de ello y ante las solicitudes al mismo tiempo y consecutivas de las operadoras de subir el precio, de manera idéntica, la SUPEN presentó una denuncia ante la Comisión de la Competencia para que conociera este caso. Fue la misma SUPEN la que solicitó que la asociación viera el caso y también fue esta la que llevó la denuncia ante la Comisión.

Lo cierto es que la Comisión acogió la denuncia y comenzó con su investigación. Los resultados de la investigación arrojaron como consecuencia que se impusieran altas sumas de dinero, en concepto de multa que, en criterio de la Comisión, eran razonables, por haber considerado que efectivamente durante la sesión de la Asociación, solicitada por la SUPEN, se llegaron a acuerdos que atentaban contra la competencia al acordar,

en conjunto, aumentar los umbrales al máximo permitido en las bandas.

El tema de fondo no es ni fue el hecho de haberse reunido, el cual está consagrado en la Constitución Política: libertad de asociación. Es nuestro criterio que el hecho de que las operadoras se hayan unido en una asociación y se reúnan mediante sesiones no atenta contra la competencia, siempre y cuando no se tomen acuerdos ajenos a su ámbito propio de competencia administrativa y no se tomen acuerdos que lleguen a crear distorsiones del mercado.

El tema de fondo es determinar si, en dicha reunión, se tomaron acuerdos de precios que dieran podrían perjudicar a los administrados y, en especial, si ese acuerdo atenta contra la competencia al considerarse anticompetitivo. Para la Comisión fue muy claro, mediante la prueba indiciaria, que sí se había llegado a un acuerdo en subir los precios, y que dicho acuerdo creó prácticas anticompetitivas; como por ejemplo, que todos presentaran los aumentos de forma orquestada y en un mismo momento, al mismo umbral máximo permitido, que todos sus argumentos fueran por la grave crisis económica, entre otras.

A pesar de que es mucho más débil, la prueba indiciaria, en los casos como el que nos compete, resulta ser de muchísima importancia, y su aplicación es quizá la única que puede llegar a dilucidar, si en un momento específico, se dio un acuerdo que atenta contra la competencia o no.

Teóricamente, se conoce que la prueba indiciaria tiene total validez en nuestro ordenamiento jurídico procesal, en especial cuando es la forma idónea y única para llegar a obtener la verdad real de los hechos, por lo que su aplicación escapa del análisis al no haber duda sobre su validez.

Por supuesto que, para las operadoras, no lo fue así y, mucho menos, tomando en consideración que la misma SUPEN las instó a reunirse para analizar el tema, además de que consideraron irracionales los montos de dinero por concepto de multa que les fueron aplicados, razón por la cual decidieron interponer la demanda ante el Tribunal Contencioso, quien, al final, tendría la última palabra.

Y es que los actores sostuvieron que se dedicaban a ofrecer pensiones complementarias; pero que debido a que, en el año 2 003, las situaciones del mercado financiero no fueron positivas, además que el negocio de las pensiones era una actividad que iniciaba siendo deficitaria y que, de forma progresiva, comenzaba a generar utilidades, por lo que empezaron a tener problemas financieros en lo interno.

Continuaron argumentando que las operadoras tenían derecho a cobrar sus comisiones dentro de márgenes establecidos de forma previa por la SUPEN, lo que generaba un sistema de bandas donde tenían mínimos y máximos para establecer estas comisiones, en tanto comunicaran estos cambios a sus afiliados. Esta comunicación a los afiliados era necesaria, con el fin de que pudieran decidir si se mantenían con una operadora de pensiones o si se pasarían a otra.

La posibilidad de variar el modelo de comisiones fue conocida en lo interno de la asociación que las agrupa, y las dificultades financieras fueron discutidas en varias sesiones de la asociación que representa a las entidades de pensiones, ante gestiones del mismo superintendente.

Así para el 2004, la SUPEN varió los topes del margen de las comisiones, pasando de un sistema de porcentaje sobre las ganancias, a porcentaje de ganancias y sobre los aportes, tratando de nivelar la situación de las empresas.

Para el 2005, la líder del mercado era la operadora del Banco Nacional que, ante la variación de esquemas, se supeditó al tope superior de la banda de las comisiones permitidas, lo que hicieron las demás operadoras de forma posterior.

Fueron enfáticos al señalar que ellos nunca tuvieron un acuerdo para reaccionar de forma idéntica y, con ello, perjudicar al usuario, sino que se limitaron a ajustarse a los extremos máximos, pues no estaban teniendo utilidad, y parte de su operación era generarles una utilidad a sus afiliados al momento en que decidieran pensionarse.

Agregaron que, si estaban actuando en un mercado regulado, y los importes de las comisiones fueron autorizados, no era lógico ni posible que la conducta fuera ilícita a la vez. Por último, atacaron fuertemente el acto administrativo como tal, razón por la cual en este trabajo, se analizaron, en los primeros apartados, los elementos que componían el acto administrativo.

Por su parte, los abogados del Estado expusieron en la contestación de la demanda que el acuerdo podía ser expreso o tácito y que, en este caso, la equiparación de la mayoría de las operadoras era una manifestación de la existencia del acuerdo, lo que hacía lícita la conducta de la Comisión y que se encontraba dentro de sus facultades sancionar dicha conducta.

Como hechos no probados para el tribunal, se indicó que no se tuvo prueba en el sentido que se hubiera generado un acuerdo antijurídico entre las actoras, para aumentar las cuotas de las comisiones de manera conjunta y en perjuicio de los consumidores, lo cual guío en gran manera la decisión del colegiado.

De hecho, en el análisis del caso concreto, el tribunal señaló que la Ley de Protección al Trabajador establecía el marco legal de las pensiones complementarias, facultando entre otros aspectos, como medio para cobrar por la administración de los fondos la existencia de comisiones, correspondiéndole a la SUPEN fijar los topes de comisión a cobrar; y que se tenía como hecho probado que la ganancia de las operadoras provenía de las comisiones, en virtud de lo individual del régimen y de la no solidaridad que lo componía.

Y es que, al principio, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero estableció las comisiones y los porcentajes máximos de estas en razón de la utilidad o ganancia percibida. Sin embargo, el escenario financiero cada vez se fue complicando aún más y, en particular, en el ámbito de las pensiones.

No fue sino hasta que, en la sesión 41-04 de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones del 30 de julio de 2004, se discutió la posibilidad de que las operadoras subieran sus comisiones al máximo vigente para mejorar sus ganancias; pero no se adoptó acuerdo alguno, a criterio de los actores para que fuera una práctica a implementar en detrimento del mercado y de las personas consumidoras.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota 667-04 del 10 de septiembre de 2004, solicitó la opinión de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones respecto a la propuesta de modificación del esquema de cobro de comisiones para optar por uno mixto; y fue precisamente el 12 de septiembre de 2004 cuando la Comisión para Promover la Competencia acordó realizar una investigación preliminar a partir de los hechos denunciados por la SUPEN.

En la sesión 43-04 de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones del 17 de septiembre de 2004, se hizo ver que se estaba desaprovechando la flexibilidad del sistema vigente y, en la sesión 44-04 de esa misma asociación, del 5 de octubre de 2004, las operadoras acordaron que el tope de la comisión se estableciera en un 8% de los rendimientos y un 4% sobre los aportes. Se indicó en el juicio que el acuerdo en cuestión era para establecer los topes legales y no para el rubro que cada operadora definiera cobrar.

Entre el 5 de noviembre de 2004 y el 16 de marzo de 2005, se autorizaron incrementos para las operadoras de pensione, una vez realizadas las publicaciones de ley, y entró a regir a principios del 2005. Las decisiones de cambio de las

comisiones fueron una decisión técnica basada en las condiciones del mercado.

El 6 de diciembre de 2005, la Comisión para Promover la Competencia abrió un procedimiento administrativo contra las empresas actoras por cuando consideró que había un acuerdo entre ellas para aumentar las comisiones que recibían en perjuicio de la persona consumidora.

Como se indicó, por sesión ordinaria 17-2009 de las 17:30 horas del 17 de junio de 2009, la Comisión multó a las empresas actoras por realizar prácticas monopolísticas.

Luego de ese análisis fáctico, el tribunal indicó algo muy interesante que, por su importancia, se transcribe textualmente:

[...] este Tribunal tiene total claridad que la existencia de acuerdos entre competidores, que de una u otra forma alteren la libre competencia en el mercado, son prácticas monopolísticas absolutas y como tal, están prohibidas tanto en la Ley para la promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, en tanto consecuencia directa del canon cuarenta y seis de la Constitución Política. Se trata de conductas que no deben darse por sí, en tanto antinaturales. Acordar cualquier aspecto, es limitar la competencia en ese aspecto y consecuentemente es desnaturalizar el mercado para permitir que sobre uno o varios aspectos esa sana competencia no se dé y con ello se genere un grave perjuicio para el consumidor.

Sin embargo, su análisis, interpretación y criterio con respecto al caso concreto dan un giro, y se indica lo siguiente:

Ahora bien, en este caso existen varios aspectos que ameritan que al presente caso se le otorgue un tratamiento diferente. En primer lugar, la Cámara no logra comprender como si se pretende la competencia entre las operadoras de pensiones, el Estado bajo alguna de sus dependencias y peor aún a la vista y paciencia de la Superintendencia

de Pensiones ha permitido la existencia de una asociación a la que se encuentran afiliadas la totalidad de las operadoras de pensiones. Cualquier acuerdo de coordinación, por mínimo que sea, violenta la libre competencia. En dicho marco, la existencia de una asociación de esa naturaleza no debería estarse dando v mucho menos ser permitida por el Estado. El derecho de asociación del canon veinticinco de la carta fundamental no es absoluto, de suerte que la posibilidad de las personas físicas o jurídicas a reunirse debe ser para fines lícitos; mas en este caso no es fácil pensar cual fin licito se podría estarse dando dentro de competidores, situación diferente es con respecto a los consumidores. Ahora bien, resulta más inconcebible que la mencionada Superintendencia otorgue audiencia sobre un tema de definición de política pública que afecta tan sensible como lo es la utilidad de las empresas privadas y dirija la consulta a la mencionada asociación. En mínima lógica es de suponer que cualquier propuesta que lleve consigo posibilidades de incremento en los ingresos de las empresas va tener el apoyo, máxime cuando se trata de bandas. El sentido común mínimo nos hace ver que este tema por su naturaleza no era propio de una consulta a los interesados sino de fundamentación a partir de criterios técnicos. Más aún, la existencia de esa consulta, promovida por el Estado, en la figura de un órgano con personería instrumental de un ente público, iba a llevar necesariamente la discusión a lo interno de la asociación de los problemas financieros que estaban afrontando. Si se generó alguna discusión (como se puede apreciar en las actas 41 a la 44 de la asociación) no fue por iniciativa privada sino por cuando el Estado bajo un ente público menor promovió la discusión, lo que de manera incuestionable nunca debió haber hecho. Ya solo ese aspecto mina el dolo de generar un consenso de un acuerdo colusorio sobre un tema que no podía ser objeto de discusión entre las actoras, cuando es el mismo Estado quien no solo lo propició, sino que esperaba un pronunciamiento, como en efecto lo hubo. Recuérdese que la conducta antijurídica se consolida con la existencia del acuerdo (la mera discusión ya es antijurídica), al margen de si este se cumple o no, y para tales efectos es irrelevante si la totalidad de las empresas estaban o no presentes al momento de la discusión, bastando que se plegaran a lo convenido. Aquí impera un principio de indubio pro consumidores, que en caso de duda debe prevalecer el interés de la parte débil de la relación que son las personas afiliadas a las operadoras. Mas no está acreditado la existencia de un acuerdo de subir los cobros de las comisiones a sus extremos máximos como lo hace ver la Comisión del Consumidor, el acuerdo que quedó plasmado en las actas únicamente hace ver que los representantes están de acuerdo en la propuesta presentada por el Estado de variar el sistema de comisiones que había imperado desde el inicio de la vigencia de la Ley de Protección al Trabajador. Lo demás son meras manifestaciones de las preocupaciones sobre los problemas financieros que estaban afrontando. Esa posición era la conclusión lógica que debía darse ante la consulta planteada por el órgano persona responsable de regular el mercado. El Tribunal no encuentra lógica alguna en pretender ahora establecer una sanción ante una consulta realizada por el mismo Estado. Diferente hubiera sido si alguna de las sociedades hubiera llevado el tema por su cuenta, pero no fue así, ellos se limitaron a contestar la audiencia conferida por la dependencia pública. Resulta por demás contradictorio que se haga una consulta y que de manera posterior se pretenda sancionar por contestar la consulta que el mismo Estado como unidad jurídica había hecho. Casi seria como engañar a las empresas para luego sancionarlas. Por una regla básica de inferencia deductiva, una cosa no puede ser algo y al mismo tiempo lo contrario, de manera que una actuación no puede ser una obligación legal y al mismo tiempo antijurídica. Ese solo aspecto determina que no se configure el supuesto normativo que es la generación de un acuerdo por iniciativa propia de los competidores. Aquí no se dió [sic] ese caso, sino que fue la superintendencia quien motivó la discusión, para producir un acuerdo, lo que impediría luego pretender sancionar la existencia de éste. Ahora bien, si ese aspecto,

no es suficiente para considerar que existe un vicio en el motivo del acto, es de precisar que la Comisión parte de la existencia de un hecho acreditado el cual es realidad una inferencia deductiva, la que, por cierto, no es más que una falacia de composición.

#### Finalmente señala que:

El derecho administrativo no puede desconocer las reglas univocas de la ciencia o de la técnica; y en este caso se aportó prueba técnica consistente en expertos en economía y administración que hicieron ver como la situación fue fruto de la situación económica; y sobre dichos aspectos no se aportó contra prueba alguna en su contra. La consulta como tal, si bien es una muestra de transparencia en la función pública y demuestra un estilo democrático, para el caso, era innecesaria. De tal consulta lo que se emitió fue una recomendación positiva en tanto aminoraba las pérdidas de las empresas en materia de pensiones. Conforme con el análisis de la Comisión a partir de aquí se genera un acuerdo ilícito para incrementar los cobros de cada operadora al tope de las bandas, lo que efectivamente en caso de haberse dado resultaría contrario a derecho. Ahora bien, de la lectura de las actas de la Asociación de las operadoras no es posible llegar a la conclusión que se diera un acuerdo en tal orientación. El Tribunal, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, arriba a la conclusión que tal como lo dijeron los testigos - peritos lo ocurrido es una situación fácilmente explicable en microeconomía.

Mediante el voto n.º 050-IV-2016 de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, tramitado bajo el expediente número 09-001871-1027-CA, el Tribunal Contencioso consideró que las operadoras de pensiones actoras tenían la razón y que no había prueba suficiente que acreditara que efectivamente se había dado un acuerdo en el sentido que la Comisión lo afirmaba, para aumentar los precios y que, por lo tanto, no atentaba contra la competencia, por lo que anuló lo discutido en la sesión ordinaria 17-

2009 de las diecisiete horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve de la Comisión para la Promoción de la Competencia, donde les impusieron multas a ciertas operadoras de pensiones al supuestamente haber cometido una práctica que atentaba contra la competencia. Sin embargo, con todo respeto, consideramos que este Tribunal se equivoca en su interpretación y análisis al no avocarse específicamente a la materia en cuestión y no considerar la prueba indiciaria que la Comisión sí analizó, por lo expuesto consideramos que de esa reunión, al menos tácitamente, sí se llegó a un acuerdo colusorio al aumentar los montos a los niveles superiores de las bandas, y esta es una conducta que, así dicho, sí es una práctica que atenta contra la competencia.

La prueba indiciaria no puede pasarse por desapercibida, ya que, en temas de competencia, se deben tomar cualquiera de los indicadores que hagan percibir conductas que lleguen a deformar el mercado.

En el caso en particular, es claro que el acuerdo o lo discutido en la asamblea de la Asociación Costarricense de Operadora de Pensiones fue determinante para que, de manera consonante, operadoras de pensiones multadas decidieran cambiar los rubros de comisiones de administración en cortos períodos de tiempos, valiéndose de un mismo argumento, el rendimiento y la crisis económica. Esos indicios son claros indicadores de prácticas monopolísticas anticompetitivas horizontales, donde los diferentes actores de un mismo nivel del mercado adoptan actitudes para beneficiar sus intereses.

Estas operadoras de pensiones tienen un poder sustancial en el mercado que es fácilmente distinguido. Como indicamos en las primeras páginas, la cotización en el mercado de pensiones es obligatoria en dos etapas para las personas asalariadas según la seguridad social. Asimismo, la ley no enmarca los supuestos mediante los cuales las personas asalariadas puedan

retirar esos fondos si no están de acuerdo con las prácticas de las operadoras, ya que deben cumplirse supuestos específicos para que esto suceda.

Las personas asalariadas no tienen opción en caso de que consideren que son altas las comisiones que cada operadora de pensiones establece, ya que son los únicos entes autorizados para llevar a cabo esta administración. En este sentido, se produce un acuerdo anticompetitiv,o ya que, al haber un acuerdo entre tantas operadoras de pensiones, la persona trabajadora no tiene otra opción para poder trasladar sus fondos, ya que todas subieron sus comisiones de una forma orquestada.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el Tribunal erró al momento de dictar sentencia, ya que no vislumbró de forma total como ese acuerdo tácito o conducta repetida por todas las operadoras llegó a afectar el mercado y a las personas consumidoras obligadas a mantener una relación con las operadoras de pensiones en tanto no cumplan con los requisitos establecidos por la legislación de la materia para gozar y disponer de sus aportes.

#### Referencias bibliográficas

Expediente Administrativo IO-016-04, sus actas, recursos de revocatoria y recursos de apelación.

Voto n.º 050-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de las dieciséis horas del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis.

Superintendencia de Pensiones. 2017. ¿Cómo se compone? Visto en https://www.supen.fi.cr/como-se-compone.

Voto n.º 5469-95 de las dieciocho horas tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

García de Enterría E. y Fernández T. (1997). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas. CORRALES: El régimen de pensiones y las prácticas que atentan contra la competencia a la luz de la sentencia...

Voto n.º 7924-99 de las nueve horas treinta minutos del diez de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

#### Notas

- Superintendencia de Pensiones. 2017. ¿Cómo se compone? Visto en https://www.supen.fi.cr/como-se-compone. Voto nº 5469-95 de las dieciocho horas tres minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1997). Curso de derecho administrativo. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, p. 556. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1997). Curso de derecho administrativo. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, p. 556. Voto n.º 7924-99.

# Jurisprudencia Comentada

# EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

M.Sc Mario Peña Chacón¹ mariopenachacon@gmail.com

#### **RESUMEN**

Si bien, los principios de progresividad y no regresividad están íntimamente relacionados entre sí, y por tanto comparten una estrecha y sinérgica vinculación que los hace interdependientes, lo cierto del caso es que a nivel doctrinario, no han sido tratados por igual, ya que el principio de progresividad es relegado a una especie de rol secundario, en relación con el principio de prohibición de regresividad que sí ha sido objeto de múltiples estudios, análisis y sentencias.

#### PALABRAS CLAVES

Principio de progresividad/ Principio de no regresividad/ Derechos humanos ambientales.

#### **ABSTRACT**

Although the principles of progressivity and non-regression are intimately related to each other, and therefore share a close and synergistic link that makes them interdependent; the fact of the matter is that at a doctrinal level they have not been treated equally, since the principle of progressivity is relegated to a kind of secondary role, in relation to the non-regression principle which has been the subject matter of multiple studies, analyses and judgments.

#### **KEYWORDS**

Principle of progressivity/ Principle of non-regression/Environmental human rights.

Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-Latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

#### Introducción

partir del 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica inicia el camino hacia el reconocimiento de los principios de progresividad y no regresividad del derecho ambiental, posicionándose a nivel regional como la corte constitucional que mayor atención y desarrollo les ha brindado a ambos principios de jerarquía constitucional.

Si bien, los principios de progresividad y no regresividad están íntimamente relacionados entre sí, y por tanto comparten una estrecha y sinérgica vinculación que los hace interdependientes; lo cierto del caso es que a nivel doctrinario no han sido tratados por igual, ya que el principio de progresividad es relegado a una especie de rol secundario, en relación con el principio de prohibición de regresividad que sí ha sido objeto de múltiples estudios, análisis y sentencias.

En razón de lo anterior y, teniendo presente que deben tratarse conjuntamente ambos principios en la práctica, de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención, a través del presente artículo, me propongo analizar el desarrollo evolutivo del principio de progresividad del derecho ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional, en aras de mostrar sus principales alcances y limitaciones.

## 1. Reconocimiento del carácter progresivo del derecho al ambiente sano y equilibrado

El reconocimiento del carácter progresivo del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado por parte de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional costarricense en el ámbito de tutela de los derechos fundamentales inicia a partir del 2010, ligado a la aplicación del principio precautorio. En el voto número 2010-18702 del 10 de noviembre de 2010, la Sala Constitucional expuso:

De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados pueden ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

En esa ocasión, la Sala Constitucional concluyó que la propuesta de modificación del artículo 5

de la Ley de Concesión y Operación de Marinas Turísticas era contraria al desarrollo progresivo de la protección al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al resultar incompatible con el ámbito de competencias técnicas y especializadas que son propias de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, según se derivan y reconocen a partir del artículo 50 de la Constitución Política y de la Ley Orgánica del Ambiente.

## 2. Reconocimiento de la naturaleza de derecho social o prestacional del derecho al ambiente

Para el año 2012, por medio del voto 2012-1963 del 15 de febrero del 2012, la Sala Constitucional reconoció la naturaleza de derecho social o prestacional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y con ello, por primera vez, aplicó de forma conjunta y sinérgica los principios de progresividad y de no regresividad, en resguardo del Patrimonio Natural del Estado. En lo que interesa, la sentencia dispuso:

Sobre el particular, estima este Tribunal que la norma, en sí misma, no resulta inconstitucional, pues, en primer término, se observa, claramente, que el precepto en consulta se refiere a la posesión de terrenos dentro de asentamientos o fincas inscritas a nombre del Instituto de Desarrollo Agrario y, de otra parte, el operador jurídico al momento de realizar las conductas establecidas en la norma -"medir, catastrar, segregar, otorgar título"- debe excluir, por imposición del artículo 50 constitucional, todos aquellos terrenos que tengan una vocación ambiental que integran el patrimonio natural del Estado. Este corolario tiene pleno sustento en el principio de no regresividad o, en sentido contrario, de progresividad en materia de protección del medio ambiente y de garantía del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derecho social o prestacional que es. En ese sentido, es preciso recalcar que las presuntas preocupaciones

de los consultantes no derivan de la norma, en sí misma considerada, de ahí que, en la práctica, se debe exigir al operador que realice un análisis integral y sistemático del ordenamiento jurídico vigente, especialmente a la luz de los artículos 50, 69 y 89 constitucionales, a fin de excluir todos aquellos terrenos que carezcan de vocación agrícola y, más bien, deban destinarse a la tutela del medio ambiente. Lo anterior, en aras de proteger y resguardar los bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

## 3. Reconocimiento del carácter progresivo del derecho humano al agua y del principio de evaluación de impacto ambiental

A través del voto número 2012-8892 del 22 de junio del 2012, la Sala Constitucional amplió el carácter progresivo de los derechos ambientales al ámbito específico del derecho humano al agua potable, al respecto dispuso:

V. Sobre el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento. Esta Sala, en la sentencia número 2004-01923 de las 14:55 horas del 25 de febrero de 2004, y con redacción del Magistrado Jinesta Lobo, expuso que las competencias del SENARA trascienden lo concerniente a los distritos de riego, siendo así que las mismas resultan tener una vocación nacional derivada de sus mismos antecedentes institucionales. Es evidente que por disposición expresa de Ley de Creación del SENARA, ley número 6877, artículo 3 incisos ch y h), el SENARA tiene la competencia de proteger los recursos hídricos del país, razón por la cual sus decisiones en torno a la explotación, mantenimiento y protección, serán definitivas y de acatamiento obligatorio. Esta disposición normativa debe interpretarse y aplicarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintiuno de la Ley sobre el Uso, Manejo y Conservación de Suelos -a partir del cual se define que el Ministerio de Agricultura y Ganadería (o Departamento de Agricultura en el lenguaje utilizado por la Ley de Aguas) mantiene una competencia secundaria o residual en esta materia-. De tal forma, la integración de las normas de reciente cita informa que para el aprovechamiento de las aguas de dominio público, toda entidad pública -sin distingotiene la obligación de obtener del SENARA el permiso correspondiente, al punto que las decisiones que de manera fundamentada adopte el SENARA en cuanto a ello, serán definitivas y de acatamiento obligatorio. Esta definición dista de ser una manifestación retórica de la Sala; por el contrario, la misma deviene de la responsable integración del amplio marco normativo que regula la materia, que, como se dijo, requiere del progresivo avance y reconocimiento propio del ámbito de los derechos humanos, toda vez que el derecho al agua y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son derechos humanos fundamentales. La Sala advierte que esta precisión sitúa al SENARA en una posición particularmente relevante en cuanto a la gestión del recurso hídrico nacional, lo cual resulta importante considerando la naturaleza eminentemente técnica de esta dependencia administrativa, posición que debe ser reforzada y ejercida mediante la necesaria y debida coordinación interinstitucional de las diferentes entidades involucradas -ICAA, SETENA, MAG, Municipalidades, entre otras. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

Cabe destacar que, en el reciente voto 2017-5994 del 26 de abril de 2017, la Sala Constitucional reconoció el carácter gradual y progresivo de la aplicación del principio de evaluación de impacto ambiental, previo a la realización de obras, actividades o proyectos:

En este sentido, la realización de Estudios de Impacto Ambiental se erige en un principio que debe ser debidamente observado y aplicado, al punto que de manera paulatina y progresiva – como corresponde en el ámbito de los derechos humanos – la misma legislación y la propia jurisprudencia de esta Sala, ha perfilado la importancia y necesidad de contar con este tipo de evaluación debidamente realizada de manera previa a la realización de determinado tipo de obras.

Reconocimiento expreso del principio de progresividad vinculado al derecho internacional de los derechos humanos y los principios constitucionales de no regresividad, objetivación, precautorio e inderogabilidad singular de las normas

Pormedio del voto 2012-13367 del 21 de septiembre de 2012, la Sala empieza a desarrollar una línea jurisprudencial de reconocimiento expreso del principio de progresividad, vinculada al derecho internacional de los derechos humanos y a los principios constitucionales de no regresividad, objetivación de la tutela ambiental, precautorio e inderogabilidad singular de las normas. En ese sentido, el voto señala:

V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y

situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección. En este sentido, la Sala Constitucional ha expresado en su jurisprudencia, a propósito del derecho a la salud: "[...] conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. (Sentencia de la Sala Constitucional Nº 9469-07). En relación con el derecho al ambiente dijo: "Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio." (Sentencia de la Sala Constitucional Nº 18702-10). En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo, la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida. El derecho vale lo que valen sus garantías, por ello se produce una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumple las exigencias constitucionales y técnicas requeridas. Si tal garantía resulta transgredida, también lo será el derecho fundamental que la garantía protege y es en esa medida, que la reducción de las áreas protegidas sería inconstitucional. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

Dentro de esa misma línea jurisprudencial, en el voto 2013-10158 del 24 de julio de 2013, la Sala Constitucional evacuó la consulta facultativa de constitucionalidad del proyecto de ley denominado "Ley de Territorios Costeros Comunitarios", reiterando el vínculo inescindible y la aplicación sinérgica de los principios de progresividad, no regresividad, objetivación y precautorio (in dubio pro natura) como escudos protectores del demanio público ambiental. Al respecto, la Sala Constitucional expuso en la sentencia:

Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de "estructura", la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional.

Respecto al Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional en acatamiento del Principio Precautorio, se requiere de previo a la declaratoria como territorio costero comunitario y a la concesión -tal y como lo señalan las y los diputadas y diputados consultantes- de un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de Secretaría Técnica Ambiental, de modo tal que se demuestre el tipo de daño y las medidas que deban adoptarse, estudio que se echa de menos en esta iniciativa de ley, ya que no podría dejar de protegerse un refugio sin criterios técnicos que así lo respalden. Por lo tanto dicha omisión implica una violación del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

Por su parte, a través del voto número 2016-415 del 13 de enero del 2016, la Sala Constitucional declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 46 y transitorios I, II y IV del Decreto Ejecutivo n.º 36627-MINAET, por estimarlos conformes a los principios de progresividad, no regresividad y objetivación del derecho ambiental. Al efecto la Sala argumentó:

El principio de no regresión en materia ambiental no se ve afectado con el cambio de normativa: El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. En este sentido, examinando este principio en la acción presentada, pese a que el accionante alega como violado este principio, no logró establecerse que el cambio de medio para el control y vigilancia de las unidades de transporte de combustible, implicara una regresión. Antes bien, parece que el nuevo medio (pruebas técnicas), al ir más allá de la valoración de la antigüedad, lejos de violar el principio de no regresión en materia ambiental, más bien lo fortalece. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

Por último, en el voto 2016-5617 del 27 de abril de 2016, a través de una sentencia de tipo interpretativa, <sup>4</sup> la Sala Constitucional rechazó la acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo de Junta Directiva de INCOPESCA número ADJIP-280-2014, con el previo análisis de los principios de progresividad, no regresividad, precautorio y objetivación:

En este sentido, no se puede afirmar que exista violación alguna al principio de no regresión en materia ambiental, según el cual, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección del derecho al ambiente. En este caso, tal como se dijo, no se trata de una medida que haya disminuido la protección al ambiente, pues aunque es cierto que, según el acuerdo impugnado, ya no se exigiría cierto tipo de licencia (pesca con carnada viva), es lo cierto que la pesca con carnada viva, no es que queda sin regulación o restricción alguna -en cuyo caso sí se podría tener por violado el principio de progresividad y no regresión en materia ambiental- sino que, no se requiere otra licencia adicional a la licencia de pesca. Siendo esta última el instrumento donde INCOPESCA procede a establecer las restricciones, en cada caso, sobre la pesca con carnada viva, según se detalla en el párrafo siguiente.

Conclusión. - El accionante realiza una errónea interpretación de la normativa impugnada. Esta no debe interpretarse de forma aislada, sino en sentido conforme con lo establecido en la Ley de Pesca y Acuicultura, y por supuesto, con el Derecho de la Constitución. Así no se encuentra que el párrafo segundo del artículo 3 de las Medidas de ordenamiento para el uso de carnada viva para la flota pesquera comercial y de pesca deportiva en el Océano Pacífico Costarricense, acuerdo N.º AJDIP-280-2014 de 8 de agosto de 2014, emitido por la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, cuando dispone que "No requerirán de licencia de pesca para carnada viva las embarcaciones con licencia comercial de pesca pequeña escala, pesca mediana escala, pesca avanzada y pesca turística; así como las embarcaciones o personas físicas que se dediquen a la pesca deportiva y que utilicen carnada viva, para ser utilizada en sus propias faenas de pesca", sea violatoria de los principios de no regresión, progresividad, precautorio, objetivación tutela científica y derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ello por cuanto debe entenderse que, si bien la norma impugnada eliminó una segunda licencia de pesca, especial para la carnada viva, ello no significa que esa actividad quede sin regulación alguna, porque INCOPESCA, en la licencia que otorga, regula las condiciones, lo cual está facultado por la Ley y su reglamento. No hay regresión, siempre y cuando se interprete, y así se ejecute por parte de INCOPESCA, que las condiciones técnicas para el uso de carnada viva deberán estar expresamente señaladas en la respectiva licencia de pesca (medida de ordenamiento). En el mismo acto administrativo en que se otorga la licencia de pesca, debe el INCOPESCA referirse en concreto a los términos y condiciones para la pesca con carnada viva, tal como lo dispone el art.2.20 de la Ley de Pesca y Acuicultura y en los artículos 5.b y g de su reglamento. Así entonces, no se encuentra inconstitucionalidad alguna, procediendo la desestimatoria de esta acción, tal como en efecto se hace, con la interpretación que se indica. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

## Reconocimiento de las obligaciones de gradualidad y progresividad del derecho internacional ambiental

El voto constitucional 2014-16583 del 8 de octubre de 2014 merece mención aparte; en este, la Sala Constitucional desarrolla las obligaciones de gradualidad y progresividad fundamentándose en el derecho internacional ambiental, específicamente en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs), dejando vedado con ello todo tipo de desmejora regulatoria en esta materia:

Por otro lado, los efectos de la desregulación que se plantea ponen en entredicho las obligaciones internacionales adquiridas por Costa Rica, pues de acceder a la pretensión deducida en la acción, llevaría a este Tribunal a, precisamente, causar un efecto inverso al objetivo del Tratado dado el principio general de la libertad. Véase que la eliminación que se pide podría constituirse infracción una al compromiso de gradualidad que persigue la disminución de los gases COPs junto a los controles de las quemas agrícolas. La anulación de la norma legal implica, en nuestro criterio, todo lo contrario al progreso de las condiciones actuales, revela un contrasentido, si vemos que aun frente a las regulaciones actuales se pueden presentar quemas agrícolas sin licencias, cuando más si no existe del todo, lo que implicaría una verdadera desmejora regulatoria. De este modo, el remedio planteado perjudica más que las desventajas que se dice tienen la continua aplicación de la norma. En consecuencia, la pretensión de los accionantes crea el agravante, que la ausencia de la regulación, haría prevalecer otra libertad, pues lo que no está prohibido está permitido, salvo la aplicación de las reglas civiles y penales cuando se generen daños a la propiedad y al ambiente que podrían ser aplicadas en limitadas condiciones. No siempre el eliminar una norma tiene el efecto de cambiar una determinada conducta social; lo importante es el hecho de anularla del ordenamiento jurídico

cuando en sí mismo, es un mecanismo de cambio social para proteger el ambiente y no la negación de una realidad provocando su deterioro, razón por la cual se reafirma la conveniencia de mantener la función principal del Derecho, de regular mediante autorizaciones administrativas y controlar las actividades de quemas agrícolas lícitas, como también sancionar las ilícitas. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

# 6. Justo equilibrio entre las obligaciones de gradualidad y progresividad del derecho ambiental en relación con el resto de los derechos humanos

En los votos 2014-18836 del 18 de noviembre de 2014 y 2015-5616 del 22 de abril de 2015, la Sala Constitucional dispone una línea jurisprudencial a través de la cual busca equilibrar las obligaciones de gradualidad y progresividad de los derechos ambientales con el fin de no afectar otros derechos humanos, ya sean civiles y políticos, o bien, económicos, sociales o culturales.<sup>5</sup> Al respecto, la Sala Constitucional dispuso en la sentencia 2015-5616:

El principio de progresividad de los derechos humanos. La Sala Constitucional, recientemente, conoció de una consulta legislativa que tenía relación con el Proyecto de Ley de "Desafectación y titulación de la zona fronteriza entre la República de Costa Rica y la República de Panamá", expediente legislativo número 16657, en el cual se sostuvo, mediante la resolución No. 2014-018836 de las dieciséis horas y veinte minutos del dieciocho de noviembre de dos mil catorce, que:

"De conformidad con el principio de no regresividad, la normativa y la jurisprudencia en materia ambiental, no debe ser revisada, si con ello se retrocede en relación con el nivel de protección que ya se había alcanzado en la materia. Con esto, se evita la supresión de la normativa proteccionista o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios a ella que no demuestren ser jurídicamente superiores al

interés público ambiental, pues en la mayoría de las veces, esas regresiones en la protección al ambiente, tienen como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación. De modo tal, que no se ha de afectar los estándares de protección ambiental ya alcanzados, ni derogar o modificar la normativa vigente si con ello se produce una disminución, menoscabo o cualquier otra forma de afectación negativa al nivel actual de protección del ambiente. En esta materia, el camino es hacia adelante, nunca hacia atrás.

Tal criterio, en el contexto que se toma, parece ser absoluto, pero no puede interpretarse de ese modo, porque, por su propia naturaleza, también debe ser relativizado a ciertas condiciones que le sirven, o de precursor o freno, como en efecto la Sala reconoce posteriormente en la sentencia. Por ello, debe reconocerse que existen límites al principio, especialmente cuando se topa con otros de naturaleza constitucional. Así, el procedimiento legislativo estaba ayuno de estudios técnicos y científicos que respaldaran la medida legislativa que se impulsaba en el Poder Legislativo, reflejo de uno de los principios esenciales del derecho ambiental, como es el principio de objetivación. Por ello, la Sala luego de citar la sentencia No. 2006-17126 arriba transcrita llega a la siguiente conclusión:

En el caso del proyecto consultado, la total ausencia de estudios técnicos previos que determinen las consecuencias que sobre el Patrimonio Natural del Estado podría tener la desafectación de la franja fronteriza sur que se pretende, constituye una clara amenaza al medio ambiente, ya que con ello se podría estar permitiendo la tala indiscriminada de bosques y la desaparición de especies de flora y fauna, sin que exista ningún dato objetivo que lo confirme o la descarte. (Véase la sentencia n.º. 2014-018836).

Ciertamente, el principio de progresividad de los derechos humanos impulsa la protección de éstos hacia adelante por parte del Estado, en procura de su desarrollo, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento se hace por

medio de instrumentos internacionales y la legislación nacional, con el fin de garantizar estabilidad a los alcances logrados e imponer racionalidad en la explotación, utilización de los recursos naturales y en la producción de bienes, las que deben venir acompañados de cierta gradualidad, pues no opera sin un apoyo y logística del Estado, mediante recursos y políticas, muchas veces impuestas unilateralmente contra la voluntad de los particulares, especialmente si la medida establecida es razonable y proporcional a los derechos involucrados. Pero uno de los elementos más importantes, es su incremento gradual para no afectar otros derechos individuales y sociales. Los principios del derecho ambiental sirven para integrar y sistematizar esta rama jurídica con las demás ramas del Derecho, donde si bien la balanza normalmente se inclina hacia el avance gradual demanda un ejercicio equilibrado con la guía de los estudios técnicos y científicos. El principio de no-regresión de las conquistas sociales tampoco es absoluto en este campo, tiene -por ejemplo- esos límites, incluso reconocidos por los organismos internacionales de derechos humanos cuando admiten -en limitados casosla posibilidad de que pueden modificarse, restringirse y hasta suprimirse. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 1 de junio de 2009, en el caso Acevedo y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú ha señalado respecto del Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, que:

[...] se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia

a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Es decir, si bien la tesis de los organismos internacionales concibe limitadamente posibilidad de modificar o retroceder en los derechos económicos, sociales y culturales de manera restrictiva, debe haber un interés social y público. La reforma, en efecto regresa el funcionamiento de ciertas calderas a una situación anterior (tomando en cuenta el Ministerio de Salud, por primera vez, a los hornos de tipo indirecto), para no imponer un mayor sacrificio a las empresas, por la carga ambiental que genera su labor productiva. De ahí que el traslado de un principio general de los derechos humanos al derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (no regresividad), no puede exigirse en este caso; solo es plausible siempre y cuando obtenga el respaldo de los criterios técnicos y científicos que acorazan la decisión administrativa, los que, en efecto, fueron producidos y demostrados suficientemente -a criterio de la administración- para sostener la reforma impugnada.

Pero de igual forma, una decisión para mantener la medida ambiental, también requiere de estos criterios, evitando así que las decisiones de la Administración sean arbitrarias, antojadizas o caprichosas, pues, de un lado, a favor, o del otro, en contra, hay intereses y derechos que se involucran en estas decisiones, algunas veces en confrontación unas más que otras, lo que requiere la necesidad que se calibren en beneficio

de la sociedad, sin romper con las expectativas ambientales, porque, prima facie, requiere de cierta seguridad, para mantener los diferentes encadenamientos cuya incidencia, es especialmente social, de los trabajadores, así como en el abastecimiento de azúcares a la población o a los otros industriales. El principio de la no regresividad del derecho ambiental lo podemos expresar, entonces, como el impedimento de que una medida establecida por las autoridades públicas sea contraria a una conquista ambiental, como la consecución de un objetivo ambiental y, por ende, no es procedente su sacrificio cuando no esté sustentado en los estudios técnicos y científicos. Es realmente un principio que impide el retroceso de las conquistas sociales, pero dependerá para modificarlas de la seriedad, fundamentación y solidez de los estudios que le dieron origen, o incluso, por la variación de las circunstancias que le dieron origen, de modo que, al modificarse las condiciones que la ven nacer, los efectos que tienen en la realidad deben también cambiar. De ahí que para reformar las medidas ambientales, la administración requiere de su constatación mediante los criterios técnicos y científicos. Un ejemplo claro de todo ello es el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente. (El texto resaltado en negrilla no corresponde al original).

### 7. Fijación de límites como parámetro de constitucionalidad por omisión

Finalmente, en la reciente sentencia número 2017-5994 del veintiséis de abril de 2017, tal y como la Sala Constitucional lo había hecho en ocasiones anteriores en relación con el principio de no regresividad,<sup>6</sup> por primera vez fija límites al principio de progresividad, especialmente como parámetro de constitucionalidad por omisión. En lo que interesa, la Sala dispuso:

De ahí que se pueda concluir que, no cualquier modificación de la normativa ambiental implica necesariamente una disminución de protección del derecho al ambiente, no toda modificación que no sea lo suficientemente amplia debe interpretarse como una inconstitucionalidad por omisión. Lo deseable no torna en inconstitucional a la norma que no se acerque a ello. En efecto, todas las normas son perfectibles pero el que se acerquen o alejen de un criterio de perfecto o deseable no las hace inconstitucionales.

#### Conclusiones

De los votos constitucionales antes analizados, es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos ambientales, el cual le impone al Estado el deber de brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva, en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todos los estadios de su desarrollo y crecimiento.

Ante esta realidad, el principio constitucional de progresividad se posiciona actualmente como una garantía sustantiva de los derechos humanos ambientales que impulsa su protección hacia adelante por parte del Estado, en procura de su desarrollo, con el fin de brindarles estabilidad a los alcances logrados e imponer racionalidad en la explotación, la utilización de los recursos naturales y en la producción de bienes.

Su aplicación debe ser gradual, en la medida que requiere necesariamente del apoyo y del impulso estatal, a través de políticas, normativas y recursos económicos, y además debe darse en estricta armonía y justo equilibrio con la tutela y la protección del resto de derechos humanos, sean estos civiles y políticos, o bien, económicos, sociales o culturales.

Por último, vale la pena reiterar que, tal y como la Sala lo ha expuesto en reiteradas ocasiones, "En esta materia, el camino es hacia adelante, nunca hacia atrás".

#### Referencias bibliográficas

BERROS, María Valeria y SBRESSO, Luciana. (2012). Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión. En El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles, Editions Bruylant.

BERROS, María Valeria. (2011). Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino, JA,2011-IV, fasc. n.º 13-

PEÑA CHACÓN, Mario. (Editor). El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013.

PEÑA CHACÓN, Mario. (2015). El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica (coordinador), UICN.

PEÑA CHACÓN, Mario. Derecho ambiental efectivo. Programa Posgrado en Derecho, San

José: Universidad de Costa Rica, primera edición, 2016.

PEÑA CHACÓN, Mario. (Coordinador). (2016). Derecho al ambiente en la Constitución Política, alcances y límites. San José, Costa Rica: Editorial Isolma primera edición.

PEÑA CHACÓN, Mario. (2014). Justo equilibrio entre el derecho a un ambiente sano y el resto de los derechos humanos. En Lex, Difusión y Análisis. México, año XIX, número 230, agosto. En Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales (2014). Argentina, número 14, noviembre. Revista Monfragüe Resiliente. (2015). España número 7, volumen IV, enero.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo. (2004). *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

PRIEUR, Michel. (2012). El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles: Editions Bruylant.

#### Notas

- Este mismo criterio fue reiterado por la Sala Constitucional en la sentencia 2016-3855 del 15 de marzo de 2016.
- También puede consultarse el voto constitucional 2017-6340 del 05 de mayo de 2017.
- En aplicación de las facultades otorgadas tanto por la Ley de Jurisdicción Constitucional como por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Constitucional mediante la técnica de las sentencias interpretativas, dispone la interpretación constitucionalmente válida de las normas jurídicas, descarta todas aquellas que considere que violentan las normas, principios, valores y la jurisprudencia constitucionales, o bien afirma expresa o implícitamente la constitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de un texto legal". ARCE GÓMEZ Celin Eduardo, tesis doctoral Sala Constitucional legislador positivo, disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan047691.pdf // Sobre el tema, puede consultarse el artículo de mi autoría denominado: Sentencias interpretativas en materia ambiental, publicado en Lex, Difusión y Análisis. (2014). México, año XIX, número 227-228, mayo-junio; Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. (2014). Argentina, número 13, agosto, y en Révista Innovare. (2015). Honduras, número 2, volumen 3, enero.
- Sobre esta temática, se recomienda al lector remitirse al artículo de mi autoría denominado: Justo equilibrio entre el derecho a un ambiente sano y el resto de los derechos humanos (2014.) publicado en Lex, Difusión y Análisis. México, año XIX, número 230, agosto; en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. (2014). Argentina, número 14, noviembre, y en la Revista, Monfragüe Resiliente. (2015). España, número 7, volumen IV, enero. Al respecto pueden consultarse entre otras las sentencias constitucionales números: 2012-13367, 2015-5616, y 2016-415.

# Entrevistas y Reportajes

### ENTREVISTA AL DR. WILLIAM MOLINARI VÍLCHEZ



Dr. William Molinari Vílchez

Por Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Don William Molinari Vílchez, es Magistrado de la Sala Primera del Poder Judicial y Presidente de la Junta Directiva de la Escuela Judicial. Tiene un doctorado en derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid. Ha ejercido una serie de cargos especialmente dentro de la jurisdicción civil y también se ha desempeñado como abogado litigante. Reconocido profesor de derecho en prestigiosos centros de enseñanza a nivel universitario. Es árbitro de derecho, conferencista en diferentes foros y autor de muchas publicaciones relacionadas con sus especialidades.

A partir del año pasado dentro de sus múltiples funciones, se le nombró como Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Judicial. A usted se le conoce se le conoce como académico muy interesado en temas en este campo. Dentro

de esta perspectiva qué planes y proyectos se propone desarrollar?

En la Corte nosotros tenemos una doble función la jurisdiccional propiamente y la administrativa. Uno pretendería que lo que haga la Escuela sea un tema académico pero para que funcione hay que darle los instrumentos administrativos necesarios para desarrollar su función de la manera más adecuada. Cuando yo acepto el cargo de coordinador del Consejo Directivo, estoy pensando más en lo administrativo a los efectos de que la Escuela Judicial pueda contar con esas herramientas. Lastimosamente debido al tiempo que empleo en las funciones que me corresponden desde que entré a la Corte he tenido que ir renunciando a lo que más me gusta hacer que es el tema de la academia, incluso me gustaría más dedicarme a temas del Código Procesal Civil o sobre los temas de fondo del derecho civil que es en lo que yo soy especialista que estar administrando esta institución, pero es

parte de lo que nos corresponde a nosotros como miembros de la Corte Suprema de Justicia y cuando se me asigna a mí como coordinador eso es lo que me corresponde dentro de la Escuela.

¿Y cómo se pueden mejorar desde el punto de vista administrativo los procesos que se llevan a cabo en la Escuela Judicial?

Desde el punto de vista administrativo pienso que los procesos de la Escuela pueden mejorar y eso no es necesariamente en consideración al tiempo de esos procesos. Cuando los señores de Planificación nos hablan de productividad creo que hablan en función de tiempo de los procesos, de tratar de reducir tiempos con los menores recursos posibles para obtener un producto. Yo no necesariamente pienso en eso,

no sé si planificación y yo coincidimos, pero por lo menos trataré de incidirlo en la medida de lo posible de cuando se esté haciendo todo este proceso de revisión, de reingeniería se piense en realidad en los procesos que nosotros tenemos en la Escuela. Muchas veces para que sean mejores no necesariamente tienen que hacerse de manera más rápida y diría yo en muchos casos muchas de las funciones que hace la Escuela pasan necesariamente por un proceso de análisis, por un proceso reposado, intelectual, lo cual requerimos nosotros fortalecer en alguna medida. Por eso no sé si necesariamente lo que yo dijo coincide con lo que dice Planificación pero tenemos que hacerlo coincidir.

### Pero cuáles proyectos o procesos quiere mejorar en la Escuela Judicial?

Cuando usted me habla de proyectos en la Escuela yo quisiera mejorar procesos en el sentido que le estoy señalando. De alguna forma la organización administrativa se puede para poder darles a las personas que trabajan aquí los insumos necesarios para que esos procesos sean mejores. El hecho de tener ahora la Revista Judicial aguí es parte de eso. De alguna forma la Revista Judicial tiene que significar para la Escuela una vía de fomentar procesos académicos, una vía de fomentar el análisis, el estudio reposado de lo que nosotros como institución hacemos, el análisis incluso de la jurisprudencia, un análisis serio, reposado de lo que los Tribunales de Justicia están haciendo en este país, las Salas de la Corte, los tribunales más altos en general. A mí me gustaría que la Escuela Judicial apoyara el estudio profundo de esa jurisprudencia, de esos cambios tan importantes que se van haciendo, que pueda identificarlos y que pueda retransmitirlos en alguna forma, es parte de esto lo que yo quisiera que identificara planificación para efectos de hacer las cosas mejor.

Uno de los programas más importantes y exitosos que tiene la Escuela Judicial es el FIAJ (Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura). ¿Qué opinión tiene al respecto?

Quisiera apoyar más y que la institución apoyara más el FIAJ, incluso como requisito de ingreso a la carrera judicial, ahorita no es requisito, pero lo quisiera, porque nuestras Universidades aunque formen muy bien no forman para los oficios distintos que tenemos los abogados, talvez se dedica o puntualiza más en algunos, o va más de la mano del oficio que el profesor tiene y eso significa que el estudiantado recibe de todo un poco y cuando el muchacho sale de la universidad como abogado nuevo no necesariamente tiene una visión adecuada de esos oficios, tendrá un poco de todo y no podemos nosotros jugarnos el chance de hacer una función como la que hacemos a partir de una persona que no tiene una formación sólida sobre esta función. Creo que ha hecho bien este Poder de la República de tener un programa como el FIAJ que nos obliga a algo más allá de solo tenerlo como requisito de ingreso de la carrera judicial. Yo quiero apoyar todos los procesos que procuren eso partiendo de que es un requisito para entrar a la carrera judicial, quisiera mejorar los procesos de especialización de la Escuela. Si el muchacho nuevo se forma adecuadamente para ser juez en el FIAJ va a estar mejor preparado para una especialidad en las áreas en las que nosotros tenemos que actuar y lo podemos capacitar para que haga una mejor función jurisdiccional. Esto ligado al proceso que implica el FIAJ, para mí sería fundamental y suficiente dentro de lo que yo quisiera hacer en mi paso por el Consejo Directivo de la Escuela Iudicial.

#### Otro aspecto que le interese mejorar?

Me gustaría mucho mejorar los procesos de comunicación entre los que toman las decisiones en aquello en lo que se debe de capacitar y el Consejo Directivo de la Escuela Judicial, de manera que podamos tener unas políticas más definidas de capacitación porque a veces la Escuela Judicial sirve como lugar en donde las ocurrencias de las distintas personas que de alguna forma administran esta institución consideran que deban ejecutarse en la Escuela Judicial. Yo pienso que hay situaciones de emergencia que

tenemos que abarcar indiscutiblemente, y eso viene de otras ocurrencias detrás de las que está la Asamblea Legislativa o la que está detrás de leyes que se crean de pronto y tenemos que dar capacitación. Creo que podemos determinar una mejor política de la institución en capacitación, acerca de en qué queremos capacitar, por qué queremos capacitar, todo eso ha venido mejorando pero quisiera que mejorara más todavía. Que haya más coordinación.

Cómo califica la labor que ha desempeñado la Escuela Judicial en las capacitaciones a raíz de la reforma laboral y la próxima entrada en vigencia del Código Procesal Civil?

Yo creo que nuestra escuela judicial es un lujo que no se tienen en otros países, creo que tiene una capacidad enorme de dar respuesta a situaciones que de momento se proyectan que hay que ejecutar y además de darlo bien porque además es muy exigente. La Escuela Judicial tiene un grupo de metodólogos, de especialistas, de técnicos que en conjunto exigen un muy buen producto de capacitación cuando se quiere dar una capacitación específica. No me cabe duda que

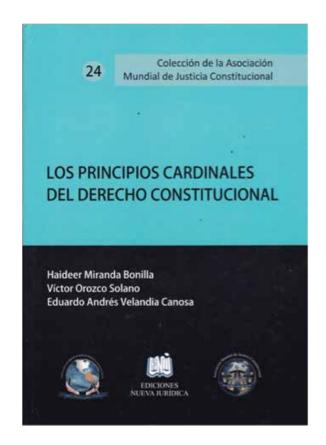
las capacitaciones se están dando dentro de esos parámetros de calidad y con mayor conocimiento de causa en materia civil porque he sido parte de este proceso, con oportunidad de revisar lo que se está implementando y puedo asegurar que es de altísima calidad. Es posible que lo que voy a afirme a algunos no les guste pero es cierto: probablemente en ninguna parte de este país se está dando la clase de capacitación que estamos dando aquí en materia procesal civil para la implementación del nuevo Código. La Escuela cuando se le pide dirige de la mejor manera todos sus recursos para dar una respuesta y así ha sido en este caso, no ha sido la excepción, tan es así que en este momento tenemos capacitados acerca de un 80% del funcionariado que tiene que ver con la materia civil y lo que nos falta es poco para completar la capacitación completa en materia civil. Esto es un esfuerzo y al final cada funcionario tiene que terminar ese esfuerzo y sacar su tiempo para terminar de prepararse, pero yo creo que ha sido una muy buena labor. También lo hizo en materia laboral pero con menos tiempo, por suerte en materia civil hemos tenido una vacatio legis suficiente para prepararnos de la mejor forma.

# Reseña de Libros e Investigaciones

### RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES

#### Obra Colectiva.

La presente obra jurídica colectiva denominada: "Los Principios Cardinales del DerechoConstitucional", coordinada por los profesores Dr. Haideer Miranda Bonilla, Dr. Víctor Orozco y por el jurista colombiano Dr. Eduardo Andrés Velandia Canosa, recoge una serie de aportes de destacados juristas europeos y latinoamericanos tendentes a destacar cuáles son los principios primordiales del derecho constitucional, desde una perspectiva de derecho comparado. De este modo, por el lado europeo, este libro recoge una serie de aportes de los profesores Marc Carrillo, Francisco Javier Díaz Revorio, María Martín Sánchez, Jesús López de Lerma Galán, Lucio Pegoraro, María Elena Rebato Peño, y Roberto Romboli, vinculados con las Universidades Pompeu Fabra, Castilla-La Mancha, Rey Juan Carlos, Bolonia y Pisa, de España e Italia, respectivamente. Además, por el lado iberoamericano, este libro recoge ponencias de juristas colombianos, argentinos, mexicanos y costarricenses, entre ellos, Eduardo Andrés Velandia Canosa, Víctor Bazán, Patricio Maraniello, Laura Alicia Camarillo Govea, Alfonso Herrera, Fernando Castillo V., Rubén Hernández, Enrique Ulate, Haideer Miranda y Víctor Orozco, que fueron agrupados en siguientes apartados: reflexiones sobre los principios del derecho constitucional, los principios constitucionales consustanciales a la



dignidad de la persona y derechos humanos, los principios constitucionales consustanciales al Estado Democrático de Derecho, y los principios constitucionales consustanciales a la tutela internacional de los derechos. El libro fue publicado por la editorial colombiana Ediciones Nueva Jurídica y corresponde al No. 24 de la colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

### COLABORARON PARA ESTE NÚMERO

#### Lic. Alina Guadamuz Flores.

Licenciada en Derecho, UCR. Especialista en Derecho Comercial, SEP-UCR. Investigadora académica en Derecho: Telecomunicaciones, Comercial y Desarrollo Sostenible. Abogada y consultora independiente. Proponente de la Iniciativa Popular Nº 2288, (2016) y Anexo I, (2017).

#### Lic. Karime Rodríguez Lara.

Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Curso de Especialización de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Refugiados de la Universidad La Salle, conjuntamente con la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Abogada de refugio de Consultores y Asesores en Movilidad Humana, consultora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Costa Rica.

#### Lic. Lucía Quesada León.

Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Abogada especializada en Derecho Corporativo y Zonas Francas. Experta en asesoría a empresas locales y transnacionales. Abogada del bufete BLP.

#### Lic. Federico Torrealba Navas.

Profesor de Derecho Privado y Derecho de la Contratación Privada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa casa de estudios.

#### Msc. Jorge Alberto Cabrera Medaglia.

Abogado, especialista en temas ambientales. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Autor de un sin número de publicaciones especialmente en el campo de su especialidad.

#### Msc. Mario Peña Chacon.

Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE).

#### Dr. Guillermo Guilá Alvarado.

Licenciado en derecho por la Universidad Internacional de las Américas. En el 2008 obtiene un doctorado académico en derecho en la Escuela Libre de Derecho. Ha ocupado diferentes puestos en la judicatura, como el Juzgado Civil de Heredia, el Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral del Primer Circuito Judicial de Alajuela. Ha sido profesor universitario en derecho de obligaciones y derecho comercial. Especialista de contenido de la Escuela Judicial. Ha sido miembro de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y de la Comisión Civil del Poder Judicial.

#### Msc. Gustavo González Solano.

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

#### Msc. Alex Rojas Ortega.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación Fernando Soto Harrison para el año 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR.

Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en técnica legislativa por el Congreso de los Diputados de España. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo.

#### Msc. Warren Corrales Castillo.

Abogado asociado senior del Bufete BLP y abogado in-house de Garnier & Garnier; soy máster en derecho empresarial por la UCI, especialista en derecho notarial y registral por la ULASALLE, licenciado en derecho por la UCR y especialista en contratación internacional por la Universidad Carlos Tercero de Madrid y University of Seattle, USA.

#### Msc. Marvin Vargas Alfaro.

Bachiller y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid, España). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Currículum para Revista Judicial 2017

#### Ms.c Juan Diego Elizondo Vargas.

Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tiene una Especialidad en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica y otra Especialidad en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Costa Rica y una Maestría en Abogacía Internacional del Instituto Superior de Derecho y Economía en Barcelona becado por la Fundación Carolina.

#### Msc. Francisco Lemus Viquez.

Licenciado en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (2006); máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España (2016); máster en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia (2017). He fungido como docente en diferentes universidades privadas del país, en cursos de Introducción al Derecho y Procesal Penal. Desde el 2001 trabajo en el Poder Judicial, actualmente me desempeño como Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

#### Lic. Arcelio Hernández Mussio

Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de las Américas. Un extracto de su tesis de licenciatura fue publicado por la Editorial Universidad de Costa Rica bajo el título Hacia una Nueva Cultura de Seguridad Vial en el año 2003. Es abogado litigante y Notario Público desde el año 2001. Tiene estudios superiores en California, donde cursó estudios generales y obtuvo un grado de Asociado en Artes en el año 1992. Es traductor e intérprete oficial del idioma inglés y perito para el Poder Judicial desde el año 2000. Ha sido profesor universitario de Derecho de Familia y ha escrito varios libros y artículos científicos en diversas ramas del Derecho.

#### Lic. Adán L. Carmona Pérez.

Bachiller y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (2008). Egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica (2014). Mediador de la Universidad de Costa Rica – Corte Suprema de Justicia (2004). Estudiante activo de la Maestría en Sociología Jurídico Penal de la Universidad para la Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona y de la Maestría en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad para la Cooperación Internacional. Defensor Público del Poder Judicial de Costa Rica desde el año 2008. Profesor de la Universidad de Latina de Costa Rica. Autor de diferentes artículos (algunos inéditos a la fecha) relacionados con temas de derecho penal, procesal penal, penal juvenil, derechos humanos, política criminal y penitenciaria.

# NORMAS BÁSICAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JUDICIAL

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

#### Definición de la revista

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico o social desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

#### Periodicidad

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben durante los seis meses anteriores a cada publicación semestral. De acuerdo a la fecha de presentación y al procedimiento establecido para la aprobación del artículo se determinará si se publica en la edición de este semestre o en la del siguiente.

#### Formato del artículo

Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.

El tipo de letra utilizado debe ser times new roman 12.

El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta (8 1/2" x 11").

Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen derecho e izquierdo de 2.5 cm.

El artículo tendrá una extensión entre 6 y 20 páginas.

Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista por dicha decisión.

La persona postulante deberá adjuntar debidamente firmada la carta sobre originalidad, autenticidad y derechos de autor, que se encuentra en el sitio web de la revista.

Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.

El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.

Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que corresponden.

Se debe emplear el lenguaje inclusivo y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a).

Los artículos deberán enviarse en formato Word junto con la carta de autoría a: revistajudicial@poder-judicial.go.cr

#### NORMAS CHICAGO O APA

La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre las **normas Chicago (sistema notas al pie) o Apa** o según le resulte más cómodo; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

#### ESTRUCTURA DEL ARTICULO.

#### A. Partes del artículo:

• *Título:* claro y conciso.

- Autor o autora: escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico
- **Resumen:** En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de 120 palabras en letra times 10 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
- *Palabras clave*: 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- *Abstract*: Debe ser exacto al resumen en español. Debe hacerse en inglés.
- Keywords: palabras clave en inglés.
- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía

#### **Procedimiento:**

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras expertas del Poder Judicial o externas en diferentes áreas dependiendo de la temática del artículo. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado o bien si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.

Las personas valuadoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.

#### Aspectos Importantes

1. Con el envío del artículo la persona autora deberá enviar una nota con el siguiente texto e incluir sus datos generales y grado académico para incluirla en la reseña de las personas autoras.

"Este artículo es original e inédito, y no ha sido presentado en ninguna otra revista o medio para su publicación. El documento ha sido elaborado por quien suscribe; y por tanto, no es propiedad ni total ni parcialmente de terceros. Tampoco se han violado normas éticas antes, durante o después de la realización de la investigación. En mi condición de persona autora asumo la responsabilidad legal en el caso de que el material presentado sea copia, quedando la Revista Judicial libre de toda responsabilidad. En consecuencia con lo anteriormente dicho, cedo los derechos de publicación de modo exclusivo a la Revista Judicial".

2. La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial, para lo cual requerirá la revisión de los pares y la aprobación final del Consejo Editorial.