

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En este número aparecen aportes sobre Derecho del Trabajo, Derecho Procesal Administrativo, Derecho Societario, Historia del Derecho, valores anotados en cuenta, título valor electrónico e inversiones desmaterializadas, Derecho Ambiental, franquicias comerciales y sociedades públicas de economía mixta.

El Señor Juez de Trabajo de Mayor Cuantía de Goicoechea, M.Sc. Yuri López Casal, nos presenta su trabajo “La prueba del pago de la jornada extraordinaria. Comentario de la sentencia 281-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia”. Comenta el tema de la redistribución de la carga de la prueba en materia laboral, según la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la cual, anteriormente, sostenía que solamente con prueba documental, aportada por el patrono, era posible demostrar la efectiva cancelación de la jornada extraordinaria. El autor nos informa de la sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que representa la ruptura del criterio tradicional, creado y aplicado por la misma Sala a procesos anteriores, de acuerdo con el cual se trataba de una prueba tasada. En consonancia con lo resuelto por el Tribunal de Puntarenas en su sentencia de segundo grado de las 13:10 horas del 13 de octubre de 2010, la Sala de Casación laboral reconoce que el sistema de valoración probatoria que rige en el Derecho Procesal Laboral es el de la libre apreciación de las pruebas. Afirma que con medios probatorios tales como la confesión y el testimonio, valorados en conjunto y según las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común y la equidad, es perfectamente posible tener por demostrada la cancelación de la jornada extraordinaria que hubiese pretendido el trabajador en sede judicial, de modo que la prueba documental mencionada en los artículos 25, 69, 144 y 176 del Código de Trabajo no es la única prueba con la cual se puede tener por demostrado el pago de la jornada extraordinaria.

El Dr. César Hines, en su artículo “El contencioso de la función pública no es una extensión del procedimiento administrativo disciplinario”, critica la inconstitucionalidad de la reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda que dispone que no es necesario repetir en sede judicial la prueba que ha sido recabada en sede administrativa, lo que constituye una infracción a los principios de independencia funcional de los órganos constitucionales; de igualdad procesal como componente del debido proceso; de control integral y de irrenunciabilidad de las competencias públicas. En su opinión: Tanto la Administración como el destinatario del acto final están en la misma obligación procesal de presentar cada uno su respectiva

prueba para sustentar sus pretensiones, pues la sola reclamación de protección judicial implica una disconformidad con la decisión administrativa, que obliga a la revisión general de lo actuado. Concluye afirmando que la prueba recabada en sede administrativa es una etapa procedimental sujeta al control judicial y no importa lo que se haya dicho o lo que la Administración haya interpretado de lo que se dijo.

“Convocatoria para asamblea ordinaria anual de accionistas. Obligatoriedad y régimen publicitario” es el título de la colaboración del Dr. Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. El objetivo de su trabajo es profundizar algunos aspectos de la convocatoria como etapa de ese proceso establecido para la reunión anual de accionistas. Enfatiza el punto de que uno de los pasos importantes del proceso asambleario es la toma del acuerdo del Consejo de Administración para convocar a la asamblea ordinaria anual. Aclara que la convocatoria tiene la función de dar a conocer los temas por tratar a los que tienen derecho de asistir a la asamblea. De lo anterior se llega a que si no estamos en presencia de una asamblea totalitaria, la omisión de convocatoria puede implicar la nulidad de los acuerdos tomados. En sus conclusiones, el Dr. Barrantes Gamboa sostiene: “La asamblea ordinaria anual deberá realizarse conforme temporalidad fijada al efecto y bajo el proceso asambleario. Para su realización, el socio y aquellos con algún interés, deberán ser convocados por aviso conteniendo orden del día, lugar, hora y fecha de celebración, todo con el fin de conocer al menos del estado de resultados y de la posible declaración y distribución de dividendos, si es que hubiere. Empero, tal situación obliga, en materia registral comercial, a la verificación del respeto por el plazo mínimo de convocatoria, quince días hábiles y no otro inferior pero que si puede ser superior. También, es conveniente que las sociedades anónimas utilicen el mecanismo de doble convocatoria”.

En “Desarrollo Constitucional de Costa Rica 1821-1949”, el Lic. Hernán Esquivel explica que Costa Rica se incorpora al movimiento de constitucionalización del mundo occidental con la promulgación de la Constitución Política de la Monarquía Española, emitida por las Cortes Españolas en Cádiz en 1812, primera constitución que tuvo vigencia en Costa Rica antes de la independencia de España en 1821 y que el denominado Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia, es el primer instrumento de origen constitucional elaborado y promulgado por los costarricenses el 1 de diciembre de 1821, dando lugar a la cadena de constituciones que en igual sentido han tenido vigencia en Costa Rica hasta culminar con la Constitución actual que data de 1949. El Profesor Esquivel sigue los lineamientos que estableció el profesor Carlos José Gutiérrez, al considerar tres etapas del desarrollo constitucional costarricense: La Etapa del Ensayo, La Madurez Constitucional y La Constitución de 1949. Analiza una por una las diversas constituciones explicando sus características.

Bajo el nombre de “Estudio sobre el régimen jurídico del valor anotado en cuenta, título valor electrónico e inversiones desmaterializadas”, a efecto de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a los diversos instrumentos desmaterializados que contemporáneamente ofrece el sistema financiero costarricense, la M.Sc. Anayansy Rojas Chan, con la asistencia de las Licenciadas María Fernanda Roldán Vives y Adriana Casafont Ortiz (en materia de inversiones electrónicas con transmisibilidad condicionada) ha elaborado algunas reflexiones con las que aclara los conceptos y principios que rigen en materia de títulos valores, valores representados por anotación en cuenta, títulos valores electrónicos e inversiones desmaterializadas, así como el régimen legal vigente para cada una de estas categorías. En sus conclusiones considera que de los Principios que de conformidad con la tradicional doctrina mercantil aplican a los títulos valores, la circulación es muy posiblemente el que experimenta mayores transformaciones producto de la tecnología informática. Es evidente -dice- que por razones de seguridad informática e integridad del contenido, la circulación de un valor documentado por medios informáticos requiere de dispositivos electrónicos adicionales: firma y certificado digital. Esto debido a que el entorno electrónico, -sin la adecuada protección-, puede resultar un ambiente mucho más vulnerable que el soporte físico brindado por el papel. Por lo tanto, la construcción de una teoría sobre el título valor electrónico, en su criterio necesariamente conlleva el acompañamiento de la firma y el certificado digital, como mecanismos indispensables para garantizar la identidad del emisor y la autenticación del contenido. En resumen, la regulación establecida por la Ley No 7732 para valores representados por anotaciones en cuenta, aplica para los títulos estandarizados de oferta pública y negociables en una bolsa de valores. Por su parte, tratándose de inversiones electrónicas individuales, actualmente el sistema financiero costarricense ofrece dos modalidades: las inversiones que no utilizan firma y certificado digital que poseen una naturaleza jurídica cercana al título de legitimación electrónico o documento electrónico impropio, en el tanto, que los instrumentos de inversión que se acompañan de los dispositivos electrónicos (firma y certificado digital), al amparo de la Ley No 8454 y el Principio de Equivalente Funcional tienen la condición de título valor individual electrónico.

El M.Sc. Eric Briones Briones, Especialista en Derecho Laboral, en “El impacto de los principios generales dentro de la administración del trabajo”, expone en qué consisten los Principios Generales del Derecho Público y cuál es su papel en el ordenamiento jurídico. Señala, a modo de ejemplo, dos principios generales del derecho enmarcados dentro de lo sustantivo como lo procesal, sean el de transparencia y su correlativo de la publicidad, como el de celeridad y su relación con el de economía procesal. Considera que las sentencias patrias que cobijan los principios tanto sustantivos como procesales, vinieron a provocar un redimensionamiento dentro del ámbito laboral administrativo, en pro de la satisfacción misma de los principios en mención, que en última instancia vienen a ser no solo sus beneficiados

los administrados, sino la Administración misma del trabajo, al poder ejercer su función dentro de un marco normativo de transparencia y celeridad, lo cual por otro lado le genera ser más eficiente y eficaz dentro de su quehacer cotidiano. Explica que este hecho ha tenido especial trascendencia, dentro de la Inspección de Trabajo, como ente en primera instancia llamado a la protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Concluye recordando que con la inclusión de estos principios dentro del ordenamiento jurídico laboral, se vino a compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero, trabajador, hoy llamado “colaborador”, bajo la nueva redimensión de los principios procesales, que vienen a contribuir a hacer dable que se cumplan los sustantivos.

En “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, el M.Sc. Mario Peña Chacón explica que el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas, si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación. El autor expone su fundamento, contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, comenta algunas excepciones al principio.

La Licda. Ana Elena Castillo Chaves, Especialista en Derecho Comercial, en su contribución “Ofertas públicas de adquisición en Costa Rica”, nos enseña que las ofertas públicas de adquisición, constituyen un mecanismo más de toma de control, que el Derecho, específicamente el Derecho Bursátil, se ha preocupado por regular, dada su trascendencia en el ámbito jurídico, financiero y bursátil. Nos explica que, en términos generales, la oferta pública de adquisición consiste en un procedimiento por el cual una persona, física o jurídica, anuncia públicamente (a los accionistas de una sociedad, cuyo capital se encuentra admitido a cotización en una bolsa de valores) su interés de adquirir sus acciones, durante un tiempo determinado y por un precio determinado. Si bien, este instrumento de toma de control, en el ámbito internacional data de varias décadas, en Costa Rica, no es sino hasta la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732, en el año 1990, que se entra a regular esta figura. A su juicio, las ofertas públicas de adquisición son una figura poco desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico dado lo reducido del mercado de

valores costarricense, en comparación con los mercados sofisticados, lo cual constituye, precisamente, la hipótesis comprobada en su investigación. Para ello, la autora desarrolla el concepto y la naturaleza jurídica de las ofertas públicas de adquisición; estudia las partes que participan dentro de una oferta pública de adquisición; identifica los elementos que conforman las ofertas públicas de adquisición; reseña las modalidades o tipos de ofertas públicas de adquisición; analiza el procedimiento establecido en nuestro ordenamiento jurídico para el desarrollo de una oferta pública de adquisición; delimita la noción de *control* en el derecho mercantil costarricense y examina un caso práctico de una Oferta Pública de Adquisición en un mercado desarrollado.

“El Contrato de Franquicia” es el tema desarrollado por el Especialista en Derecho Comercial, Lic. José María Pacheco Fonseca, quien nos da cuenta del desarrollo histórico de este contrato y de su notable crecimiento, sus elementos, características, ventajas y riesgos. Él establece las diferencias entre éste y otros contratos como las licencias de patentes, el *joint venture* y los contratos de distribución. Seguidamente explica los tipos de franquicias, según diversos criterios de clasificación. Nos informa sobre la jurisprudencia existente en el país la cual, primordialmente está referida a violaciones en materia de exclusividad territorial, resoluciones por incumplimientos contractuales (especialmente revocaciones unilaterales sin que exista un derecho contractual potestativo de receso), resoluciones sobre distinciones con otros contratos, fallos sobre materia de competencia y sobre la transmisión efectiva del *know how*, como ocurrió en el reciente caso Merecumbé, además de unas pocas resoluciones sobre la responsabilidad objetiva del franquiciado frente a los consumidores, pero no del franquiciante. Como reflexión final, expresa que este instituto jurídico debe considerarse una alternativa viable y altamente provechosa a disposición del mercado, los empresarios y los consumidores; siempre y cuando las partes estén claras en cuanto a las implicaciones y consecuencias de su alcance.

Recientemente, la Licda. María José Acosta Feoli presentó su brillante tesis de grado sobre el tema “Sociedades públicas de economía mixta: una alianza público privada para la inversión en obra pública”. Por la importancia de su contribución académica única y de gran actualidad, le hemos solicitado elaborar una versión especial de sus ideas para la Revista Judicial. La autora piensa que el país debe buscar la manera más eficiente de financiar y construir obra pública y tal combinación no siempre es fácil de encontrar. Es así como resulta necesario identificar medidas innovadoras y vehículos no tradicionales que viabilicen y promuevan el desarrollo económico, que provean al país de los servicios requeridos y permitan a éste estabilizar sus finanzas. En su opinión, la figura de la alianza público-privada no ha sido altamente explotada en Costa Rica. Su implementación para la inversión en obra pública ha estado limitada

prácticamente a la utilización de la concesión de obra pública. Afirma que la riqueza de las sociedades públicas de economía mixta es que permiten crear modelos tales de asociación entre ambos sectores, que le permite a cada uno, aportar su conocimiento y experiencia en la materia, manteniendo a la vez un esquema claro de control y de rendición de cuentas. Nos indica que las alianzas público-privadas, como bien su nombre lo indica, son coaliciones entre el sector privado y el sector público, nacidas principalmente para un propósito específico; constituyen, sin lugar a duda, un método para aumentar la inversión en obra pública. Sin embargo, su implementación debe ir acompañada de una serie de aspectos fundamentales. Propone crear normativa específica acerca el funcionamiento de la alianza público-privada en el país, la cual debería incluir, entre otras cosas, normas de contabilidad fiscal, normas para la concesión de licencias, especificaciones sobre la construcción de infraestructura pública y lineamientos sobre la prestación de servicios públicos. Enfatiza sus posibilidades en el ámbito municipal. Considera necesario reformar ciertos aspectos de la ley. O, más bien, *regular*, ya que muchos puntos quedaron en el aire. Particularmente, el procedimiento de contratación del socio privado debería de estar más claro; en relación con el capital social de la sociedad, la Ley Reguladora debería de ser más clara y más exigente en este punto. Otro punto que, considera, debería de ser reformado para asegurar cierta imparcialidad en el funcionamiento de la sociedad, es el de los miembros de la Junta Directiva; sería interesante que la Ley diera expresamente esta posibilidad de incluir miembros ajenos –sostiene-.

LA PRUEBA DEL PAGO DE LA JORNADA EXTRAORDINARIA. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

281-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

M.Sc. Yuri López Casal
Juez de Trabajo de Mayor Cuantía de Goicoechea

1. Introducción

En los últimos años la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un interesante y valioso análisis del tema de la carga de la prueba y de su redistribución en el ámbito del Derecho Laboral. Con dicho análisis, la Sala de Casación laboral ha definido a cuál de las partes del contrato de trabajo le corresponde la carga de la prueba de la existencia, modificación o extinción de los derechos laborales propiamente dichos y de otras circunstancias relevantes del contrato de trabajo, según la mayor posibilidad del patrono o del trabajador de tener, ofrecer y aportar la prueba.

En lo que atañe al pago de la jornada extraordinaria, la Sala de Casación laboral ha establecido, según se verá más adelante, el criterio predominante de que sólo con prueba documental, aportada por el patrono, es que es posible demostrar su efectiva cancelación. Con ello, la jurisprudencia laboral ha creado una especie de prueba tasada, sin la cual

el pago de la jornada extraordinaria queda indemostrado y el patrono tendrá que hacerle frente a la cancelación correspondiente, que puede ser muy elevada en algunos casos, pese a que, a través de otros medios probatorios, distintos de la prueba documental, hubiese acreditado en el litigio el efectivo pago de las horas extraordinarias.

En este breve trabajo se pretende exponer las razones por las cuales no existe esa prueba tasada para demostrar el pago de la jornada extraordinaria y cómo en su sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia atempera, de manera afortunada y acertada, el criterio prevaleciente hasta ese momento, según el cual el pago de las horas extraordinarias solamente se puede probar con documentos.

2. El criterio jurisprudencial tradicional sobre la prueba del pago de la jornada extraordinaria.

Entre las múltiples sentencias emitidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de

Justicia sobre la necesaria demostración del pago de la jornada extraordinaria con prueba documental, se encuentra el voto número 468 de las 10:42 horas del 26 de marzo de 2010. En ese veredicto, se resolvió lo siguiente:

“V.-SOBRE LOS ERRORES DE VALORACIÓN ALEGADOS: La recurrente reprocha que no se valoró la tesis de la demandada sobre el pago de las horas extra reclamadas por el actor, lo cual quedó demostrado –según su criterio- con la contestación de la demanda, la testimonial y las planillas de la Caja Costarricense de Seguro Social que constan en autos. No obstante lo expuesto, analizadas las pruebas aportadas a los autos, la Sala concluye que el pago alegado no ha quedado debidamente acreditado. En el desarrollo de las cargas procesales en materia probatoria se ha establecido que al empleador le corresponde demostrar el pago del salario, estableciéndose que la prueba documental es la más adecuada para acreditar el cumplimiento de esa esencial obligación, sin perjuicio de que se valoren otros elementos de prueba, según las reglas de valoración que se desprenden del numeral 493 del Código de Trabajo. En cuanto a la jornada extraordinaria, se ha señalado en forma reiterada que el empleador está obligado a llevar los registros correspondientes al pago de los salarios ordinarios y de lo que corresponda por jornada extraordinaria. A ese tenor, el artículo 69 del Código de Trabajo, en forma expresa, señala que: “Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son

obligaciones de los patronos: a) *Enviar dentro de los primeros quince días de los meses de enero y julio de cada año al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, directamente o por medio de las autoridades de trabajo o políticas del lugar donde se encuentre su negocio, industria o empresa, un informe que por lo menos deberá contener:* 1) *Egresos totales que hubiere tenido por concepto de salarios durante el semestre anterior, con la debida separación de las salidas por trabajos ordinarios y extraordinarios...*” (énfasis agregado). Ese numeral necesariamente debe relacionarse con lo regulado en el artículo 144, que indica: “Los patronos deberán consignar en sus libros de salarios o planillas, debidamente separado de lo que se refiera a trabajo ordinario, lo que a cada uno de sus trabajadores paguen por concepto de trabajo extraordinario” (énfasis agregado) (en igual sentido, véase también lo dispuesto en el numeral 176 ídem). Consecuentemente, si la parte accionada, estando en posibilidad de cumplir con esas disposiciones, no hizo llegar al expediente el denominado libro de salarios ni las respectivas planillas, no podría ahora venir a alegar que los juzgadores de las instancias precedentes incurrieron en los errores de apreciación de la prueba y la aplicación de la ley, que ha reprochado. No puede valerse la parte recurrente de su propia incuria y apostar a su alegada “libertad probatoria” en detrimento de disposiciones de orden público que imponen al empleador la obligación de registrar documentalmente el salario de sus trabajadores con la debida especificación de lo correspondiente a

trabajo ordinario y extraordinario (sentencias nos. 412 de las 9:50 horas, del 4 de julio y 662 de las 10:30 horas, del 12 de setiembre, ambas de 2007, y 987 de las 10:10 horas, del 21 de noviembre de 2008). Como esto es así, la accionada debió contar con la documental referida, sin pretender suplirla con prueba testimonial, que a la postre, ante aquella ausencia, provoca dudas más que razonables en el ánimo del juzgador a los efectos de tener por establecidos los argumentos de la contestación acerca del pago al demandante de la jornada extraordinaria pretendida. Véase que incluso la testigo respecto de la cual se hace el reproche, la señora S. G. C., lo que expresó fue: “No sé el monto exacto, pero tenía un salario mayor al mínimo de ley para respaldar el pago de las horas trabajadas de más, al trabajador en este caso, el demandante, al igual que el resto de los trabajadores se les informaba al momento de la contratación que el salario estaba compuesto por el salario mínimo legal y el resto que se les cancelaba era por el exceso de horas laboradas en el horario que se le ordenaba cumpliera. En la oferta de servicios que llenó el actor, al igual que el resto de los trabajadores, se les explica y estipula el horario normal que iba a desempeñar, normalmente de lunes a viernes en jornadas de doce horas...” (sic) (folio 33 vuelto), sin embargo, la Sala extraña la prueba sobre aquella información suministrada, según la deponente, al momento de la contratación (véase al efecto los numerales 24 y 25 del Código de Trabajo). Por otra parte, con fundamento en las normas citadas así

como en los artículos 24 y 25 del Código de Trabajo y 317 del Procesal Civil, debe decirse que tampoco encuentra respaldo probatorio la afirmación de la demandada respecto a que el salario pactado incluía el pago de las horas extra, pues no consta en autos que se haya estipulado o pactado una determinada remuneración con la cual se tuviera por cancelada la jornada ordinaria y extraordinaria, ni que el salario convenido comprendiera aquellos rubros, lo que perfectamente pudo demostrar la empleadora y no lo hizo, con comprobantes salariales en donde se consignara esa situación; con el contrato de trabajo suscrito entre las partes (véase al efecto los citados numerales 24 y 25 ídem) o con cualquier otro documento idóneo, razón por la cual los emolumentos pagados al demandante y que sobrepasaron los mínimos establecidos en los respectivos períodos laborados, han de tenerse, conforme lo hicieran los órganos de las instancias precedentes, como los estipulados por las partes para la jornada ordinaria, por lo que no se puede abonar al pago de las horas extra el excedente cancelado al actor por encima del salario mínimo (al respecto, véase las sentencias de esta Sala nos. 1085 de las 10:10 horas, del 24 de noviembre; 1097 de las 9:10 horas, del 30 de noviembre y 1158 de las 9:40 horas, del 22 de diciembre; todas de 2006, y 412 de las 9:50 horas, del 4 de julio de 2007).

3. El génesis de la sentencia número 281-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia: La sentencia de segunda instancia

dictada por la Sección Civil y Laboral del Tribunal de Puntarenas a las 13:10 horas del 13 de octubre de 2010.

La sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011 dictada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el trabajador contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Sección Civil y Laboral del Tribunal de Puntarenas a las 13:10 horas del 13 de octubre de 2010.

Los agravios de apelación que expuso el trabajador contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Sección Civil y Laboral del Tribunal de Puntarenas consistían, en lo esencial, en que solamente con prueba documental era posible acreditar la efectiva cancelación de la jornada extraordinaria. En ese orden de ideas, al igual que lo expuso la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia número 468-2010, el apoderado especial judicial de los trabajadores manifestó, en su recurso vertical contra la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal de Puntarenas, lo siguiente:

“a menos que existan documentos que comprueben la cancelación del tiempo extraordinario, el salario cancelado a los trabajadores debe ser considerado como ordinario y como no existe el reporte patronal a que hace referencia el artículo 69 del Código de Trabajo entonces no queda debidamente demostrado que a los actores se les haya cancelado jornada extraordinaria de la

manera en que lo alegaron los demandados, es decir, mediante la cancelación de una suma adicional superior al mínimo legal. (...) Tampoco consta de acuerdo al artículo 144 del Código de Trabajo que los demandados hayan establecido la debida separación de lo pagado por salario ordinario y extraordinario, como también era su obligación, pues, de los comprobantes de pago aportados no se extrae ningún tipo de desglose, lo cual demuestra, sin lugar a dudas, que en el caso de los actores nos encontrábamos ante un salario ordinario, no un salario compuesto por el mínimo y las horas extras”.

Con voto de mayoría, redactado por el autor de este ensayo, el Tribunal de Puntarenas desestimó esos agravios de apelación expuestos por el apoderado especial judicial del trabajador de la siguiente manera:

“1) El primer agravio de apelación no puede ser acogido porque la mayoría del Tribunal considera que la demostración o acreditación del pago de la jornada extraordinaria no necesariamente debe probarse con prueba documental, cual si se tratara de una prueba tasada, sino que, por el contrario, puede perfectamente probarse con cualquier otro medio de prueba de los que establece el artículo 318 del Código Procesal Civil, aplicable a la materia laboral por disposición del numeral 452 del Código de Trabajo y siempre y cuando el Juez valore la prueba de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología y exponga, de

manera fundamentada, su proceso intelectual de valoración de la prueba con base en las reglas antes mencionadas. Se afirma lo anterior porque el sistema de valoración de la prueba que rige en materia laboral no es el sistema de la prueba tasada o tarifa legal (al respecto ver **Devis Echandía, Hernando. Compendio de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires, año 2000, página 64 y siguientes**), sino que, por el contrario, el sistema de valoración de la prueba que informa al Derecho Procesal laboral costarricense es el que se llama "**sistema de la libre apreciación de las pruebas**", que se caracteriza, en lo esencial, porque los hechos controvertidos del proceso pueden ser probados por cualquier medio de prueba, siempre y cuando, claro está, los Jueces aprecien esas pruebas de acuerdo con las reglas de la lógica, la psicología y las máximas de la experiencia y expongan, de manera fundamentada, las razones por las cuales las pruebas evacuadas en el litigio sí tienen o no tienen la virtud de tener por acreditados los hechos en que se basa la demanda y los hechos en los que descansan las excepciones interpuestas por el demandado. El sistema de la libre apreciación de las pruebas tiene su fundamento normativo en el artículo 493 del Código de Trabajo el cual fue analizado e interpretado por la Sala Constitucional, con efecto erga omnes, de la siguiente manera: "V. DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA. El artículo 493 impugnado dispone: "Salvo disposición expresa en contrario de este Código, en la sentencia se

apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas de Derecho Común; pero el Juez, al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en funde su criterio." Lleva razón la representación de la Procuraduría General de la República al concluir que de la norma transcrita es imposible derivar una autorización para que los jueces laborales violen los derechos o normas constitucionales, por cuanto únicamente se establece el poder jurisdiccional de apreciar la prueba en conciencia, estableciendo dos supuestos en la que ésta resulta legítima: a) en el tanto no se esté en la hipótesis de que de conformidad con el ordenamiento jurídico ello resulte expresamente prohibido; y b) que cuando se haga sea en forma fundamentada, sea en el principio de equidad o de cualquier naturaleza. De esta manera, la apreciación de la prueba en conciencia no implica resolver en forma arbitraria, por cuanto todo juez -como funcionario público que es- se encuentra sujeto al principio de legalidad, el cual constituye un imperativo de adecuación de la acción pública, no sólo de las normas específicas sobre un objeto determinado, sino a todo el bloque de legalidad; por lo que no puede fallar con desprecio de los principios y derechos constitucionales, ya que está limitado por las reglas de la sana crítica y principios de razonabilidad, que debidamente aplicados conducen a la armonía de la apreciación jurisdiccional con la Constitución Política, tal y como lo entendió esta Sala en sentencia 3484-94, de las doce horas del

ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, en que determinó que las facultades de los jueces de apreciar la prueba en conciencia no resultan contrarias a la obligación del juez de fundamentar sus fallos, principio constitucional que integra el debido proceso: "IV.- Sobre la valoración de la prueba, establece el artículo 26 de la Ley que se cuestiona [Ley de Notariado]: "En la calificación de las probanzas tendrá el Tribunal dicho amplia libertad de apreciación y no estará obligado a sujetarse a las reglas de la prueba común. Si llegare a tener la convicción de que es cierto el cargo acusado, impondrá la corrección que corresponda ...". Este artículo no establece un sistema de íntima convicción, como lo alega el accionante, sino el de la libre apreciación de la prueba o libre convicción, que implica que todo se puede probar y cualquier medio probatorio lícito, sistema de apreciación que no resulta inconstitucional, máxime si tomamos en cuenta que en todo proceso administrativo, la prueba que sirva de fundamento a la resolución debe ser legal, valorada racionalmente y la resolución tiene, en todo caso, que estar debidamente fundamentada. La libertad probatoria que establece el artículo 26 no es irrestricta, todo medio de prueba que se considere en el procedimiento, se analizará de conformidad con criterios de razonabilidad y con las reglas de la sana crítica. Sobre este tema, la Sala precisó: "El principio de valoración razonable de la prueba: El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, el juzgador, el cual tiene la potestad y obligación de valorar

la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso." (sentencia número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.). Si bien tal sentencia se refiere al procedimiento penal, lo cierto es que los principios que allí se expresan son plenamente aplicables al proceso sancionatorio administrativo. En consecuencia, el párrafo último del artículo 26 que se cuestiona no es inconstitucional, siempre y cuando se interprete que el procedimiento que se aplique respete los contenidos mínimos del derecho de defensa y que la interpretación de la prueba se sujete a los criterios de la sana crítica y se fundamenten las conclusiones." VI. De esta manera, lejos de afectar un derecho constitucional, establece un presupuesto procesal formal para garantizar precisamente el debido proceso: el de fundamentar la

apreciación de la prueba que permitirá al eventual agraviado su defensa en relación con lo que es objeto de su perjuicio y al órgano superior hacer un examen justo de los autos que sean elevados a su conocimiento. Asimismo, cabe señalar que este principio es una manifestación de la aplicación del principio protector que rige la jurisdicción laboral, y que se concreta en el principio "indubio pro operario", que se justifica en virtud de la desigualdad básica que se da entre las partes -patrono/trabajador-, no sólo por la relación de subordinación en que se halla el trabajador, sino, fundamentalmente por la natural disponibilidad de los medios de prueba que tiene el empleador, la cual contrasta sensiblemente con la dificultad del empleado en este aspecto. Debe hacerse la advertencia que lo que sí resulta contrario al orden constitucional es el fallar en conciencia y con total prescindencia de los demás elementos de convicción, tal y como lo señaló esta Sala en sentencia de constitucionalidad número 5546-95, de las quince horas seis minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad" (**Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 4448 de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996. En el mismo sentido ver Artavía Barrantes,**

Sergio. Derecho Procesal Civil. Tomo III. San José, 2005, páginas 252 y 253). De acuerdo con el procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, el sistema de la libre apreciación de la pruebas se caracteriza porque "la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología y no arbitraria, requisitos que no es necesario exigirlos expresamente" y porque "ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo, para cumplir con los requisitos de publicidad y contradicción, que forman parte de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa" (**Devis Echandía, Hernando. op. cit., página 68**). La mayoría del Tribunal considera, de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, que con la interpretación que hizo la Sala Constitucional con respecto al numeral 493 del Código de Trabajo mediante su voto número 4448 de 1996, quedó claro y definido, con efecto erga omnes, que el sistema de valoración de la prueba que rige en el Derecho Procesal Laboral costarricense es el de la libre apreciación de las pruebas, con las características antes descritas y no el sistema de la prueba tasada o de la tarifa legal que es aquél que se caracteriza por tener una escala preestablecida de valor para cada uno de los medios probatorios que sean incorporados al proceso, de modo que para acreditar o desvirtuar un hecho es indispensable que se cuente con un medio de prueba que la ley ha tipificado. Si se lee y analiza el texto del primer agravio de apelación de los actores, claramente se colige que ellos apoyan la

aplicación de un sistema de prueba tasada o de tarifa legal con respecto a la demostración del pago de la jornada extraordinaria pretendida en la demanda, ya que claramente manifestaron, con base en los artículos 69 y 144 del Código de Trabajo, que "a menos que existan documentos que comprueben la cancelación de tiempo extraordinario, el salario cancelado a los trabajadores debe ser considerado como ordinario". La mayoría del Tribunal no está de acuerdo con la argumentación expuesta por el mandatario especial judicial de los actores en el primer agravio de su recurso de apelación. Esto por cuanto ninguno de esos artículos puede considerarse, realmente, como ejemplos de prueba tasada dentro del Derecho Laboral costarricense. Esto por lo siguiente: **a) El artículo 69.a.1) del Código de Trabajo** no puede considerarse como una norma jurídica de índole probatoria, con base en la cual pueda extraerse la conclusión de que solamente si se elabora el informe de egresos totales que hubiera tenido el patrono por concepto de salarios durante el semestre anterior, con la debida separación de las salidas por trabajos ordinarios y extraordinarios, entonces se puede tener por probado el pago de jornada extraordinaria y si no se hizo ese informe, entonces el pago de la jornada extraordinaria queda indemostrado. Por el contrario, el numeral 69.a.1) del Código de Trabajo se encuentra incluido dentro del capítulo V del Título II del Código de Trabajo denominado "De las obligaciones de los patronos y de los trabajadores" y lo que contiene ese Capítulo

solamente son un conjunto de **deberes contractuales accesorios** a las dos obligaciones principales del contrato de trabajo que, como bien se sabe, son: la prestación personal de servicios (obligación principal que el contrato de trabajo le impone al trabajador) y el pago del salario (obligación principal que el contrato de trabajo le atribuye al patrono). Basta con seguir leyendo la enumeración de los incisos que contiene el numeral 69 del Código de Trabajo para darse cuenta, como así lo interpreta la mayoría del Tribunal, que la finalidad de esa norma es dejar regulados otros deberes contractuales, adicionales a las obligaciones principales que dimanan del contrato de trabajo, que tanto el patrono como el trabajador deben cumplir con el fin de que la ejecución del contrato alcance los fines programados por las partes que lo celebraron (**con respecto al concepto, tipos y finalidad de los deberes contractuales accesorios ver López Casal, Yuri. Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones. En: Revista Judicial No. 95, marzo de 2010, páginas 59 a 92**). De esta manera queda demostrado que, contrario a lo que sostiene el apelante, el deber patronal de enviar el informe al Ministerio de Trabajo con la información sobre los egresos totales que hubiere tenido por concepto de salarios durante el semestre anterior, con la debida separación de las salidas por trabajos ordinarios y extraordinarios, no es una norma procesal de índole probatorio que tenga la virtud de erigirse, interpretarse y aplicarse como una prueba tasada para demostrar el pago de

jornada extraordinaria, sino que, simple y llanamente, se trata de **un deber contractual accesorio de información** que la ley le impone al patrono. Es más, la única sanción que la ley laboral le impone al patrono por omitir cumplir con el deber contractual accesorio de información regulado en el artículo 69.a.1) del Código de Trabajo no es la imposibilidad jurídica de poder demostrar el pago de la jornada extraordinaria sino que consiste, únicamente, en la imposición de una multa o en la posibilidad de ser acusado penalmente con base en el artículo 426 del Código Penal. Así se desprende claramente del párrafo penúltimo de ese mismo artículo 69 del Código de Trabajo, el cual dice lo siguiente: "En caso de renuencia en el suministro de dichos datos, el patrono será sancionado con multa de cincuenta a cien colones; y si se tratare de adulteración maliciosa de los mismos, las autoridades represivas le impondrán la pena que expresa el artículo 426 del Código Penal". En definitiva, con los argumentos antes mencionados, derivados de una correcta y fiel interpretación de los alcances del artículo 69.a.1) del Código de Trabajo, claramente queda demostrado que esa norma, en ningún momento, puede considerarse como un ejemplo de prueba tasada tal que si el patrono omitiese rendir el informe al Ministerio de Trabajo con toda la información que allí se exige, entonces el empleador queda completamente imposibilitado de poder demostrar, con otros medios de prueba, el pago de la jornada extraordinaria. Por lo demás, la mayoría del Tribunal considera que para que un determinado medio probatorio pueda considerarse como ejemplo auténtico de prueba tasada, es menester que se trate, en primer lugar, de una norma procesal de naturaleza probatoria (no una norma sustantiva, como acontece con los artículos 69 y 70 del Código de Trabajo, que contienen deberes contractuales accesorios del contrato de trabajo) y, en segundo lugar, que su contenido, sea expreso o tácito, permita inferir, sin género de duda alguna, que la voluntad del legislador fue restringir la demostración de un hecho con un específico medio de prueba excluyente de otros. Verdaderos ejemplos de las pocas pruebas tasadas que subsisten en el Ordenamiento Jurídico costarricense son los artículos 351 párrafo primero del Código Procesal Civil, que expresamente dispone que "No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación. En todo caso, toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado" y los numerales 353 y 371, ambos, también, del Código Procesal Civil. Realmente basta con leer el contenido de esas tres normas pertenecientes al Derecho Procesal Civil para percatarse de que no hay duda alguna que se trata de ejemplos irrefutables de pruebas tasadas. El artículo 69.a.1) del Código de Trabajo no es una norma procesal de índole probatorio ni tiene un contenido similar al de los artículos 351, 353 y 371, todos del Código Procesal Civil, tal que permita arribar a la

conclusión de que se trate de un ejemplo de prueba tasada que exija, inexorablemente, la prueba documental como único medio de prueba para poder demostrar o acreditar el pago de la jornada extraordinaria. Como conclusión, contrario a lo que sostiene el recurrente, el artículo 69.a.1) del Código de Trabajo no es un ejemplo de prueba tasada que permita colegir que solamente con prueba documental es que puede demostrarse el pago de la jornada extraordinaria. **b) El numeral 144 del Código de Trabajo**, al cual el apelante, con base en el voto 762 del 2004 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, también le atribuye la característica de ser un ejemplo de prueba tasada para poder tener por demostrado, únicamente con base en los libros de planillas o de salarios (prueba documental), el pago de jornada extraordinaria, realmente tampoco es una norma de índole procesal que exija la prueba documental como el único medio de prueba mediante el cual se podría acreditar la cancelación de horas extraordinarias. Al igual que sucede con el numeral 69.a.1) del Código de Trabajo, el numeral 144 del Código de Trabajo no es una norma procesal, ni siquiera de naturaleza probatoria o relacionada con el quehacer probatorio sino que, por el contrario, se trata de una disposición normativa general contenida en el Capítulo II del Título III del Código de Trabajo intitulado "De las jornadas, de los descansos y de los salarios". El pluricitado artículo 144 del Código de Trabajo se limita a indicar la obligación de los patronos de consignar en sus libros de salarios o planillas, debidamente separado de lo que se

refiera a trabajo ordinario, lo que a cada uno de sus trabajadores paguen por concepto de trabajo extraordinario. Como puede observarse, esa norma no contiene ninguna sanción o efecto jurídico en el ámbito del quehacer probatorio de las partes inmersas en un proceso judicial. Es decir, al igual que sucede con el artículo 69.a.1) del Código de Trabajo, la mayoría del Tribunal considera que para que un determinado medio probatorio pueda considerarse como ejemplo auténtico de prueba tasada, es menester que se trate, en primer lugar, de una norma procesal de naturaleza probatoria y, en segundo lugar, que su contenido, sea expreso o tácito, permita inferir, sin género de duda alguna, que la voluntad del legislador fue restringir la demostración de un hecho con un específico medio de prueba excluyente de otros, tal y como sucede, a guisa de ejemplo, con los artículos 351 párrafo primero, 353 y 371, todos del Código Procesal Civil. Para la mayoría del Tribunal, es evidente que el artículo 144 del Código de Trabajo no sólo no es una norma procesal de índole probatorio sino que, además de eso, de su contenido no se desprende ni puede concluirse, en forma expresa ni en forma tácita, que el libro de salarios o planillas sea el único medio de prueba mediante el cual el patrono puede probar la cancelación de la jornada extraordinaria. A lo sumo, el único efecto jurídico que podría aplicarse al incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Trabajo sería la sustanciación de un proceso judicial de infracción a las leyes de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por

los artículos 608 y 617, ambos del Código de Trabajo. Definitivamente los artículos 144 y 176, ambos del Código de Trabajo, no contienen siquiera una redacción semejante a los verdaderos y auténticos ejemplos de pruebas tasadas contenidos en los artículos 351 párrafo primero, 353 y 371, todos del Código Procesal Civil, ni tampoco contemplan, como efecto jurídico, que su incumplimiento acarree la imposibilidad de demostrar el pago de la jornada extraordinaria mediante otros medios de prueba. Como conclusión, tampoco los artículos 144 y 176 del Código de Trabajo son ejemplos de pruebas tasadas, de los cuales pudiese válidamente interpretarse que, sin los documentos a que hacen referencia esas normas, el patrono no puede demostrar el pago de la jornada extraordinaria. La mayoría del Tribunal sabe perfectamente que los argumentos que integran el primer agravio del recurso de apelación de los actores han sido avalados por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (al respecto ver el voto número 468 de las 10:42 horas del 26 de marzo de 2010). No obstante, los Jueces que firmamos este voto de mayoría consideramos, con todo respeto, que no sólo por todas las razones que hasta ahora hemos expuesto, los artículos 69.a.1), 144 y 176, todos del Código de Trabajo, no son ejemplos auténticos de normas de tipo procesal probatorio que tipifiquen auténticos ejemplos de pruebas tasadas sino que, además de eso, consideramos que la interpretación que ha hecho la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de esos numerales se opone al

sistema de valoración de la prueba que rige en materia laboral (es decir, el "sistema de la libre apreciación de las pruebas") y a la interpretación vinculante que hizo la Sala Constitucional en su voto 4448-96 con respecto al artículo 493 del Código de Trabajo. Por otra parte, la mayoría del Tribunal aprueba, en todos sus extremos, la valoración probatoria y lo que dispuso el señor Juez A quo con respecto al extremo petitório de reajuste de pago de jornada extraordinaria pedido por ambos actores. Con respecto a esta otra temática es preciso hacer las siguientes precisiones: **1) En primer lugar**, como bien lo descubrió el señor Juez A quo, de la manera en que está formulada la pretensión de la demanda (folio 48 vuelto), claramente se desprende que al haber pedido los actores la cancelación del reajuste de las horas extraordinarias, ello debe interpretarse como el reconocimiento y confesión espontánea, por parte de los demandantes, en el sentido de que los demandados sí les cancelaron una parte del total de las horas extraordinarias que los actores consideraron que no se les había pagado. La mayoría del Tribunal aprueba, en este sentido, el razonamiento del señor Juez A quo, visible a folio 235, que dice: "en la propia pretensión de la demanda se solicita el pago resultante del ajuste de las horas extras, esto se interpreta como la diferencia resultante de lo cancelado con lo que en realidad debieron de haber recibido los actores por la totalidad de las horas extras laboradas mensualmente y en caso de que lo recibido sea inferior a lo que debió haberseles cancelado, se están en

la obligación legal de velar que las demandadas se ajusten a lo que la normativa tiene establecido". De lo transcrito, la mayoría del Tribunal concluye que los actores saben perfectamente que sí se les canceló horas extraordinarias y de la manera en que solicitaron su pago (ver folio 48 vuelto), concordamos con el señor Juez A quo en cuanto a que lo que había que dilucidar en sentencia era si las horas extraordinarias que ciertamente se les pagó era todo lo que les correspondía por ese concepto o si, por el contrario, solamente era una parte de lo que se les adeudaba y, debido a ello, era necesario concederles una suma adicional que, en definitiva, no les fue cancelada por parte de los demandados. La forma en como fue redactada la petitoria de la demanda no sólo fija el ámbito de decisión al cual están sujetos los Jueces sino que, además de ello, al tratarse de una manifestación de conocimiento y de voluntad que proviene de los mismos actores, ello hace que pruebe contra ellos, por tratarse de una auténtica confesión espontánea en los términos en que lo establece el artículo 341 párrafo primero del Código Procesal Civil. Este primer aspecto constituye, entonces, una primera prueba de que los demandados sí le cancelaron a los actores una parte del total de la jornada extraordinaria insoluta; **2) En segundo lugar**, de las declaraciones testimoniales vertidas por los señores M. A. N. y M. L. Q., claramente se colige, sin duda alguna, que a los actores siempre les canceló parte de la jornada extraordinaria que laboraron mediante el

pago del salario mínimo legal más una suma adicional que correspondía, precisamente, a la jornada extraordinaria laborada por los demandantes en cada momento histórico. Ambos testigos declararon de manera coherente, clara, veraz, detallada, sin que se note el más mínimo indicio de complacencia y parcialidad para con los demandados, situaciones que, por el contrario, sí se dieron con respecto a los testigos de los actores, quienes se dedicaron a dar versiones completamente complacientes y parcializadas a favor de ellos tomando en cuenta lo que los demandantes confesaron cuando absolvieron los respectivos pliegos de preguntas. Asimismo, de la prueba confesional rendida por los actores se colige que éstos reconocieron y contestaron afirmativamente la pregunta que se les hizo a ambos sobre si el salario que se les pagó siempre estuvo por encima del mínimo legal. Al valorar la totalidad de la prueba en conjunto, de conformidad con las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, claramente es posible concluir, según las confesiones de los actores y las declaraciones testimoniales de los testigos de la parte demandada, que el exceso que los demandados les pagaban a los actores por encima del salario mínimo legal correspondía a jornada extraordinaria. De este modo, el simple hecho de que los comprobantes de pago aportados por los actores, visibles a folios diez a doce y catorce a veintiocho, no indicaran el desglose de los salarios devengados por ellos en ordinarios y extraordinarios no significa, de ninguna

manera, que no se les haya pagado jornada extraordinaria ni que los importes dinerarios estampados en esa prueba documental signifique que los patronos solamente les hubiesen pagado el salario ordinario. Al haber, en este caso concreto, un principio de prueba por escrito (los comprobantes de pago antes mencionados), la prueba testimonial sí sería idónea y tendría eficacia probatoria para tener por demostrado el pago parcial de la jornada extraordinaria reclamada por los actores de conformidad con lo dispuesto por el artículo 351 párrafo tercero inciso 1) del Código Procesal Civil, que claramente establece que "la prueba testimonial será admisible para comprobar actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor mayor al indicado y para comprobar las convenciones que haya habido entre las partes". Esta norma es perfectamente aplicable a la materia laboral, con base en lo dispuesto por el numeral 452 del Código de Trabajo y muestra, fehacientemente, cómo en un caso como éste, en el cual hay principio de prueba por escrito, es perfectamente válido acudir a la prueba testimonial para demostrar el acuerdo de voluntades que hubo entre los actores y los demandados consistente en que el pago de la jornada extraordinaria se haría mediante el pago del salario mínimo legal para el puesto de oficial de seguridad más una suma adicional sobre ese mínimo legal. Lo antes indicado demuestra, también, que es equivocado afirmar o sostener que el pago de la jornada extraordinaria solamente se puede hacer con prueba documental a tenor de lo dispuesto

por los artículos 69.a.1), 144 y 176 del Código de Trabajo. Por lo demás, contrario a lo manifestado por el apoderado de los actores apelantes, la jurisprudencia costarricense sí ha admitido la posibilidad de que el pago de las horas extraordinarias se haga de la forma en como lo hicieron los demandados de este asunto, es decir, mediante el pago de una suma de dinero adicional al salario mínimo legal pagado a los trabajadores. Al respecto, **la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 205 de las 10:30 horas del 10 de febrero de 2010, indicó: "IV.- HORAS EXTRA:** En los estadios precedentes se tuvo por acreditado un salario semanal de ₡55.000 durante toda la relación laboral, con lo que las partes se mostraron conformes. Igualmente, se consideró que la jornada semanal del accionante era de 60 horas (de lunes a viernes, de 6 de la mañana a 6 de la tarde), de las cuales 48 eran ordinarias y 12 extraordinarias, razonamiento que no fue objetado por los contendientes, razón por la cual esta Cámara partirá de las mismas premisas. En la demanda se reconoció que las horas extra sí eran canceladas, solo que a tiempo sencillo y no a tiempo y medio como lo ordena el artículo 139 del Código de Trabajo, que reza: "El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a estos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a estos

que se hubieren estipulado (...). Por ello, se exigió el pago de ese 50% restante correspondiente a todas las horas extra laboradas durante la relación laboral (3.744 en total). En la contestación de la demanda se arguyó que el sueldo semanal percibido por el demandante, muy superior al mínimo legal, cubría 48 horas a tiempo sencillo y 12 a tiempo y medio, por lo que no se adeudaba suma alguna por ese concepto. Lleva razón el señor R. R. en sus alegatos. Revisado el Decreto Ejecutivo n° 34.114-MTSS, que fijó los salarios mínimos para el primer semestre de 2008 (en el que tuvo lugar la terminación de la relación laboral), se observa que el sueldo mínimo para un trabajador calificado era de ¢6.273, lo que implica que la hora ordinaria valía ¢784,12 y, la extraordinaria, ¢1.176. Entonces, por las 48 horas ordinarias don Leonel debió devengar ¢37.637,76, y por las 12 extraordinarias, ¢14.114,16. Ambos montos sumados dan ¢51.751,92, lo que quiere decir que los ¢55.000 semanales que ganaba el actor cubrían -en exceso- tanto la jornada ordinaria como la extraordinaria. Y si eso fue así en el primer semestre de 2008, con mayor razón de ahí para atrás, hasta el primer semestre de 2002, ya que los salarios mínimos en esos periodos anteriores eran inferiores al que rigió en el primer semestre de 2008. Por consiguiente, debe revocarse la condena en horas extra contenida en la sentencia venida en alzada, por tener acogida a su respecto la excepción de pago". Por todas las razones antes expuestas, el primer agravio de apelación no se acoge".

4. Ruptura de la línea jurisprudencial sobre la prueba del pago de la jornada extraordinaria: La sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Con redacción del señor Magistrado Don Orlando Aguirre Gómez, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011, la cual, por mayoría (cuatro contra uno), confirmó, en todos sus extremos, la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal de Puntarenas a las 13:10 horas del 13 de octubre de 2010.

Con respecto al tema de la prueba del pago de la jornada extraordinaria, el trabajador basó su recurso de casación en los siguientes reproches:

"II.- Ese mismo representante recurre ante esta tercera instancia rogada. Alega, fundamentalmente: 1.- Indebida valoración de los elementos probatorios en relación a cómo se pactó el salario, justificando, en su criterio, que se les pagaba el salario mínimo legal más las horas extra. Al respecto dice que las codemandadas solo aportaron dos testigos, en tanto sus representados aportaron prueba documental, testimonial y confesional para demostrar que fueron contratados por un salario superior al mínimo legal. Dice que solo se analizó la prueba testimonial rendida por los testigos de las accionadas. Agrega que al no existir contrato escrito, lo que es responsabilidad de las

codemandadas, debieron presentar al menos tres testigos para acreditar los puntos básicos del contrato, entre ellos la composición del salario (artículo 23 y 25 del Código de Trabajo). Afirma que el juez de primera instancia valoró erróneamente el salario cancelado a los actores y su composición, pues si bien nunca se les cancelaron las horas extra, en la petitoria se solicitó el reajuste por haber recibido un pago por diferencia en el pago de éstas en abril de 2007. Transcribe parcialmente el voto número 762-2004 de esta Sala, afirmando que el empleador debe demostrar documentalmente la cancelación del tiempo extraordinario, caso contrario el salario pagado debe considerarse como ordinario. Manifiesta que los comprobantes de pago visibles a folios 10 a 12 y 14 a 28, indican salario ordinario. Expresa que es obligación de la empleadora, según lo dispone el artículo 69 del Código de Trabajo, reportar al Ministerio de Trabajo lo cancelado a los trabajadores por concepto de salarios ordinarios y extraordinarios, sin embargo este documento no fue aportado a los autos, incluso los testigos de las codemandadas no indicaron que esos reportes se enviaran. Señala que tampoco cumplían con lo ordenado en el artículo 144 de ese mismo Código, que es el desglose en las planillas, debidamente separado, de lo pagado a sus trabajadores por tiempo ordinario y extraordinario. Afirma que se demostró de manera clara y precisa que los actores fueron contratados con un salario base ordinario que no incluía las horas extra, lo que a su juicio se desprende del testimonio

rendido por G. A. y G. B. Llama la atención de que los testigos de las coaccionadas son empleados de estas; que se aplica el artículo 351 del Código Procesal Civil por sobre el 25, 69, 144 y 176 del de Trabajo que son de carácter especial y que se viola el principio in dubio pro operario, citando en su apoyo el voto de esta Sala número 13-2004. Reitera que con los comprobantes de pago, las declaraciones de los testigos, el reporte de planillas de la Caja Costarricense de Seguro Social y la confesional del señor B. C., se demuestra que la contratación fue por un salario base superior al mínimo legal. Transcribe parcialmente el voto de esta Sala número 520-2006 sobre valoración de la prueba en materia laboral, afirmando que era sobre la parte empleadora que recaía la obligación de producir prueba que respaldara su defensa en cuanto a que el pago comprendía tanto el ordinario o mínimo legal, como el tiempo extraordinario. Manifiesta que si a todos los oficiales de seguridad se les cancelaba el salario mínimo más las horas extra, ello resulta contradictorio con el reconocimiento de un reajuste por tiempo extraordinario que se les hizo en abril de 2007. Expresa que si se pagara como dicen las codemandadas (salario mínimo + extra) ningún mes sería igual a otro, lo que resulta contrario a lo que se establece en el Reporte de Planillas de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 56) de los meses de enero y febrero, en que el salario es exactamente igual. Agrega que el salario solo variaba cuando había guardias lo que se nota con lo pagado en octubre de

2005. 2.- *Pide que de acogerse el primer agravio otorgando a los actores los reajustes de horas extra y prestaciones, también debe imponerse el pago de intereses sobre esos extremos desde la fecha en que se generaron y hasta su efectivo pago*".

La Sala de Casación laboral declaró sin lugar tales agravios planteados por el casacionista con respecto a la prueba del pago de las horas extraordinarias con base en los siguientes argumentos:

"IV.- La valoración de la prueba en materia laboral está regulada en el artículo 493 del Código de Trabajo, según el cual: "Salvo disposición expresa en contrario de este Código, en la sentencia se apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero el Juez, al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su criterio". La Sala Constitucional se ocupó del tema en la sentencia número 4448 de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996; quedando claro que las reglas del derecho común en la apreciación de las probanzas no son de obligado acatamiento para el (la) juez (a) laboral. Sin embargo, eso no significa que pueda resolverse el caso simplemente con base en su fuero interno, sin brindar ninguna explicación. En este supuesto, estaríamos en el campo de la arbitrariedad, con quebranto de principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política (artículos 39 y 41), como lo son el debido proceso y el

derecho de defensa en juicio. En la misma norma de comentario se obliga a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su criterio, dentro de los cuales, se ubican las reglas de la sana crítica, a saber, la lógica, la experiencia y la psicología. V.- El apoderado especial judicial de los actores reprocha que no se valoró adecuadamente la prueba referente a como se pactó el salario entre las partes, específicamente en cuanto respaldó la tesis de las codemandadas respecto al pago de las horas extra reclamadas, siendo, en su criterio, que fue la parte actora la que demostró, claramente, que el salario pagado solo cubría el ordinario, y no el extraordinario. Por ende, resulta esencial determinar si efectivamente las partes acordaron al momento de la contratación, que por la jornada de trabajo señalada en la demanda, se pagaría como retribución un monto salarial único para retribuir esa jornada. Al respecto debemos indicar que el numeral 25 del Código de Trabajo señala que: "La prueba plena del contrato escrito sólo podrá hacerse con el documento respectivo. La falta de éste se imputará siempre al patrono; en este caso, dicha prueba se hará de acuerdo con lo que dispone el párrafo siguiente. El contrato verbal se probará por todos los medios generales de prueba; pero si se tratare de testigos al servicio del mismo patrono a cuyas órdenes trabaja el interesado, se necesitará la concurrencia de tres declarantes conformes de toda conformidad en los puntos esenciales del pacto. Sin embargo, si dicho patrono no ocupare a más de cuatro trabajadores bastará

con el testimonio de dos de ellos". De la norma transcrita se desprende que para acreditar las condiciones de la contratación se requerirá, con preferencia sobre cualquier otro medio de prueba, contar con el contrato de trabajo escrito. La ausencia de este se imputará al patrono. En el caso concreto se tuvo por demostrado (hecho 1. de la sentencia de primera instancia aprobado por el tribunal y no objetado por las partes) que los actores tuvieron el siguiente horario desde el inicio de la relación laboral: B. C. del 1 de junio de 2004 al 28 de febrero de 2005, con cinco turnos de noche, de seis de la tarde a seis de la mañana, dos días libre, cinco turnos de día, de seis de la mañana a seis de la tarde y dos días libres, volviendo a repetirse ese horario cíclicamente; a partir del 1 de marzo de 2005 y hasta el 30 de setiembre de 2006, cuatro turnos de noche de seis de la tarde a seis de la mañana, dos días libres, cuatro turnos de días de seis de la mañana a seis de la tarde, dos días libre, de manera constante. El actor Q. S. tuvo un horario de cuatro turnos de noche de seis de la tarde a seis de la mañana, dos días libres, cuatro turnos de día de seis de la mañana a seis de la tarde, dos días libres, de manera repetitiva. A cambio de ese trabajo se les pagaría un salario cuya cuantía estaba destinada a retribuir la totalidad de las horas mensuales laboradas, con independencia del carácter ordinario o extraordinario de estas. Si bien es cierto, el demandado no aporta en apoyo de su dicho el contrato de trabajo donde consten reguladas las condiciones de jornada y salario originalmente pactadas, cuando se le dio

audiencia a los actores respecto a la contestación de la demanda y de las excepciones opuestas (folio 124), su apoderado no hizo observación alguna respecto a lo alegado en cuanto a que el salario era comprensivo del mínimo legal y del monto correspondiente a tiempo extra. La prueba testimonial aportada por los actores, señala que fueron contratados por un salario base sin que les explicaran nada sobre el salario (G. A. G. A. -folio 147- y M. V. G. B. -folio 154-), este último también afirmó que no se les pagaba horas extra. Por su parte los testigos de descargo expresan que el salario de los actores contemplaban tanto el salario ordinario como el de horas extra (M. N. A., folio 150 y M. A. L. Q.), agregando el primero que le constaba que se le había explicado al actor B. C., al menos en una reunión, lo correspondiente a la conformación del salario total que se les pagaba, en la que no estuvo el otro codemandante; y, el segundo deponente, que personalmente se lo explicó a este -Q. S.- pues él fue quien lo contrató. Los testimonios de M. A. N. y M. L. Q., como lo señala el tribunal, resultan claros, coherentes y veraces, lo que no se puede decir de los testimonios de cargo, pues G. A. G. A. dice, en referencia a S. Q. S.: "Y el día que el (sic) actor no se le dejó entrar tampoco lo observé ebrio..." (folio 147), en tanto que ese mismo declarante, en su puesto de vigilante anotó en la bitácora que ese mismo actor se había presentado en "estado de ebriedad" (folio 76 y 105, documento del que el actor no hizo observación alguna cuando se le dio audiencia, folios 124 y 133, salvo

que fueran rechazados por ser simples fotocopias, lo que por sí no les resta carácter probatorio); en tanto el testigo M. V. o G. B., indica un horario y turnos de trabajo a partir del 11 de mayo de 2006 (folio 154), que no coinciden siquiera con los señalados por los coaccionantes en la demanda (folio 46 frente y vuelto); y el deponente G. E. L. E., no se refiere al punto, salvo en cuanto a que primero no se indicaba en el comprobante de pago la cancelación de las extras y luego sí. De la valoración de los anteriores testimonios a la luz de las reglas de la sana crítica, es claro para la Sala que desde el inicio de la relación laboral las partes acordaron esa forma de remuneración, como lo tienen por acreditado las instancias precedentes: un salario total compuesto por el salario mínimo y tiempo extraordinario. Para mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que los actores en la confesional, al contestar la pregunta octava, en relación con que su salario siempre estuvo por encima del mínimo de ley, contestaron que sí (folios 194 y 198). Asimismo, en igual sentido, la diferencia entre los salarios mínimos legales fijados para los distintos períodos de la relación laboral (tal como fueron establecidos en las instancias precedentes, folio 236) y el salario que para esos mismos períodos recibían los actores, particularmente considerando que no se trataba de un tipo de servicio que fuera escaso en el mercado laboral, no permiten de manera lógica creer que estos estaban pactados de manera distinta a la que se ha señalado anteriormente. Para mayor claridad pueden observarse los siguientes cuadros (...). Es

cierto que las partes pueden pactar libremente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de libertad de comercio, salarios superiores al mínimo legal para retribuir jornadas de trabajo ordinarias, y cuando así ocurre, el empleador se ve obligado a retribuir, con base en este monto (salario real) y no con el del mínimo legal, el tiempo extraordinario laborado, sin embargo, en el caso concreto ha quedado acreditado que las partes desde el inicio de la relación pactaron una jornada de trabajo con tiempo extraordinario permanente y con tal motivo se pactó un rubro salarial integral o total, con el que se pretendió retribuir ambas jornadas (ordinaria y extraordinaria permanente) (en similar sentido pueden consultarse las sentencias números 291 de las 16:00 horas del 18 de junio de 2003; 130 de las 9:00 horas del 25 de febrero; 777 de las 10:05 horas del 14 de setiembre, ambas de 2005 y 994 de las 9:45 horas del 27 de octubre de 2006; 949 de las 10:25 horas del siete de diciembre de 2007; y, la 852 de las 15:18 horas del 11 de junio de 2010). Debe agregarse que el tribunal también sentó el criterio del pago total o integral en la manera en que está formulada la pretensión de la demanda, pues, según su razonamiento, al pedir los actores la cancelación del reajuste de las horas extraordinarias "...ello debe interpretarse como el reconocimiento y confesión espontánea, por parte de los demandantes, en el sentido de que los demandados sí les cancelaron una parte del total de las horas extraordinarias que los actores consideraron que no se les había pagado... al tratarse de una manifestación de

conocimiento y de voluntad que proviene de los mismos actores, ello hace que pruebe contra ellos, por tratarse de una auténtica confesión espontánea den los términos que establece el artículo 341 párrafo primero del Código Procesal Civil...”, (folios 286 y 287) lo que, al no ser rebatido ante esta instancia, contrario sensu, se aceptó”.

De la lectura de lo resuelto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011, se colige lo siguiente:

a) De manera sutil e implícita y en consonancia con lo resuelto por el Tribunal de Puntarenas en su sentencia de segundo grado de las 13:10 horas del 13 de octubre de 2010, la Sala de Casación laboral reconoce que el sistema de valoración probatoria que rige en el Derecho Procesal Laboral es el de la libre apreciación de las pruebas.

b) Con medios probatorios tales como la confesión y el testimonio, valorados en conjunto y según las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común y la equidad, es perfectamente posible tener por demostrada la cancelación de la jornada extraordinaria que hubiese pretendido el trabajador en sede judicial, de modo que la prueba documental mencionada en los artículos 25, 69, 144 y 176 del Código de Trabajo no es la única prueba con la cual se puede tener por demostrado el pago de la jornada extraordinaria.

4. Consideraciones finales

Con lo expuesto en este breve ensayo, queda demostrado que la sentencia número 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia representa la ruptura del criterio tradicional, creado y aplicado por la misma Sala a procesos anteriores, de acuerdo con el cual el pago de la jornada extraordinaria únicamente podía demostrarse con prueba documental, de conformidad con la doctrina que informa los artículos 25, 69, 144 y 176 del Código de Trabajo.

La Sala Segunda de Casación laboral ha acertado en apartarse de la línea jurisprudencial predominante contenida, entre otras, en su sentencia número 468-2010, por cuanto las normas laborales citadas en el párrafo anterior no son ejemplos de “prueba tasada” porque, en primer lugar, no son normas procesales de naturaleza probatoria y, en segundo lugar, de su contenido, expreso o tácito, no se puede inferir, sin género de duda alguno, que la voluntad del legislador hubiese sido restringir la demostración de un hecho con un específico medio de prueba, excluyente de otros, tal y como sí sucede, a guisa de ejemplo, con los artículos 351 párrafo primero, 353 y 371, todos del Código Procesal Civil.

Por otra parte, lo resuelto por la Sala Segunda en su sentencia No. 281 de las 15:20 horas del 30 de marzo de 2011 supone un reencuentro con la esencia y reglas que

definen y caracterizan el sistema de valoración de la prueba regente en el Derecho Procesal laboral, que es el llamado sistema de la libre apreciación de las pruebas, tal y como lo interpretó, de modo vinculante, la Sala Constitucional en su voto número 4448 de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996.

La reiteración, para casos futuros, de lo dispuesto en el voto 281-2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la posibilidad de probar el pago de la jornada extraordinaria con cualquier medio de prueba, según las reglas de la lógica, la experiencia, el sentido común y la equidad, podría evitar que la línea jurisprudencial tradicional pudiera, eventualmente, ser objeto de acción de inconstitucionalidad por contravenir la inviolabilidad del derecho de propiedad consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política. La anticonstitucionalidad de la línea jurisprudencial tradicional creada y aplicada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia consistiría en obligar a

los patronos a pagar determinada cantidad de dinero por concepto de horas extraordinarias, solamente por el hecho de no aportar prueba documental que acreditara ese hecho extintivo de la obligación y a pesar de que los empleadores hubiesen ofrecido y aportado otros medios de prueba que, analizados con base en el sistema de valoración probatorio denominado "libre apreciación de las pruebas", permitieran concluir que la jornada extraordinaria efectivamente fue cancelada. En el fondo, sería obligar a los patronos a pagar dos veces la jornada extraordinaria (una vez, durante la ejecución del contrato de trabajo; la otra vez, con la firmeza del veredicto dictado por los tribunales de trabajo), lo cual produce un menoscabo de su derecho de propiedad (porque tienen que despojarse de su dinero, elemento integrante de su patrimonio, para pagar una deuda impuesta judicialmente) y un enriquecimiento injustificado en beneficio del trabajador.

EL CONTENCIOSO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NO ES UNA EXTENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Dr. César Hines

Introducción

La declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 3 del Código Procesal Contencioso Administrativo, por la Sala Constitucional, afirmó en la jurisdicción contencioso administrativa los conflictos derivados de la relación de servicio conforme a los numerales 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 49 de la Constitución Política.

La jurisdicción laboral, a la que se le atribuyó competencia para conocer todo lo concerniente al tema -antes de la declaratoria de inconstitucionalidad indicada- venía resolviendo los conflictos de manera imprecisa desde la perspectiva jurídica, al confundir a los sujetos de la relación jurídica, lo que derivaba en la aplicación de institutos jurídicos previstos para otros supuestos.

Al lado de la disconforme interpretación y aplicación de figuras diseñadas para situaciones y condiciones precisas del ordenamiento jurídico, se puede señalar

la indebida aplicación de los plazos de prescripción dispuestos por el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, hacia personas sin categoría de funcionarios públicos y sin vinculación con la hacienda pública, sumada al simultáneo empleo de las Convenciones Colectivas de Trabajo que regulan su relación laboral¹, cuando ambas figuras son incompatibles a la luz de la doctrina de la Sala Constitucional que limitó a los trabajadores que no participen de gestión pública, la posibilidad de suscribir y ser beneficiarios de los convenios colectivos.

Este doble régimen jurídico para la Administración Pública, con objetiva y efectiva aplicación de los postulados contenidos en los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, ha generado una confusión en la operatividad del ordenamiento jurídico, sin que exista razón válida o lógica.

Pulcramente sobre el tema de este ensayo, la jurisprudencia constitucional señaló:

“Para comprender lo anterior, es importante resaltar lo que ya ha dicho al respecto la

¹ Pueden verse como ejemplos de esa confusión jurisprudencial, las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, números 477 de las 15:30 horas del 12 de mayo del 2000 y 334 de las 10:40 horas del 27 de octubre de 1999, entre otras.

Procuraduría General de la República en desarrollo de la doctrina nacional, en el sentido de que "son funcionarios públicos quienes prestan servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva (Artículo 111, inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública). Estos servidores, de conformidad con lo expuesto, están imposibilitados para negociar colectivamente, por estar su relación regida por el Derecho público (Artículo 112, inciso 1 id.). Por su parte, de la interrelación de los artículos 112 inciso 2) y 111 inciso 3) (norma a la cual remite la primera y ambos de la misma Ley) queda también claro que no son funcionarios sujetos al régimen de empleo público, sino obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común, que de conformidad con el artículo 112 inciso 2) transcrito, se rigen por el Derecho laboral y no por el Derecho público, lo que les faculta para negociar colectivamente. Quinta: La Sala estima que es jurídicamente compatible con el Derecho de la Constitución, la posición que en el desarrollo histórico de la institución de las convenciones colectivas, ha venido sosteniendo la Procuraduría General de la República en su informe a esta Sala, en especial, a partir de la sentencia número 3053-94 de las 9:45 horas del 24 de junio de

1994, en la que se expresó en el considerando segundo, antes transcrito, que "esta Sala resolvió que los obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública de la administración pueden ocurrir a los procedimientos de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social previstos en los artículos 497 y siguientes del Código de Trabajo. Así las cosas, el régimen es administrativo, estatutario, para los "servidores públicos", o sea, para quienes prestan servicios a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura; sin embargo, la propia Ley General de la Administración Pública establece que "las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos". Consecuentemente, y a partir de esta interpretación constitucional y de los textos contenidos en la Ley General de la Administración Pública, en el sector público solo pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo los servidores que no participan en la gestión pública, de tal forma que entes con un régimen de empleo de naturaleza laboral (no pública), como por ejemplo, las empresas del Estado, de las que se ha dicho la doctrina nacional que son "aquellas que funcionan como si fueran empresas privadas, porque venden y hacen lo mismo que los particulares; por ejemplo el mismo INS cuando vende pólizas hace

lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada", entre otros, sí pueden negociar colectivamente de conformidad con las disposiciones que informan el Derecho Colectivo del Trabajo".²

Conjuntamente con la aplicación de institutos jurídicos cuya génesis no concuerda con las situaciones fáctico-jurídicas en las que se hacen valer, se está generando otro fenómeno que no solamente contraría la jurisprudencia constitucional, sino que se constituye en una contradicción, al atentar contra los principios de la lógica y razonabilidad interpretativa del ordenamiento jurídico; cual es la percepción de que el proceso judicial es una extensión del procedimiento administrativo, con omisión de la individualidad e independencia propias de su concepción estructural, objetiva y subjetiva, y la sustancial diferencia entre ambos, cuando en sede administrativa, la Administración resulta ser juez y parte, frente a la distinta y equilibrada posición de un juzgador independiente e imparcial, como representante democrático de la justicia terrenal.

En las relaciones laborales o de servicio, la supremacía patronal o de la Administración,

no tiene tal entidad al punto de que las decisiones tomadas en un procedimiento administrativo puedan limitar al juez judicial. En este documento se pretende comentar algunas sentencias de la Sala Segunda de la Corte, que en abierta renuncia a las obligaciones procesales que se derivan de los artículos 9, 11, 49, 70 y 153 de la Constitución Política de Costa Rica, ha resuelto que en sede judicial no es necesario repetir la prueba recabada en sede administrativa, con lo que se produce una violación al principio del juez natural, del debido proceso legal y de reparación integral del daño.

I.- Finalidad del procedimiento administrativo

A.- El equilibrio teórico de los poderes

El sistema de la división de poderes previsto en la Constitución Política de Costa Rica, contempla en principio, un determinado equilibrio, que no es necesariamente el de igualdad, porque la jerarquía relativa entre los poderes puede estructurarse de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo y este al Poder Judicial.

La supremacía constitucional del Legislativo sobre el Ejecutivo se evidencia a través de algunas muestras constitucionales, a saber: a) dispone o formalmente autoriza el gasto del Poder Ejecutivo a través de la Ley de Presupuesto; b) dispone lo que debe hacer el Ejecutivo en el marco de la legislación que

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000. Esta sentencia fue la precursora de otras de la misma línea jurisprudencial.

le dicta para regular la vida administrativa; c) puede someterlo a juicios políticos frente a la insatisfacción de sus acciones, que si bien, en nuestro medio constitucional no concluye con su remoción, lo debilita en dos ámbitos: frente al colectivo social y reduce su poder de negociación política.

El Poder Ejecutivo puede vetar las leyes salidas del Congreso, sin que ello tenga una mayor consecuencia jurídica para el Poder Legislativo que, por medio del resello, refuerza su poder con evidente supremacía de su voluntad.

La subordinación del Poder Legislativo frente al Poder Judicial se refleja en la potestad del último de anular las normas que emita, cuando las considere violatorias de la Norma Fundamental, así como en la imposibilidad constitucional de que la Asamblea Legislativa pueda anular resoluciones dictadas por el Poder Judicial, pues conforme al numeral 153 de la Constitución Política, le corresponde a este, la decisión final en todo conflicto jurídico, con objetiva definición, sentido y alcance de las normas.³

El artículo 154 de la Carta Política confirma lo anterior, al disponer que el Poder Judicial

solamente está sometido a la Constitución y a la Ley, y las resoluciones que dicte en asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas.

Este aparente perfecto equilibrio, desarrollado normativamente por los constituyentes, se desvanece en la práctica con una concentración de poder en favor del Poder Ejecutivo, por el amplio margen de maniobra que ostenta en comparación con los otros poderes del Estado.

La práctica demuestra que el Poder Legislativo se pliega -ordinariamente- al Ejecutivo y el Judicial se autolimita en su accionar para juzgarlo, al considerar que con ello se colabora en la conducción del país, a modo de un ejercicio de responsabilidad política, con omisión de su función primaria de juzgar.⁴

El sistema de pesos y contrapesos de antigua data sufrió transformaciones, especialmente con la transferencia de competencias públicas a diferentes centros de imputación, al redistribuir el poder entre múltiples órganos y entes se fractura el ejercicio de los controles.

3 Sin perjuicio de la interpretación auténtica que pueda realizar la Asamblea Legislativa al tenor del artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política.

4 En el caso de Costa Rica, el artículo 9 de la Constitución Política dispone que el "gobierno", lo ejercen tres poderes distintos e independientes, delegando en el Poder Judicial un tercio de la responsabilidad del buen gobierno, pero ello no significa del gobierno "de x gobernante", sino del gobierno del Estado, a través del ejercicio pleno de sus competencias constitucionales, juzgando y resolviendo como en Derecho corresponde, sin mirar sujetos, objetos ni consecuencias políticas. Véase sobre el tema, a: Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Diké, Biblioteca Jurídica, Colombia 1998, páginas III-4 y siguientes.

Con la fragmentación de los centros de poder se esperaba un control más objetivo de los comportamientos administrativos, para que no pudieran escapar a la sanción -política, pública o jurídica-, cuando se desviarán de su realidad normativa y teleológica, que es lo mismo decir, cuando descuidaran la génesis filosófica de su creación o nacimiento.⁵

B.- El proceso judicial como contralor del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es el medio por el cual la Administración debe actuar, cualquiera que sea el tema o situación fáctica o jurídica propia para su intervención. Pretende garantizar una actuación apegada a principios del más alto valor jurídico, cuya finalidad siempre es de interés público.

El debido proceso como componente esencial del procedimiento administrativo, no se completa y satisface con otorgar audiencia al individuo, recibir sus alegatos e incorporarlos al expediente; sino que se cumple además -cuando la decisión final provenga de un órgano imparcial e independiente- cualidades que no podrán ser reunidas plenamente por la Administración en su condición de juez y parte.

Un autor señala que uno de los componentes distintivos en el procedimiento administrativo, es la búsqueda y concreción de la verdad real; por lo que ante la eventual separación que de ella realiza la Administración, se estaría frente a un acto final viciado.⁶ Precisamente, ante la posibilidad de que la Administración se separe de los elementos objetivos del expediente, surge la fiscalización a posteriori del juez.

Al manifestarse la actividad administrativa a través del procedimiento, coincide con el concepto de función administrativa⁷, entendido como el estudio y aplicación de las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en todas las etapas de preparación de la voluntad pública.

A diferencia de la actividad administrativa, en el proceso judicial se dictará la determinación definitiva y correctora del Derecho y la justicia en un caso concreto, con control y, eventualmente, con prescindencia de la actuación y las conclusiones de los órganos legislativos y administrativos, a partir de un presupuesto lógico e incontestable, derivado de los principios de individualidad, independencia, imparcialidad y objetividad del juez.

5 Para una explicación más extensa del fenómeno jurídico-político en que consistió esa atomización del poder, puede verse de: García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Civitas, Madrid, cuarta edición 1986 y, Revolución francesa y Administración contemporánea, Civitas, cuarta edición, 1994. E

6 Dromi, Roberto, El procedimiento administrativo, Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999, página 242.

7 El Poder Legislativo tiene procedimientos administrativos previos para el dictado de las leyes, como también lo tiene el Poder Judicial, con el sistema de administración de expedientes. En ninguno de los casos, estos procedimientos tienen incidencia directa en los derechos del ciudadano, por lo que para nuestros efectos, no tendrán ninguna mención útil.

El proceso judicial controla la legalidad de la actuación administrativa, cuando se produzca un desacuerdo o desequilibrio entre la decisión del órgano o ente público en relación con los derechos e intereses de la persona, en estrecha vinculación con el interés público, al que están dirigidas todas sus conductas.

La calificación jurídica realizada por la Administración de los contenidos del expediente administrativo creado al efecto es distinta de la que realiza el juez judicial⁸, en razón y función de los distintos valores que protege -o cuando menos debe hacerlo- en relación con los sujetos e intereses involucrados.

Los intereses de la Administración desde su percepción subjetiva, no siempre se ajustan a la regularidad jurídica, de ahí que le corresponda al juez determinar esa unidad entre el interés público y la decisión administrativa; entre la decisión administrativa y el respeto a la legalidad -en sentido lato- o bien, entre el interés particular de la Administración y el verdadero interés público vinculado.

La Administración Pública desarrolla una compleja y vasta actividad, que en forma exclusiva está dirigida al logro y satisfacción de fines que se califican como de interés general⁹; asimismo la condición de que esa

Administración aparezca conformada entre los ciudadanos, dentro de un Estado de Derecho, constituye otra de las tantas circunstancias que han dado lugar a la aparición de un conjunto de principios y de normas jurídicas como Derecho específico que la regula.

Resultaría necesario entonces definir lo que es el interés público, de modo que no se convierta en una calificación subjetiva y con ello evitar que se valide el concepto a partir de una particular e individual visión de carácter temporal, porque este debe ser una valoración general, objetiva, en función de la finalidad teleológica que le dio nacimiento.

En ese Derecho de y para la Administración, el interés público tiene una categoría específica para el cumplimiento de los objetivos administrativos, sin que se pueda extender a todo el complejo estructural del Estado, por lo que existirán tantos intereses públicos como sean las Administraciones, donde su conjunto sería el cuadro total de las necesidades generales de la sociedad.

Es doctrina ampliamente aceptada que aun cuando el Derecho Administrativo es el conjunto de principios y normas que regulan el actuar de la Administración Pública, esta no está limitada a ese cuerpo iuris, de ahí que puede acudir -como normalmente lo hace- a otras ramas del Derecho Público e incluso

8 La indicación no resulta superflua si se considera la existencia de tribunales administrativas y arbitrales en nuestro sistema normativo.

9 García de Enterría, E, parafraseando a Dilthey en: *Revolución francesa...*, op cit, página 70.

del Derecho privado, según mejor convenga al logro de su cometido.¹⁰

El interés público está en el despliegue de la actividad administrativa requerida por la colectividad como un medio para satisfacer una necesidad general -en sentido cualitativo y no cuantitativo- y, en tal virtud el concepto de órgano o ente administrativo -Administración Pública- sería atribuido a todos aquellos a los que se les asigna o pueda asignárseles competencias que tiendan a la satisfacción de aquel interés general, se excluye por lógica derivación, los que aun siendo parte integral de la estructura del Estado, realizan o ejecutan una actividad indiferenciada en relación con organizaciones privadas.¹¹

El procedimiento administrativo resulta una formalidad sustancial a la que debe sujetarse la actividad administrativa, como recurso ineludible para la correcta satisfacción del interés público, con respeto pleno a los derechos e intereses de los individuos destinatarios de la decisión administrativa,

sin que pueda considerarse satisfecho con la simple audiencia de participación, sino que su satisfacción se logra a partir del cumplimiento de las etapas requeridas para su sustanciación, con objetividad e imparcialidad en la decisión; toda vez que haya ausencia de ese requisito de validez esencial de la decisión administrativa, surgirá el control judicial de la actividad de la Administración, como una garantía constitucional para asegurar su regularidad¹², como lo dispone el artículo 49 de la Constitución Política, al delegar en la jurisdicción contencioso administrativa, el control de legalidad.

En este punto es posible concluir que el procedimiento administrativo no es la antesala del proceso contencioso administrativo ni este es una secuencia o consecuencia necesaria e inmediata de aquel, sino que cada uno tiene su propia individualidad, sin perjuicio de la vinculación fáctica -a veces necesaria- para que el segundo logre su total potencialidad contralora.¹³

10 Escola, Héctor Jorge, El interés público, Depalma, Buenos Aires, 1989, página 17 y siguientes. En su obra, el autor hace señalamiento puntual de las diferentes categorizaciones del interés público en relación con la Administración, sea en su percepción organizativa, como contratante, en la emisión de actos de imperio y otras manifestaciones de la potestad estatal.

11 La novedosa composición del Estado y su participación en todos los fenómenos sociales, económicos y culturales, derivó en la creación de organización que si bien pertenecen a su estructura, no realizan actividad administrativa. Véase para una ampliación del tema, a: Cassagne, Juan Carlos, La intervención administrativa, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

12 El concepto de regularidad, posiblemente acuñado por autores de vieja data, pero cristalinamente desarrollado por Agustín Gordillo, se refiere a la sujeción irrestricta al orden jurídico al que está sometida la Administración. Puede verse del autor citado, Tratado de Derecho Administrativo, ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina. 1989.

13 En la vieja concepción del proceso contencioso administrativo, bajo el régimen de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de un juicio al acto, esto es, una actuación jurisdiccional revisora, el antecedente administrativo era un elemento necesario para la plenitud de la justicia administrativa.

C.- La función jurisdiccional de la Administración

Los poderes del Estado realizan simultáneamente en el cumplimiento de sus fines, las tres funciones esenciales: administrar, legislar y juzgar, siendo una de estas la que los caracteriza y distingue de los demás, por ser la esencia misma de su existencia.

El ejercicio de alguna de las dos funciones distinta a la clásica, si bien es formal y material, no tiene los mismos alcances de la actividad que lo identifica, cuanto podría ser modificada por el que fue creado y diseñado exclusivamente para cumplirla. Las regulaciones del Poder Ejecutivo o del Judicial en el ejercicio de la potestad reglamentaria, podrían ser anuladas por el Poder Legislativo a través de una ley por su fuerza superior, mientras que las decisiones de cualquiera de los dos poderes distintos al judicial, podrían ser anuladas por este.

Las facultades reconocidas a la Administración para resolver controversias entre particulares¹⁴ o entre ella y terceros, solamente es semejante a la actividad jurisdiccional sin tener el mismo régimen jurídico por lo que las decisiones no poseen la fuerza legal de las sentencias del Poder Judicial.

El régimen jurídico de la función jurisdiccional conserva su eje fundamental en la naturaleza definitiva de la decisión, que es además, producida por un órgano imparcial e independiente. Ninguna de las dos condiciones se generan con el ejercicio de las potestades jurisdiccionales de la Administración.

La Carta fundamental carece de norma concreta sobre los alcances de la función jurisdiccional de la Administración y es, por el contrario, el artículo 153 de la Constitución el que determina que la naturaleza y fuerza vinculante de las decisiones jurisdiccionales solamente le pertenecen al Poder Judicial.

Reconocerle fuerza jurisdiccional a una decisión administrativa implicaría la violación del artículo 41 en relación con el 153, ambos de la Constitución Política como los abanderados del principio de la tutela judicial efectiva. La eventual renuncia que pueda hacer el particular de su derecho a recurrir ante los tribunales del Poder Judicial, no modifica el hecho de que la función desarrollada por la Administración siga siendo de naturaleza administrativa, aunque se asemeje materialmente a la actividad jurisdiccional.

El desarrollo administrativo del régimen disciplinario consustancial a toda relación de poder, no implica ni por semejanza

14 Es el caso de los conflictos que se suscitan entre los consumidores y los comerciantes, resueltos por la Comisión Nacional de Protección al Consumidor, como oficina adscrita al Ministerio de Economía y Comercio.

material, que la actividad desplegada por la Administración en el ejercicio de su potestad correctora en las relaciones de servicio o de policía, pueda ser considerada única y exclusiva sin posterior evaluación fiscalizatoria del juez jurisdiccional.

Ante esa realidad jurídica y por el principio de tutela judicial efectiva ya mencionado, el control judicial de la función administrativa, es total, completo, sin espacios inalcanzables para el juez judicial, esto es, se trata de un control integral al despliegue realizado por la Administración.

La Administración no ejerce función jurisdiccional por expresa disposición y prohibición de los artículos 9 y 153 del Código Político, por lo que sus actos, valoraciones y calificaciones en el ejercicio de sus potestades, quedan sujetos al contralor de legalidad del juez judicial al tenor del artículo 49 o del artículo 70, ambos de la Constitución, según sea el régimen jurídico aplicable: Derecho Administrativo o Derecho Laboral común.

La importancia práctica de determinar el valor de la función jurisdiccional de la Administración está relacionada con los alcances de la revisión judicial de lo decidido en sede administrativa, pues de aceptarse válidamente que la actividad jurisdiccional de la Administración tiene parecidos alcances a

la jurisdiccional del Poder Judicial, implicaría una limitante o completa exclusión de la revisión judicial.

El otorgar o reconocerle atribuciones jurisdiccionales a la Administración reduciría el acceso a la justicia garantizado por el artículo 41 en relación con los artículos 9, 49, 70 y 153 del Código Político, por cuanto contra la decisión administrativa no existiría un recurso judicial; o bien, en caso de existir, quedaría limitado a la discusión única sobre la legitimidad del acto.

Cabría decir, en tal circunstancia, que aunque se trate de dos poderes distintos, se daría una continuidad funcional a la que ambos contribuyen: un único proceso iniciado ante la Administración y terminado ante los tribunales, cuya consecuencia es que al comenzar en aquella y terminar en el Poder Judicial, ante este no se haría por vía de acción ordinaria sino a través de lo que sería un recurso de alzada.¹⁵

D.- El procedimiento administrativo disciplinario es actividad típicamente administrativa

Aún cuando por la naturaleza del procedimiento administrativo disciplinario este se parezca a la actividad jurisdiccional, con la aplicación de algunos de sus principios; lo cierto es que el

15 Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, 1952, página 107.

procedimiento administrativo es una actividad típicamente administrativa, y como tal, sujeta en su totalidad al control jurisdiccional.

El artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública es una norma de principio y aplicación general, por lo que la instauración del procedimiento administrativo como fórmula obligada para el ejercicio de la función administrativa no es exclusiva de una tipología de actividad, sino para toda la actividad desarrollada por la Administración.

El procedimiento disciplinario como actividad administrativa tiene como finalidad mejorar el desempeño funcional para el cumplimiento de los fines de la Administración y para la protección de determinados bienes jurídicos cuya tutela le corresponde al Estado.

Es imposible -o cuando menos debería serlo- desplegar recursos humanos y económicos en un procedimiento administrativo, sin que haya bienes jurídicos precisados de tutela o cuando los presuntamente protegidos son el resultado de consideraciones subjetivas, o que, al existir, sean de la competencia de otra organización política.

Al tratarse de una actividad típicamente administrativa, la totalidad de los actos desarrollados en las distintas etapas del procedimiento administrativo están sujetos al control jurisdiccional, de ahí que se considere que la Administración y el juez ejecutan distintas competencias en razón de los distintos bienes jurídicos que tienen

a su cargo, sin que signifique que sean contrapuestos.

Resulta entonces de capital interés que el contralor de legalidad tenga presente, al momento de ejercer su ministerio, que la tutela del interés público delegada en la Administración es distinta de la tutela jurisdiccional que debe proporcionar el Poder Judicial a quien solicita su intervención, porque aun cuando esta tutela es de interés público, su finalidad es distinta.

El interés público que se encierra en la actividad jurisdiccional tiene vinculación directa con la misma existencia del Estado, como lo es la pacificación social a través de la resolución civilizada de los conflictos; mientras que el interés público específico de la Administración está limitado a los fines concretos que le fueron dispuestos por el ordenamiento.

II.- El proceso judicial no es una continuación del procedimiento administrativo

La Administración está lejos de realizar función jurisdiccional y la consecuencia de esa afirmación es que el juez es competente para revisar los actos administrativos en forma integral, sin dejar espacios intocados. Lo contrario, implicaría que el control y fiscalización de la actividad administrativa sería parcial con franca violación al texto constitucional y al derecho subjetivo a una justicia imparcial, independiente y objetiva. Aceptar -como lo hace la jurisprudencia que

se analiza- que el juez realice revisiones parciales a la actividad administrativa, al liberar a la Administración de la obligación procesal de probar en juicio la razonabilidad de su decisión, sería reconocerle a esta potestades jurisdiccionales con infracción al principio de unidad jurisdiccional y de tutela integral que profesan los artículos 41, 49 y 153 de la Carta Política.¹⁶

El numeral 41, arriba mencionado, dispone que al ocurrir a las leyes todos han de encontrar reparación a las injurias o daños que han recibido, cuando el daño provenga de la Administración, el juez debe otorgar el remedio integral reclamado, sin condicionarlo a las previas valoraciones administrativas que serán el objeto de la revisión judicial.

La protección reclamada al juez judicial por el ejercicio abusivo de una potestad administrativa incluye la revisión integral del procedimiento desarrollado y concluido ante la Administración, componente del derecho fundamental a la acción consagrado en el artículo 41, reforzado por el ordinal 49, ambos de la Carta Política que permite y ordena

la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, sin limitarlo a la fiscalización y control de la decisión administrativa.

La fiscalización y control a la función administrativa es plenaria, se ejercita sobre todas las etapas y actos requeridos para completarla, sin limitarse a la última manifestación -acto final- que no es más que la culminación del procedimiento en su versión objetiva.

En la concepción política y filosófica del proceso contencioso administrativo, la configuración de la legalidad no se supedita al Derecho positivo, de manera que se puede anular una decisión administrativa, cuando -sin quebrantar la regla- está viciada por arbitraria, irrazonable, desproporcionada, ilógica, desviada de los fines públicos, etc.

La incorporación de normas no escritas al ordenamiento escrito -como los principios generales- forma parte del catálogo facilitado al juez para determinar la validez de la decisión administrativa, elevados al rango de la norma positiva que complementa, integra o

16 El artículo 41 dispone: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". El numeral 49 establece: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados." Finalmente el ordinal 153 señala: "Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas así como las de otras que establezca la ley, cualquiera que sea la naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncia, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario".

delimita, según disponen los artículos 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley General de la Administración Pública.¹⁷

Con esa estructura de la protección judicial, el juez no podría dejar de cumplir con su mandato y dejar sin revisión ninguno de los ángulos que componen el procedimiento administrativo, cuya ilegalidad o invalidez -no limitada- a la regla de Derecho positivo- se reclama.

III.- La inconstitucionalidad de la jurisprudencia de la Sala Segunda

En reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda se indicó:

"En la antigua jurisprudencia laboral, prevaleció la tesis de que si un servidor

público es despedido y posteriormente promueve demanda en reclamo de sus prestaciones laborales, argumentando arbitrariedad o improcedencia del despido, el Estado y sus Instituciones, para librarse de las consecuencias de un despido injustificado, deben ratificar o reproducir, en el proceso judicial, todas las probanzas ya evacuadas administrativamente; que pudieron servir de base -motivo, motivación o causal- para adoptar el acto del despido; pues, de lo contrario y aunque el expediente administrativo o los informes se incorporen al proceso judicial, la destitución debe tenerse como no justificada; dado que aquellas probanzas, por más elocuentes y demostrativas que sean de una conducta ilegítima, no pueden tomarse en cuenta, por razones de un debido proceso. Mas, como se dijo, dicho criterio jurisprudencial

17 Las normas señaladas disponen: "Artículo 7: 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.

Artículo 8: El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

Artículo 9: 1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios".

Artículo 14: 1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.

2.- Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3.- El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de reacciones.

Artículo 16: 1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".

ya hoy no se sostiene, al considerarse que el debido proceso es un principio que debe ineludiblemente cumplirse en todos los procedimientos y en todos los procesos -tanto administrativos como judiciales-, por expresa disposición constitucional, y no puede válidamente afirmarse que, en aras de su cabal cumplimiento, sea necesaria la sustancial repetición del ítem administrativo, en la sede jurisdiccional. Así se ha indicado, que, un eventual incumplimiento del debido proceso, constituiría un vicio del acto y, el afectado, podría invocarlo. Por esa razón, se ha insistido que la exigencia de reproducir o de proceder a ratificar, en la sede judicial las probanzas ya debidamente evacuadas administrativamente, es una pretensión que atenta de frente contra ese principio; además de colocar a la Administración en una situación de verdadera desventaja; en relación con la contraparte; dado que no siempre es factible poder ratificar o reproducir, en lo esencial, los respectivos elementos probatorios; todo lo cual puede, fácilmente, llevar a resultados tan injustos como contrarios al interés público (ver, entre otros, en ese sentido los Votos números 285, de las 10:40 horas, del 25 de noviembre de 1998 ; 328, de las 14:40 horas, del 29 de marzo de 2000; y, 475, de las 10:20 horas, del 17 de agosto de 2001).¹⁸

El contenido anterior adolece de una confusión conceptual del debido proceso, al limitarlo al cumplimiento de las etapas procedimentales o procesales -según se esté en sede administrativa o sede judicial-. Se patentiza por demás una dolorosa realidad, señalada por el profesor Ortiz Ortiz, hace muchos años: los jueces se consideran parte de la Administración con tendencia a buscarle justificación a sus actos.¹⁹

La doctrina comparada ha sido estricta en criticar valoraciones como las expresiones jurisprudenciales apuntadas arriba, al señalar que el juez en materia administrativa debe extremar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la Administración, pues los jueces parecen olvidar que su ministerio se implantó para proteger al individuo frente al Estado y no a la inversa.²⁰

De ahí la importancia de la jurisprudencia comparada al señalar que el juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos.²¹

18 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 155, de las 9:30 horas del 15 de marzo de 2006.

19 Ortiz Ortiz, Eduardo, en: Prólogo a Jesús González Pérez, La Justicia Administrativa, Revista de Ciencias Jurídicas número 24.

20 Linares, Juan Francisco, Lo contencioso administrativo en la Justicia Nacional Federal, La ley, tomo 94, página 929.

21 Corte Suprema de la Nación, Fallos, tomo 137, Buenos Aires, página 254.

A.- Infracciones constitucionales de la jurisprudencia

La reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda dispone que no es necesario repetir en sede judicial la prueba que ha sido recabada en sede administrativa, lo que constituye una infracción al principio de independencia funcional de los órganos constitucionales; de igualdad procesal como componente del debido proceso; al de control integral y, al principio de irrenunciabilidad de las competencias públicas.

El artículo 9 de la Carta Política señala que el Gobierno de la República es popular y representativo, alternativo y responsable, ejercido por tres poderes distintos e independientes entre sí, y remarca con claridad que ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

La prohibición de delegación es absoluta, y aun cuando a la Administración se le reconozcan potestades sancionatorias como parte del poder represivo del Estado, en última instancia y por disposición de los artículos 153 y 154 de la Carta Política, es el Poder Judicial quien determina el Derecho aplicable.

Resulta capital reseñar que el artículo 154 de la Constitución Política dispone la sumisión

del Poder Judicial a la Constitución y a la Ley, como únicas limitaciones al ejercicio jurisdiccional, sin que exista norma legal ni constitucional que lo limite en el control ni que le permita renunciar a ese deber.

A.1.- La prueba recabada en sede administrativa y su valor frente al control judicial

Costa Rica es un Estado moderno y democrático de Derecho, con una expresa disposición de la Norma superior, que dispone que el Poder Judicial solamente está sometido a la Constitución y la Ley.²²

En nuestro sistema jurídico a diferencia del francés y precisamente bajo el auspicio histórico de la división de poderes, le corresponde al Poder Judicial controlar la actividad administrativa, constituyéndose el juez en un contrapeso fundamental de la Administración Pública, a favor de los principios democráticos de libertad e igualdad.

Por el especial realce de los contenidos y alcances de la protección judicial en el Derecho Administrativo, se estableció la necesidad de elevar el proceso contencioso administrativo a la categoría de Derecho fundamental, por tratarse de una condición propia de un Estado de Derecho, en el que se exige la adecuada protección judicial a favor

²² Dispone el artículo 154 de la Constitución Política: "El Poder judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos".

de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.

La jurisprudencia objeto de las presentes observaciones, parte de una posición dolosamente ingenua -además de inconstitucional- de pretender creer que la prueba recabada por la Administración en sede administrativa es plena e incuestionable, o todavía peor, limitar la actuación del juez a la revisión del acto, puramente al antiguo estilo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando precisamente el deber primordial del juzgador es fiscalizar la totalidad de la actuación administrativa para determinar la validez de la decisión administrativa final.

Sobre ese tema, se ha indicado que *cuando las normas procesales se refieren al objeto del proceso invocando las pretensiones ejercitables en relación con los actos de la Administración, no significa que la acción deba limitar sus pretensiones a la anulación del acto final, ni que deba restringirse a las declaraciones sobre los hechos y pruebas recabadas en vía administrativa, puesto que el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho ha supuesto, además de la prohibición de ámbitos exentos de control jurisdiccional, la revisión, cuando no la eliminación de privilegios que chocan con el reconocimiento*

*constitucional de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva.*²³

Según la cuestionada jurisprudencia, *se cumple a cabalidad con los principios del debido proceso legal, por el hecho de permitirle al particular participar en todas las etapas del procedimiento administrativo;* premisa que resulta falsa, pues como se ha señalado abrumadoramente aun por la doctrina más vetusta²⁴, el debido proceso no está limitado a la comprobación del libre acceso del justiciable a las etapas del procedimiento, sino a obtener una respuesta jurisdiccional, acorde con las competencias y potestades atribuidas al juez, quien valorará lo que corresponda en forma independiente y objetiva.

El juez no puede declarar una configuración plena del debido proceso, basado únicamente en el hecho que el particular afectado con el acto, haya participado en el procedimiento administrativo, sin verificar en forma simultánea y concomitante, la metodología empleada por la Administración para valorar la prueba, así como su influencia y certeza para la decisión final. El principio de inocencia no se acredita a favor del investigado cuando la prueba es de origen puramente administrativo, como tampoco para la valoración y jerarquía

23 García Pérez, Marta, Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso administrativo, en: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tirant lo blanch, Tomo II, Madrid, 2000, página 2409-2410.

24 Puede verse entre otros a: González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; González Camacho, Oscar, Justicia Administrativa, Investigaciones Jurídicas, San José, 2001.

atribuida a esta en la decisión final, cuando en tales procedimientos la Administración es juez y parte.

Las pruebas recabadas por la Administración en el expediente administrativo, son discutibles en sede judicial, donde no debe dárseles semejante estatus, al tratarse de un simple insumo indiciario, dado que en su concepción objetiva no significan nada para el juez. Tanto la Administración como el destinatario del acto final están en la misma obligación procesal de presentar cada uno su respectiva prueba para sustentar sus pretensiones, pues la sola reclamación de protección judicial implica una disconformidad con la decisión administrativa, que obliga a la revisión general de lo actuado.

Altamente significativa en este sentido es la posición del Tribunal de Justicia de Luxemburgo para la Unión Europea, al decretar el principio de remoción de obstáculos procesales que impidan el acceso a la justicia, denominado como principio de interdicción de la indefensión. Expresamente se dijo:

“Ahora bien, habida cuenta de que el dictamen del Estado miembro sobre cuyo territorio debe ejecutarse el proyecto forma parte del procedimiento que lleva a la adopción de una

*Decisión comunitaria, dicho Estado miembro está obligado a respetar la exigencia del control judicial de cualquier decisión de una autoridad nacional...”*²⁵

Sin entrar en el álgido campo del Derecho Procesal, es requisito decir que el real significado y la importancia procedimental de la prueba -especialmente la testimonial- no está limitada a lo que se dijo, sino al significado y valor que se le asigne al testimonio; no son las palabras sino el contexto en que fueron pronunciadas, con una valoración integral del testigo frente a la Administración, sus vínculos laborales o profesionales, sus particulares intereses, así como los efectos y consecuencias de su testimonio en su esfera individual.

Es capital señalar, desde una perspectiva lingüística y hermenéutica, que el lenguaje por definición es susceptible de interpretación; que esta no es libre sino delimitada por el contexto; que llevada al plano jurídico los linderos estarían dados por la disciplina particular, de donde los alcances de un signo lingüístico no podrían -válidamente- direccionarse hacia cualquier punto, sino hacia el que está dirigido en función de su ubicación en el orden jurídico particular. Un paréntesis sobre el tema, dada su importancia.²⁶

25 Piñar Mañas, José Luis, Justicia administrativa y tutela jurisdiccional, en: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tirant lo blanch, tomo II, Madrid, 2000, página 2293

26 Para no ser repetitivos en notas al pie, se indica que la construcción de este tema se fundará particularmente en la obra de Dubouchet, Paul, Le modèle juridique, droit et herméneutique, Ouverture philosophique, Paris, 2001, páginas 139 y siguientes, con traducción libre del autor.

Los paradigmas jurídicos deben contener cuando menos tres reglas para caracterizarse. Un poder para engendrar normas, esto es, una virtud creativa, segundo, una aptitud para particularizar las situaciones y las experiencias, esto es, una capacidad selectiva, de individualización, y finalmente, la encarnación de los valores como su dimensión axiológica.

Al encerrar la paradoja de los valores, con vocación universal, impuestos a todos, pero que igualmente no pueden ser buscados y aplicados más que en situaciones concretas,²⁷ en cada caso la respuesta o solución dada deberá ser específica para la situación de que se trate.

Las potestades que la Constitución y las leyes otorgan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales; potestades, no privilegios; poderes mensurables, no prerrogativas. El canon de la proporcionalidad, de la racionalidad, de la oportunidad, permite la ponderación del uso de la potestad, su momento y su *quantum*.²⁸

Cabe recordar que la Administración tiene intereses y objetivos determinados por el ordenamiento jurídico, pero la regla de

Derecho no le impone a la Administración -en todos los casos- la forma de alcanzarlos, de manera que en muchas ocasiones quedan espacios descubiertos, cuya integración se fundamenta en una valoración de las necesidades reales.

No existe la *potestad discrecional* como instituto jurídico, sino como posibilidad, se trata de que mediante las alternativas abiertas al buen juicio del administrador, basado en los principios de lógica, ciencia, conveniencia, experiencia, razonabilidad, proporcionalidad, racionalidad y adecuado uso de los recursos públicos, decida lo que mejor convenga a la colectividad, cuando no hay expresión concreta en la norma jurídica que regula su actividad.

A la par de los intereses colectivos que representa la organización, existen intereses particulares cuya validez y eficacia jurídica no puede ser desconocida y su condición de derecho subjetivo, o interés legítimo, obliga a un ejercicio de ponderación que necesariamente modificará la objetividad de la norma y del procedimiento y el juez no puede a priori desconocer esa realidad, con renuncia expresa a ejercer el control y la fiscalización integrales que le ordena la Constitución Política.

27 Lacroix ponía como ejemplo, el término "llamar", que contiene la posibilidad de: ser nombrado por su apelativo, a título de auxilio, o bien, como atender una respuesta de su ser -llamado a servir a Dios-, de tal forma que con dicho término, la clarificación procede del contexto en el que se efectúa y no en otro cualquiera. Lacroix, Jean, Kant et le kantisme, P.U.F., Que-sais-je, 1966.

28 Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de marzo de 1986, y Meilán Gil, José Luis, La Administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978, en: Administración Pública en Perspectiva, 1996, página 364 y siguiente.

La valoración de la prueba en sede administrativa es distinta a la judicial, por la divergencia de valores, intereses y fines entre los dos centros de actuación pública. No es constitucional ni legalmente posible para el juez judicial, conformarse y confirmar sin análisis propio, una prueba recibida y valorada en sede administrativa. Hacerlo implica un quebranto al principio de independencia del juez, derivado del artículo 9 en relación con el 154 de la Constitución Política.

El Derecho Procesal es de orden público, el juez debe proceder conforme la ritualidad jurídica le impone, por lo que ante la inexistencia de una norma procesal que le otorgue *a priori* un valor a una prueba, deberá apegarse a los principios propios de la materia, y en el control de legalidad en la función administrativa; significa: ejecutarlo en forma plena e irrenunciable.

La jurisprudencia comparada considera que el control pleno de la Administración contiene cuando menos tres premisas desde la perspectiva procesal: a) nunca puede suponer un obstáculo a la tutela judicial; b) las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable para la admisión de las pretensiones, c) las formalidades procesales en cuanto limitaciones impuestas al ejercicio de un derecho fundamental, no solo han de

responder a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y, no han de afectar el contenido esencial del Derecho.²⁹

La prueba recabada en sede administrativa es una etapa procedimental sujeta al control judicial y no importa lo que se haya dicho o lo que la Administración haya interpretado de lo que se dijo. Al basarse el acto administrativo en las pruebas del expediente, el juzgador tiene el deber y la potestad de repetirla, modificar su valoración y hasta desecharla si la considera impropia, dubitable, inconsistente, insuficiente y hasta impertinente, porque su autoridad es distinta y superior a la administrativa.

Así quedó establecido en el Derecho Federal norteamericano, según alguna doctrina, al indicar que el control judicial, sintéticamente se conjuga en lo siguiente:

- *El tribunal revisor debe decidir todas las cuestiones de Derecho pertinentes, interpretar las normas constitucionales y legales y determinar el significado o aplicabilidad de los términos de la decisión administrativa.-*
- *El tribunal revisor debe anular la decisión administrativa cuando esta:*

29 Sentencias del Tribunal Constitucional español números 123/1983 del 23 de diciembre; 163/1985 del 2 de diciembre; 117/1986 del 13 de octubre; 109/1987 del 29 de junio; 41/1988 del 14 de marzo; 149/1988 del 14 de julio, y; 141/1988 del 12 de julio.

- *A) es arbitraria o caprichosa, incurre en un abuso de facultades discrecionales o es de otro modo contraria a Derecho;* del control pleno, con infracción a la regla constitucional de la independencia funcional del juez.³¹
- *B) es contraria a un derecho, potestad, privilegio o inmunidad constitucionales;* Lo fundamental es la inconstitucionalidad de la decisión jurisdiccional del Poder Judicial -representada en esta jurisprudencia- que quebranta el texto del Código Político interpretado a la luz de los principios del Estado democrático de Derecho, obligado a ejercer el control pleno de la actividad administrativa.
- *C) Incurre en exceso de competencia;*
- *D) se ha dictado sin observar el procedimiento requerido por la ley;*
- *Cuando la decisión administrativa deba adoptarse sobre la base de un expediente que sea el resultado de un procedimiento formal y contradictorio, podrá también ser anulada si no está apoyada por prueba sustancial.-* El principio de independencia funcional de los poderes del Estado ubica la posición jurisprudencial de la Sala Segunda, en una posición contraria a la Constitución, al quebrantar el artículo 153 de la Carta Política.³² Si bien, ese ordinal no proclama expresamente la *cosa juzgada material*, se extrae de su texto y contexto, al indicar que la resolución judicial es *definitiva*, lo que por lógica lingüística, significa que no hay un más allá procesal.
- *En todos los casos, se tomará en cuenta la totalidad del expediente y se aplicará la regla del error prejudicial.*³⁰

La figura del control pleno es la regla en el Derecho Comparado y también en el sistema judicial de Costa Rica, por lo que la jurisprudencia de la Sala Segunda se separa, sin fundamentación legítima, del principio

La calidad de cosa juzgada material, conforme a la norma constitucional señalada, está limitada a las resoluciones judiciales,

30 Mairal, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, tomo II, página 566 y siguientes.

31 Innecesario señalar todas las vicisitudes y avatares que se suceden en los procedimientos administrativos disciplinarios, cuando funcionarios llamados a atestiguar aprovechan para obtener beneficios, simplemente para perjudicar al compañero, sea porque pueden obtener su puesto o bien, por conflictos puramente personales. No obstante que es materia académicamente prosaica, no deja de tener su valor procesal por los efectos reales que produce en la esfera jurídica de las personas.

32 El numeral mencionada dispone: "Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

sin indicar la tipología ni naturaleza de los procesos capaz de producirla, situación que se dejó al legislador ordinario.

*elementos probatorios; todo lo cual puede, fácilmente, llevar a resultados tan injustos como contrarios al interés público...*³³

La correlación de los artículos 9, 11, 41, 39, 49, 153 y 154 de la Constitución Política, constituyen obstáculos constitucionales insuperables que impiden otorgarle carácter de cosa juzgada material -como inconstitucionalmente hace la jurisprudencia laboral-, a una mera actuación administrativa, pues las potestades otorgadas al Poder Judicial por las normas indicadas, conllevan en su seno, el sometimiento de la Administración al control pleno del juez.

En esta expresión jurisprudencial, la Sala Segunda asumió la calidad de defensora de oficio de la Administración, amén de la ventaja inconstitucional y procesalmente inadmisibles que le otorgó, en perjuicio del particular afectado con la decisión administrativa llevada al plano judicial, porque la dificultad práctica que podría tener la Administración de repetir su prueba en sede judicial, se le duplica al particular que carece de los medios materiales para la propia.

A.2.- La jurisprudencia comentada es contraria al principio de igualdad procesal

Otro cuestionamiento que genera gran preocupación en la jurisprudencia comentada, es la manifestación siguiente:

“... Por esa razón, se ha insistido que la exigencia de reproducir o de proceder a ratificar, en la sede judicial las probanzas ya debidamente evacuadas administrativamente, es una pretensión que atenta de frente contra ese principio; además de colocar a la Administración en una situación de verdadera desventaja; en relación con la contraparte; dado que no siempre es factible poder ratificar o reproducir, en lo esencial, los respectivos

El desequilibrio procesal propuesto por la jurisprudencia comentada, además de inexplicable en pleno desarrollo, auge y vigor de los derechos fundamentales, no tiene asidero jurídico, porque como ya se indicó líneas arriba, el valor y alcances otorgados por la Administración a las pruebas, no necesariamente coincide con la realidad, cuando el *interés público* no puede ser subjetivamente determinado por el funcionario, sino que es una valoración jurídica objetiva, frente a situaciones de hecho y de Derecho, igualmente y en el caso de este último, vinculado de forma estrecha a los fines institucionales, sin que el juzgador pueda renunciar a verificar ese ensamble.³⁴ El juzgador no queda limitado por las

³³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 155, de las 9:30 horas del 15 de marzo de 2006.

³⁴ La mejor demostración de lo planteado, es la sentencia 4399 de las 10 horas 40 minutos del 14 de diciembre del 2010, dictada por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, en el denominado caso Crucitas.

calificaciones de "interés público" que provengan de la Administración, porque esa valoración es de su resorte competencial para determinar la viabilidad jurídica de la decisión administrativa que está siendo cuestionada.

Es necesario señalar, con especial atención en este segundo enfoque de la inconstitucionalidad, que las cuestiones propias y ordinarias de la actividad administrativa de los bancos del Estado, al igual que la de los demás bancos comerciales, no es un asunto de interés público, sino de Derecho común, al no estar comprometidos ni los servicios ni los recursos del Estado.

Otorgarle el privilegio a la Administración de recabar prueba, valorarla y dictar resolución administrativa basada en su particular calificación, sin que esta sea confirmada y valorada por el juzgador, carece de sustento normativo, por lo que la decisión resulta inconstitucional por la infracción al artículo 11 de la Constitución Política.

En el proceso laboral común, los bancos del Estado no califican como Administración Pública sino como patrono; no atienden fines de interés público, sino comerciales y la injusticia -a la que hace referencia la jurisprudencia de comentario- se produce con la violación a los derechos subjetivos de cualquiera de las partes y no por obligar a la Administración a demostrar la justicia de su resolución.

La incapacidad del banco para repetir la prueba en sede judicial, no es una injusticia, sino un problema material que no le corresponde al juez resolver, como tampoco se lo resuelve al justiciable que no logre hacer llegar a sus testigos al proceso. Son cargas procesales de cada parte.

Conclusiones

1.- El proceso contencioso administrativo no es una extensión del procedimiento administrativo disciplinario, por lo que tiene sustantividad propia, sin perjuicio de que lo tramitado en sede administrativa se constituya en un insumo necesario para su desarrollo.

2.- Como no es una continuación del procedimiento administrativo, el juez judicial queda desvinculado por las decisiones administrativas tomadas en cualquiera de sus etapas, lo que implica un control pleno a todo el expediente, con independencia valorativa.

3.- Las partes en un proceso judicial tienen los mismos derechos y deberes, las mismas posibilidades y cargas procesales, de manera que la decisión jurisprudencial de eximir a la Administración de aportar pruebas recabadas en sede administrativa es inconstitucional por el quebranto de los principios de igualdad, de independencia funcional y de legalidad procesal.

Dr. César Hines C.

CONVOCATORIA PARA ASAMBLEA ORDINARIA ANUAL DE ACCIONISTAS OBLIGATORIEDAD Y RÉGIMEN PUBLICITARIO

Dr. Jaime Eduardo Barrantes Gamboa

Introducción

El ordenamiento jurídico concede al socio en la sociedad anónima, el derecho de estar informado sobre la marcha y gestión de los negocios. Tal obligación se confirma, de forma anual por la rendición de cuentas y de los negocios sociales. Empero, aquel derecho de estar informado y a pesar de estar definido por el legislador en el Código de Comercio, puede ser analizado desde otro punto de vista: el del dividendo.

Para conocer de esas cuentas anuales, al socio se le convocará a asamblea ordinaria anual con el fin de conocer los resultados del período como la posible distribución del dividendo. Para ello el accionista contará con derechos tales como información, asistencia, deliberación y votación para aprobar o improbar las cuentas que se le presenten y la posible distribución de dividendos y algunos otros puntos a conocer de exclusiva competencia de esa específica asamblea.

Pero como todo proceso lineal tratándose de la asamblea ordinaria anual, éste se

descompone en etapas, necesarias para la buena marcha y toma de decisiones, de modo tal que el objeto del presente comentario radicará en profundizar algunos aspectos de la convocatoria como etapa de ese proceso establecido para la reunión de accionistas.

Acuerdo del Consejo de Administración Balances y rendición de cuentas.

El consejo de administración como órgano, debe garantizar la unidad de la gestión social en virtud de los acuerdos celebrados¹, teniendo por tanto, carácter de voluntad diferente a la de sus integrantes. De este modo, la junta directiva, como órgano necesario y permanente, luego de haber estado a cargo de los negocios sociales durante el período fiscal y en perfecto acoplamiento con el órgano de representación debe, dentro del plazo de tres meses que inicia con la clausura del ejercicio económico, reunirse con el fin de adoptar los acuerdos pertinentes para convocar y celebrar la asamblea ordinaria anual. El convocante será, el funcionario designado en estatutos o bien el autorizado por el consejo de administración.²

¹ véanse arts. 184 párrafo segundo y 260, ambos del Código de Comercio.

² Ver párrafo primero, artículo 158 del Código de Comercio. Al efecto, sobre el convocante, véase Barrantes Gamboa, Jaime Eduardo, El convocante para la asamblea de accionistas, Revista Judicial, 99, (2011), 19-38

Como proceso asambleario, la junta directiva hará el inicio de una serie de actos secuenciales que dan contenido al proceso de control de las cuentas como de la gestión, que se conocerán en la correspondiente asamblea ordinaria anual. Certad expone, que los administradores constituyen el órgano al que, institucional y legalmente compete la administración de la sociedad. Por ese motivo, tiene como deber, el de iniciativa, tanto para la convocatoria de asambleas cuanto para la redacción del balance que deben someter a aprobación de la asamblea de accionistas, (art. 155 inciso a) del Código de Comercio)³ y se agrega que el órgano fiscalizador debe revisar⁴ el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal, que de alguna manera debe constar la ejecución de tal obligación, sea en el correspondiente acuerdo del Consejo de Administración o mediante nota separada al efecto que se pondrá en conocimiento del socio conforme aparte segundo párrafo segundo artículo 164 del Código de Comercio.

De acuerdo con las funciones del administrador –término genérico-, tanto el someter el balance o estado de resultados

cuanto los informes de gestión a aprobación o no en la asamblea de accionistas, no es otra cosa que rendición de cuentas.

Que es la rendición de cuentas? En palabras de Verón, es una acción que se acuerda contra toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios, total o parcialmente ajenos y en el caso de una sociedad anónima dueña de los bienes y negocios en gestión, es la sociedad quien puede exigir al administrador la correspondiente rendición de cuentas, pues se trata de una acción de naturaleza social que no puede entablarse sino en beneficio del ente.⁵ La rendición de cuentas, para el caso costarricense, es impuesta por el legislador, en el caso de las sociedades anónimas a los administradores societarios y debe llevarse su rendición y examen a cabo en asamblea ordinaria anual, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico,⁶ sin perjuicio de realizarse fuera de la asamblea anual. El período fiscal es de un año, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta número 7092, que iniciará el primero de octubre de cada año, salvo que se autorice otro.

3 V. Certad, Gastón, La administración de la Sociedad Anónima, I Composición y Funcionamiento del Órgano Gestor, Revista de Ciencias Jurídicas, 69 (1991) 147-148.

4 Ver inciso d) artículo 197 del Código de Comercio costarricense.

5 Conf. Verón, Alberto Víctor, Tratado de los Conflictos Societarios, Parte Segunda, (2007) 3.

6 La obligación de rendir cuentas se puede decir es resultado de un principio de razón natural, ya que sólo quien tiene derecho exclusivo sobre un bien puede usar de él libremente, sin tener que rendir cuentas a nadie de su conducta. Aquel que no se encuentre en tal situación y administre bienes total o parcialmente ajenos, está en la obligación de rendir cuentas. A este respecto su obligación es la de presentar las cuentas respectivas, por medio de una relación pormenorizada y completa del activo y el pasivo, en este caso de las cantidades que la sociedad ha percibido y del destino dado a ellas..." (Voto 968-F-02 de 15 horas 50 minutos del 11 de diciembre de 2002).

El informe de resultados, se conoce generalmente como balance y tiene múltiples funciones, entre ellas, constituye una de las modalidades del derecho de información documental, además determina la situación patrimonial y financiera de la sociedad⁷ en un momento determinado, en este caso, al cierre del ejercicio fiscal. Butturini, por su parte, explica que el balance del ejercicio desempeña múltiples funciones de acuerdo con los destinatarios y tiene función informativa como medio objetivo de certeza del resultado conseguido y de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, pero en el fondo, lo que se busca con la información documental, es comprobar que los administradores, período a período mantengan o incrementen, el valor de la empresa como valor para el accionista.

En consecuencia, por esa obligación anual de rendición de cuentas, el consejo de administración deberá reunirse, luego de la clausura del ejercicio económico, para tomar el acuerdo correspondiente a fin de convocar a asamblea ordinaria anual de accionistas. Para tales efectos, el consejo deberá ser convocado en la forma y tiempo que indiquen los estatutos y legislación al efecto con el fin de funcionar legalmente, es decir, con el quórum respectivo y sus acuerdos tomados por la mayoría respectiva. Para la toma de

acuerdo, deberán contar con la información documental relacionada con el resultado anual entre otros, en cuanto es obligación del consejo realizarlo al llevar a cabo los negocios sociales⁸, resultado que comprende balances de situación patrimonial; de ganancias y pérdidas, sin limitarse a estos, como la información correspondiente, tales como los históricos de las variaciones hacia atrás de la situación patrimonial al igual que de ganancias y pérdidas, situaciones de liquidez y financiera para confirmar el resultado, que como lo relaciona Garreta Such, el cálculo del resultado pasa a un segundo plano, por cuanto la función de los administradores no es la maximización (ni siquiera la optimización) del resultado, sino incrementar (o por lo menos mantener) el valor del patrimonio de la empresa, dejando de ser fundamental para el cálculo del resultado que las ganancias estén realizadas, lo importante es que estén devengadas: el ingreso se produce cuando se aumenta el valor de los activos y el resultado calculará las ganancias o pérdidas por la actividad realizada, pudiéndose reconocer también en las cuentas del patrimonio.⁹

De esa manera, puede decirse que uno de los pasos importantes del proceso asambleario es la toma del acuerdo del Consejo de Administración para convocar a la asamblea ordinaria anual. Es producto de

7 Butturini, Paolo, L'impugnazione del Bilancio d'esercizio, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, V 47 (2007) 2-4.

8 Ver artículo 2423 del Código Civil Italiano y artículo 258 del Código de Comercio costarricense.

9 Conf., Garreta Such, José María, El derecho contable en la nueva ley 16/2007 (las cuentas anuales), (2007) 145-146.-

ese poder de iniciativa en la convocatoria, de acuerdo con el artículo 163 del Código de Comercio, se confirma al indicar:

“Artículo 163. El orden del día deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea, y será redactado por quien haga la convocatoria.

Quien estenganderechoapedirlaconvocatoria de la asamblea, lo tienen también para pedir que figuren determinados puntos en el orden del día.”

El acuerdo de la Junta Directiva será, sin duda, convocar a asamblea con un inventario de temas para rendir las cuentas y eventual distribución de dividendos si fuere del caso, entre otros.

La convocatoria.

La convocatoria deberá realizarse en el tiempo que el Código de Comercio ordena para la celebración de la asamblea ordinaria anual de accionistas. Se considera, de acuerdo con el artículo 155 del Código de Comercio, norma imperativa.¹⁰ El objeto es, conocer la

gestión y el resultado anual, evitar la dilución de dividendos¹¹ en protección de minoría y si hubiere ganancia, además de la declaración y distribución de dividendos, contribuir con los gastos del Estado.¹²

Precisamente el órgano y funcionario cuentan con competencia para la convocatoria y celebración de la asamblea en la oportunidad que señala el ordenamiento societario, de modo que podría advertirse, que el convocante pierde competencia para ejercitar el poder de iniciativa al no convocar en tiempo la asamblea anual. Pasados esos tres meses, a quien corresponde convocar? Bueno, es una función que bien puede corresponder a otro órgano que es la Fiscalía o bien, a solicitud del socio o socios ante la administración y en caso de negativa u omisión, solicitarla al juez.¹³ No procede la convocatoria mediante una asamblea de accionistas, por cuanto no es competencia del órgano¹⁴ como tampoco pueden convocar directamente uno o varios socios.

Toda asamblea de accionistas requiere de convocatoria¹⁵, salvo la excepción de la asamblea totalitaria. En palabras de Blasco Gascó sobre este último punto, si estando

10 El artículo 2364 del Código Civil Italiano, señala como norma imperativa la convocatoria anual para la aprobación del balance.

11 Ver Lapertosa, Flavio; Liebman, Stefano; Sbisa Giuseppe y Zoppini, Andrea. Codice Civile Commentato, III Alpa, Guido e Mariconda, Vincenzo (coords), (2005) p. 1424

12 Conf. artículo 18 constitucional y Ley del Impuesto sobre la Renta.

13 Ver artículos 159, 160, 161 y 197, inciso e), todos del Código de Comercio.

14 Conf. Verón, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Ley 19550 comentada, anotada y concordada, II (2007) 849.-

15 Consúltese Considerando VII de la resolución 071/2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de 9:30 horas del 21 de marzo de 2003, por la cual confirma, que una asamblea sin convocatoria es nula.

presente todo el capital social, los asistentes aceptan por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos por tratar, los socios asumen voluntariamente la celebración de la junta universal es porque nada tienen que objetar respecto del cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a ésta, por lo que, si el socio o los socios no están conformes con la información presentada o bien aceptan no recibirla, después no pueden revocar el acto propio.

Para iniciar, el párrafo primero del artículo 152 del Código de Comercio costarricense, establece:

“Artículo 152. Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. ...”

De acuerdo con el párrafo citado, para convocar a asamblea de accionistas, como reunión de socios, requiere de ciertas formalidades que el mismo Código de Comercio impone. Por una parte, Rodríguez Rodríguez, asegura que la reunión de socios se hará conforme con las condiciones exigidas por ley o por estatutos y por otra, garantiza que la asamblea está en condiciones de expresar la voluntad social.¹⁷

Claro está, esa convocatoria se hará sobre materias que sean competencia que el mismo Código atribuye a la asamblea específica. Esta es la tesis de la competencia residual¹⁸ y que el mismo párrafo segundo del artículo 152 del Código de Comercio relaciona.

La convocatoria en ese sentido, está vinculada con el derecho de información para cada accionista de forma individual, con el derecho de voto como de asistencia¹⁹ al igual que el derecho de solicitar se convoque a asamblea de accionistas y de exigir que en las asambleas convocadas se traten determinados asuntos.²⁰

Función de la convocatoria.

La convocatoria tiene la función de dar a conocer los temas por tratar a los que tienen derecho a asistir a la futura reunión o celebración de la asamblea. Debidamente convocados los socios, se da contenido a lo establecido en el párrafo primero del artículo 152 del Código de Comercio, el que establece a la asamblea como el órgano supremo legalmente convocado.

Lo relacionado en el artículo 163, es norma general, pero la del 155 será norma especial. Por tales motivos, para Narváez García el

16 Blasco Gascó, Francisco. Impugnación y subsanación de acuerdos sociales por defectos de forma en la doctrina jurisprudencial, (2008) 75.-

17 V. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de sociedades mercantiles, séptima edición (2001) 471.

18 Conf., Rodríguez Rodríguez, op. cit, 470.-

19 Sobre derecho de asistencia, consúltese el artículo 2370 del Código Civil Italiano.

20 Conf. Gutiérrez Falla, Laurenao. Derecho Mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas, II. (1988) 232-236; Concepción Rodríguez, José Luis. La convocatoria de la junta, en Órganos de la sociedad de capital, Gimeno-Bayón Cobos Rafael y Garrido España Luis, (coords), (2008). 117-118.

orden del día implica la relación discriminada de los temas que se someterán a estudio y decisión de la junta o asamblea de asociados. Su inserción en la convocatoria tiene estos fines: 1) dar a conocer de antemano la agenda de las deliberaciones y facilitar a los asociados prepararse para opinar y votar a conciencia o, por lo menos, con algún conocimiento de causa; 2) establecer la prioridad de los asuntos que serán estudiados; 3) delimitar, en principio las cuestiones sobre las cuales ha de pronunciarse el órgano máximo²¹, pero a su vez, otros autores como Busi²², explican que la convocatoria tiene una función positiva y otra negativa, donde la primera corresponderá acerca del contenido de los asuntos a tratar y la última, relativa a evitar sorpresas sobre materias no incluidas en el orden del día, donde la buena fe es fundamental.

Como se dijo, en cuanto a los temas por tratar, los socios ausentes, tendrán la seguridad que solo los asuntos contenidos en la convocatoria son los que se conocerán en la respectiva reunión²³, con salvedad de aquellos temas accesorios que es posible no incluir en la convocatoria y que pueden considerar en una asamblea ordinaria anual. Los autores Lapertosa, Liebman, Sbisà y Zoppini, en sus

comentarios al Código Civil Italiano, exponen que la convocación de la asamblea tiene la finalidad sustancial de satisfacer intereses de los socios informándoles que en un determinado momento y en un preciso lugar se procederá a una reunión de los accionistas o legitimados en la sociedad para discutir y deliberar los temas importantes.²⁴

En igual sentido, Madina relaciona que el legislador ha querido que los interesados, con facultades de control sobre la contabilidad social, sean periódicamente y, al menos una vez al año, informados sobre la situación patrimonial de la sociedad y el desarrollo de la gestión.²⁵

La convocatoria, de acuerdo con Busi y citando a Santoro-Passarelli es un acto de comunicación que ingresa en la categoría de los actos jurídicos en sentido estricto, en la subcategoría de las participaciones o comunicaciones, cuales declaraciones no negociales de hechos (reunión asamblearia), destinado al conocimiento de terceros.²⁶ Flume, por su parte, haciendo un listado de actos del ordenamiento jurídico del BGB (Código Civil) alemán, indica que el tráfico jurídico está colmado de comunicaciones

21 Conf. Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las sociedades, décima edición (2008) 296.-

22 Busi, Carlo Alberto, *Assemblea e decisione dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, Trattato di Diritto dell'economia, IV. (2008) 412.-

23 Ver considerando IV del voto 328-F-2008 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 14:45 horas del 11 de junio de 2003 que se cita en el próximo apartado.

24 Conf. Lapertosa, Liebman, Sbisà y Zoppini. *Codice Civile Commentato*, III Alpa e Mariconda (coords), (2005) 1092

25 Conf. Madina, Fernando. *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima*, (2004) 81.

26 Santoro Passarelli, voz *atto giuridico*, en *Enciclopedia di diritto*, IV, Milano, 1959, p. 213, citado por Busi, op. cit., p. 277.-

de todo tipo y, en virtud de ello algunas se aproximan a las declaraciones de voluntad jurídico negociales²⁷ pero, tratándose de la convocatoria para una asamblea, puede afirmarse que se trata de un acto con algunos efectos que se dirán.

Uno de los efectos de la función de la convocatoria para la asamblea ordinaria anual, es la constitución del quórum de presencia como de votación.²⁸ En efecto, tal esquema regulatorio consta en los numerales 169 a 171, en lo que compete a la asamblea ordinaria anual, todos del Código de Comercio de Costa Rica para la primera como la segunda convocatoria. Este marco de convocatoria, asistencia y votación representan una posición garantista para tal asamblea²⁹ y que no pueden ser quebradas o bien, con pacto en contrario constante en acuerdos parasociales.

El Código de Comercio ha establecido para la validez de las asambleas y en garantía de conexión de derechos, requisitos formales y sustanciales. La conversión o saneamiento

sufrirán la misma suerte del acuerdo si éste está manchado con vicios de nulidad.

El contenido de la convocatoria.

De la relación de los numerales 158, 163, 164, párrafo primero y 165, todos del Código de Comercio, la convocatoria debe expresar, entre otros los temas a tratar³⁰, el lugar, la fecha y la hora para la celebración de la asamblea. De la conjunción de tales numerales, el socio debe conocer, en qué lugar se van a discutir los temas de la agenda y, con mayor razón, los de la asamblea ordinaria anual.³¹

Tratándose de la fecha, es claro que si el artículo 155 del Código de Comercio obliga a celebrar la asamblea en el plazo de los tres meses, la fecha para la celebración de la asamblea es durante esos tres meses y no fuera de ese plazo.

Del artículo 164 del Código de Comercio, se establece la indicación de la fecha de la celebración, la cual tiene relevancia por varias razones: a) entre la publicación del bando y la

27 Flume, Werner. El Negocio Jurídico, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, (1998) 146 y sgte.

28 V. Graziani, Alessandro; Minervini Gustavo y Belviso Umberto, Manuale di Diritto Commerciale, (2004) 246; Rodríguez Rodríguez. Tratado de sociedades mercantiles, sétima edición (2001) 470-471.

29 Caso contrario, ver artículo 176 inciso b) del Código de Comercio de Costa Rica.

30 Ver Gutiérrez Cerdas, Alfonso, Algunas consideraciones acerca del orden del día en el derecho societario costarricense, Revista Judicial, 99, (2011), 9-18 y Pérez Vargas, Víctor, El orden del día como límite de orden público de la competencia de asambleas no totalitarias de las sociedad anónimas, Revista Judicial 97, (2010), en http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documents/revs_juds/rev_jud_97/index.htm

31 Sobre la relevancia del lugar, ver Concepción Rodríguez, José Luis. La convocatoria de la junta, en Órganos de la sociedad de capital, Gimeno-Bayón Cobos Rafael y Garrido Espa Luis, (coords), (2008) 123.- Asimismo, ver párrafo primero del artículo 2363 del Código Civil Italiano, como el artículo 162 del Código de Comercio de Costa Rica, que en realidad, es una regla flexible, pero predeterminada.

celebración, debe haber un período de quince días para garantizar el derecho de información del socio; b) la fecha de la celebración de la asamblea ordinaria anual no debe traspasar el plazo de tres meses, entre otras.

Todos los documentos contables, balances³², como cualesquiera otros, que formaron parte del acuerdo del consejo de administración y que dan contenido al ejercicio del poder de iniciativa en la convocatoria para la asamblea anual, formarán, de acuerdo con la parte segunda del párrafo segundo del artículo 164³³ del Código de Comercio patrio, el conjunto de documentos, libros y anexos que darán contenido al derecho de información³⁴ del accionista de forma previa a la asamblea. Dicha documentación, estará en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas o en el lugar autorizado al efecto. El cumplimiento de esa obligación de informar, es una competencia orgánica que, según Martínez Martínez, pesa sobre el órgano y no a cada uno de sus miembros, por lo que, en cuanto a la información documental, no se hacen salvedades.³⁵

El Código de Comercio, señala el plazo por el cual tales documentos estarán a disposición de los accionistas, con el fin de su revisión y análisis. No obstante, la protección de secretos y otras informaciones confidenciales, como secretos comerciales, deberán ser resguardados que como consecuencia de la globalización, la competencia internacional, los cambios en la división y organización del trabajo, la sociedad de la información, la aparición de nuevas tecnologías, etc., definidos como el entorno, obligan a las estructuras organizacionales a modificarse en aras de proteger su posicionamiento en el mercado. Ese rediseño estructural interno, incluye la protección de la información, en especial la no divulgada o confidencial, que será aquella que no ostente carácter público o esté al alcance de personas o técnicos. La Sala Constitucional, entiende como información pública, "... aquella que tiene relación con el giro normal de la administración pública y con asuntos de interés público, es decir, que no involucre información que afecte la esfera de la intimidad de una persona, violente la seguridad nacional, la integración territorial,

32 V. Gutierrez Falla, op. cit., pp. 251-252, expresa que desde el punto de vista del accionista, el balance tiene que cumplir, por tanto, con dos funciones primordiales: a) servir de parámetro para el ejercicio de los derechos patrimoniales que le corresponden, como son: el derecho al dividendo, al receso y a la cuota de liquidación; b) servir de fuente de información para que pueda enterarse de la verdadera situación financiera de la compañía a través de un documento que reúna las características mínimas de exactitud, claridad y precisión exigidas por la ley.

33 Artículo 164. ... En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la asamblea. Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas. ...

34 Gutiérrez Falla, op. cit., 241, define el derecho de información, como el derecho que corresponde a todo accionista de obtener de los administradores de la sociedad datos sobre el desenvolvimiento de los asuntos societarios, excluyendo aquellos casos en que los administradores tiene, por ley, sin el requerimiento de los socios, la obligación de dar noticias, como es en la convocatoria de una asamblea, el orden del día, etc.

35 Conf. Martínez Martínez, María Teresa. El derecho de información del accionista en la sociedad anónima, (1999) 181.

la seguridad jurídica, la defensa del Estado, la prevención del delito, la imparcialidad de los jueces, el orden público, la protección de la salud, la moral pública, los secretos de Estado, secretos industriales o comerciales, los datos personales, en especial la información sensible, como es la religión, su preferencia sexual, su domicilio, su afinidad política, su oficio o sexo.”³⁶

Entonces, puede afirmarse que esa obligación de información previa a la asamblea es de carácter relativa, y no incluirá la información que constituya secreto empresarial, industrial, etc. o bien confidencial,³⁷ acreditándose entonces obligación de la administración en la calificación y protección legal de tal información, no atribuible a otro órgano, como por ejemplo, la fiscalía. De acuerdo con esa obligación de información, el acreedor –el accionista-, ejercerá un control social sobre la administración y permitirá al socio razonar, conforme al recibo de tal información, verter consentimiento sobre el voto en la asamblea.³⁸

Además, en caso de que el aviso disponga, con base en artículo 165 del Código de Comercio, que la primera convocatoria se hará en una fecha y la segunda en otra fecha; por ejemplo; 24 horas después de la primera convocatoria, deberá relacionarse en el bando consignando la fecha y hora de esa segunda convocatoria, si es que los estatutos así lo permiten, salvo que se haya indicado que es una hora u otro lapso de tiempo específico.

Así que, tratándose del orden del día o agenda, delimita la competencia de la asamblea en el sentido de la indicación sobre la materia por tratar, siempre y cuando sea competencia de esa asamblea ordinaria anual e incluso podrá tratarse de temas como revocatoria y nombramientos y abarcar temas propios de la asamblea extraordinaria, en cuyo caso, la asamblea será ordinaria y extraordinaria, artículos 154 y 166, ambos del Código de Comercio. Sin embargo, si un tema no fue objeto de convocatoria, no podrá ser conocido en la asamblea respectiva y si se conociere y con acuerdo al efecto, podrá ser objeto de nulidad.³⁹

³⁶ Conf. Sala Constitucional, voto 2002-11356 de 16:35 horas del 27 de noviembre de 2002.

³⁷ Sobre la información confidencial, el legislador ha regulado aquella información que merece protección. Es así como ha otorgado tutela normativa de los secretos empresariales, industriales y comerciales y ejemplo de ello, son los numerales 26, 265 y siguientes del Código de Comercio, el 273 de la Ley General de la Administración Pública, 196 bis, 203, 217 bis, 229 bis, 242, todos del Código Penal, 71, 81 y siguientes del Código de Trabajo, 77 de la Ley de Biodiversidad, etc., art. 5 inciso c) de la ley 6029 de Protección al Representante de Casas Extranjeras, más todas aquellas protecciones pactadas contractualmente en el caso de transferencia de tecnología y conocimientos industriales (know how) y otros como franquicias, consultorías, management, llave en mano, etc., y más recientemente, las normas relacionadas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el art. 67 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las normas relativas a la ley del mercado de valores, el art. 30 constitucional, la ley 8220, arts. 2, 7 y siguientes de la Ley 7975 de Información No Divulgada, como las regulaciones contenidas en la ley 7475 (Ronda de Uruguay), la ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, sin limitarse a estas.

³⁸ Conf. Gutiérrez Falla, op. cit, p. 242. En igual sentido, Madina, op. cit., 67.-

³⁹ Ver voto 328-F-2003, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 14:45 horas del 11 de junio 2003.

Uno de los mayores inconvenientes, radica en los temas accesorios y que no se incluyen en la convocatoria. Puede ser la propuesta de los socios para sancionar al administrador y la falta de convocatoria al efecto. Este es uno de los temas discutidos, en tanto el mismo administrador, con competencia para convocar, es lógico pensar que no va a consignar un punto sobre el cual verse sobre su sanción. Es claro, que la norma prevista en el inciso a) del artículo 155 del Código de Comercio, el cual indica que deben ser tomadas las medidas correspondientes, puede referirse a la posibilidad de adecuar el balance, por ejemplo, luego de que el accionista haya obtenido asesoría y haga ver su punto de vista en la asamblea. Sin embargo, el conflicto se presenta cuando no se convoca para sancionar al administrador. En ese caso, se deberá proceder por la vía o vías al efecto.

Definitivamente, de acuerdo con la redacción de los puntos por tratar para la asamblea, se parte de la tesis que el derecho de voto, tal y como lo exponen Easterbrook y Fischel, es el derecho a adoptar las decisiones que no estén previstas en el contrato⁴⁰, es decir, se trata de que la situación de la compañía no se traduzca en pérdidas, se puedan obtener resultados, o bien, se garanticen bienes en

la liquidación. Esto último es en lo interno societario y de cara al accionista, pero lo que mueve el motor interno empresarial y su participación en el mercado, es el intercambio de bienes y servicios con consumidores y otros agentes económicos, que mediante actos y contratos, producirán los ingresos y egresos que dan contenido al balance societario.

La publicidad de la convocatoria.

Si no estamos en presencia de una asamblea totalitaria, la omisión de convocatoria puede implicar la nulidad de los acuerdos tomados. La publicidad de la convocatoria, es un requisito de validez asambleario⁴¹, de modo que la convocatoria para la asamblea, con la excepción de la asamblea totalitaria, es un requisito ineludible. Deberá la convocatoria con los temas agendados, ser publicitado dentro del plazo establecido legalmente, por cuanto está predeterminado por el legislador. Mediante aviso, el convocante, conforme agenda, llamará a todos los que tengan un derecho de asistir a la asamblea, como a accionistas (principio de igualdad de trato⁴²), acreedores prendarios que cuentan con pacto de participación en asambleas ordinarias, nudatarios y usufructuarios, como otros con derecho de asistir que pueden ser concedidos por el juez.⁴³

40 Conf., Easterbrook Frank y Fischel Daniel, La estructura económica del Derecho de las sociedades de Capital, edición española a cargo de Francisco Marcos (2002) 86.

41 Ver al efecto, considerando VII del voto 071/2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

42 Ruiz Peris, Juan Ignacio. Igualdad de trato en el Derecho de Sociedades, (2007) 227-232.

43 Ver al efecto, artículo 18.3 de la Ley de Cobro Judicial.

En cuanto a la forma de convocar, debe entenderse que si en la escritura no se determina la forma de convocación, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio, deberá publicarse mediante aviso en la Gaceta. En este caso, si los constituyentes no plasman su voluntad en el contrato para regular como quieren que sean convocados, la ley suple el silencio, es decir, la forma de comunicar el acto de convocatoria fue determinada por el legislador. Pero actualmente, por la evolución de las tecnologías, perfectamente las sociedades anónimas podrían subir una página en internet y mantener informados a sus accionistas sobre la convocatoria y otros asuntos de interés, lo cual podría motivar reforma legal integral para que las sociedades cuenten además del domicilio social con uno electrónico.

Sobre la forma de convocatoria, la Sala Primera tuvo ocasión de pronunciarse sobre tal aspecto, tal como se expone a continuación:

RES: 000521-F-2003 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas treinta y cinco minutos del veintiocho de agosto del año dos mil tres.

“XII ...Ahora bien, la forma de convocatoria para la asamblea de accionistas es la estipulada en la escritura social; pero a falta de disposición expresa lo es como lo regula el Código de Comercio, por aviso publicado en La Gaceta (artículo 158 *ibídem*)...”

Los socios en el acto constitutivo, o bien, posteriormente, pueden decidir el mecanismo de publicación de convocación a la asamblea y su comunicación a los socios, pero si hubiere silencio en el pacto, la convocatoria se hará por medio de aviso publicado en “La Gaceta”. No obstante, el plazo que debe mediar entre el aviso publicado y la celebración de la asamblea es un tema que se analizará más adelante. Es interesante la disposición del párrafo segundo del artículo 2366 del Código Civil Italiano, la cual relaciona que el aviso debe ser publicado en la Gaceta Oficial de la República o en al menos un diario o periódico indicado en el estatuto al menos quince días antes de la asamblea. Si el diario expresado en el estatuto ha cesado las publicaciones, el aviso debe ser publicado en la Gaceta Oficial.

Empero, en el caso costarricense, el plazo mínimo para la publicación de la comunicación, debe ser igual a lo dispuesto en el artículo 164, párrafos primero y siguiente del Código de Comercio:

“Artículo 164. La convocatoria para asamblea se hará con la anticipación que fije la escritura social, o en su defecto quince días antes de la fecha señalada para la reunión, salvo lo dicho en los artículos 159 y 161.

En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la asamblea. Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las

oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas.

...”

El plazo de los quince días⁴⁴ y no otro que de alguna manera restrinja ese plazo, constituiría una violación al derecho de información del socio por limitación temporal⁴⁵. Ahora bien, ese plazo en días, debe entenderse como días hábiles⁴⁶, por disposición normativa expresa en el Código de Comercio, artículo 417, el cual hace inaplicable lo dispuesto en los artículos 15 y siguiente del Código Civil, que contempla regla de días naturales.

Y es que durante ese tiempo de quince días, desde el momento mismo de la publicación al día de la asamblea, deberá estar a disposición del socio el informe de resultados económicos con el visto bueno de Fiscalía⁴⁷, el informe de gestión social, la rendición de cuentas y la documentación correspondiente a la distribución de dividendos, en su caso y otros documentos y libros que se relacionen con la agenda, todo en garantía del derecho de información preasambleario, tal y como lo define el aparte segundo del segundo párrafo del artículo 164 del Código de Comercio.

Además, la convocatoria para la integración asamblearia, presenta efectos para el socio, para la sociedad como para el mercado en sí. Precisamente, en cuanto al socio como

aquellos con algún pacto a su favor, art. 139 bis Código de Comercio, como garantía del derecho de asistencia, consiste en avisarle que a determinada hora, día y lugar, artículos 162, 164 y siguiente, todos del Código de Comercio patrio, se llevará a cabo una asamblea para conocer los puntos contenidos en la agenda, es decir, la convocatoria limita la competencia del órgano.⁴⁸ Veamos un ejemplo: revocatoria y nombramiento de administradores: según el Código de Comercio, artículo 155, la revocación y designación corresponde a una asamblea ordinaria, nunca a una extraordinaria. Otro ejemplo: declaración de dividendos y posterior pago conocido por asamblea extraordinaria o bien actos que son competencia del Consejo de Administración y se convoque para ser por una asamblea extraordinaria y así sucesivamente.

El derecho de información del socio, de acuerdo con el contenido de la agenda, se conformará en cuanto a los temas relacionados en la lista que se pone en conocimiento de los accionistas e interesados con la suficiente antelación, por cuanto, en palabras de Verón, la elaboración, exposición y presentación de los estados contables van a integrar el derecho de información del accionista, referido al aspecto contable de la gestión y a las consiguientes aclaraciones

44 Ver en igual sentido, artículo 179 del Código de Comercio de Honduras.

45 En su momento, Gastón Certad había realizado algunos comentarios al efecto.

46 Ver al efecto, Considerando VII, voto 69-2011 de 9:45 horas del 20 de mayo de 2011, Tribunal Civil de Heredia.-

47 Ver inciso d) artículo 197 del Código de Comercio costarricense.

48 Conf, Gutiérrez Cerdas, op. cit y Pérez Vargas, op. cit en nota 41.

sobre las valoraciones dudosas del balance, privándole, a su vez, de cualquier derecho de investigación directa de la contabilidad y de los libros sociales⁴⁹. También deberán estar a disposición de los socios, documentos y libros relativos a la asamblea.⁵⁰

Referente a la sociedad misma, la convocatoria obliga a los diferentes órganos a actuar conforme al llamado para celebrar la junta y se determina de antemano la competencia asamblearia. Por su parte, de cara al mercado, el funcionamiento asambleario anual ordinario confirma que la sociedad cumplirá con los deberes y obligaciones tributarias.

La convocatoria, habiendo sido tratada para su comunicación de acuerdo con estatutos, puede ser realizada por el medio escogido, al contrario, en su omisión, puede dar lugar a la eventual nulidad de los acuerdos tomados en asamblea. Ya la Sala Primera tuvo ocasión de pronunciarse sobre un tema de esta naturaleza, pero para la asamblea extraordinaria, lo cual no significa que pueda aplicar igual para la ordinaria anual. Al efecto, resolvió la Sala:

RES: 000288-F-99 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

“VI. RECURSO POR EL FONDO: En todo caso, a mayor abundamiento, resulta conveniente resaltar que el recurrente utilizó en la especie la regulación contemplada en el artículo 158 del Código de Comercio para descartar la participación de los restantes socios en la asamblea extraordinaria que convocó a través de tal procedimiento. En efecto, obra en autos prueba testimonial y confesional donde se ratifica que la forma tradicional de convocar a las asambleas de esta sociedad lo era a través de una nota y, además, de un recordatorio vía telefónica. Consecuentemente, si para esos efectos nunca se había utilizado la publicación en el diario oficial La Gaceta, pese a ser ese el procedimiento que correspondía al no estipular el acta de constitución mecanismo alguno sobre el particular, lo cierto es que los socios no tenían razón para presumir el cambio que se practicó. Precisamente de esa confianza sacó provecho el señor ... al convocar inesperadamente a través de un medio en el que se busca un objetivo totalmente diferente al obtenido en este caso: la real comunicación o notificación a los socios de que se realizará una asamblea. Es decir, se utilizó un sistema de información establecido por la ley para burlar los derechos de los socios presuntamente convocados. La mala fe con que se actuó en este asunto, se evidencia aún más al determinar que los socios fueron convocados a través del medio

49 V. Verón. Tratado de los conflictos societarios, I (2006), 406.

50 Ver artículo 175, Ley de Sociedades Alemana.

para ellos tradicional, a una asamblea que se realizó el 9 de mayo de 1996. En esa oportunidad, el recurrente no informó nada de la siguiente asamblea que se realizaría el 20 de junio de ese año y para la cual saldría publicado el aviso el 20 de mayo...”

Sin embargo, diferente es la especie de relacionar en estatutos, de acuerdo con el artículo 158 del Código de Comercio, la publicidad de la convocatoria por cualquier medio válido. Este tema fue analizado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indicando, que tal forma de convocación es válida.⁵¹ En ese caso de la Sala Tercera, la convocatoria se realizó por medio de la Gaceta.

Claro, que de *lege ferenda*, el párrafo primero del artículo 158 del Código de Comercio puede ser modificado como el actual artículo 2366 del Código Civil Italiano, en el sentido, de que será válida la convocatoria por cualquier medio que documente el socio, que puede ser un aviso en la Gaceta, esto con el fin de evitar la regulación contractual por ejemplo, dependiendo del avance tecnológico, aparecerán nuevos medios y ello obligará a la constante modificación estatutaria. Esto permitirá flexibilizar la convocatoria y no hacerla de forma rígida.⁵²

Desconvocatoria, prórrogas y nuevas inclusiones de temas a tratar.

Si el convocante, luego de la publicación de la convocatoria, por alguna razón o por pedido de socios para desconvocar, prorrogar o bien, incluir nuevos temas de agenda, deberá utilizarse el mismo procedimiento que para la convocatoria, otorgamiento de plazos y las correspondientes comunicaciones al efecto, esperas y celebración de asamblea.

Bien puede suceder alguna o algunas de estas hipótesis, de suerte que es conveniente conocer el proceso asambleario para que las especies fácticas que sobrevengan, puedan ser regularizadas conforme al iter procedimental.

Breves consideraciones sobre el dividendo.

Los numerales 25 y 122, ambos del Código de Comercio patrio, regulan el derecho corporativo abstracto de participación en las ganancias. El derecho concreto se manifestará de dos formas: derecho al dividendo cuando exista superávit como la declaración y distribución del dividendo si se dan los requisitos para ello en esta caso: balance aprobado del año y ganancia líquida, dando como consecuencia, un derecho de crédito a favor del accionista.

51 Ver al efecto, considerandos I y II del voto 2007-00173 de 9 horas del 5 de marzo de 2007, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- El artículo 2366 del Código Civil Italiano, permite la convocatoria directa al socio como por medios informáticos.

52 Al efecto, el artículo 124 de la Ley de sociedades alemana, permite en el caso de las sociedades cotizadas en Bolsa, publicar la convocatoria en la página de la compañía.

Pero para que el dividendo se materialice, debe haber acuerdo asambleario al efecto. Sin perjuicio de su ampliación en otro artículo, existe una amplia discusión doctrinal de si los socios cuentan o no con un derecho al reparto periódico de dividendos.⁵³ No obstante, como regla general, tanto el artículo 141 como el artículo 155 ambos del Código de Comercio patrio, establecen obligatoriedad de celebrar una asamblea anual para conocer del balance anual y sobre distribución de utilidades que resultaren del mismo complementado, claro está, del asocio de numerales 142 y 27 párrafo segundo, también del Código de Comercio. Como puede notarse, el derecho abstracto como concreto a la ganancia muestra una faceta interesante en la realidad societaria, para socios como también para el Estado y para el mercado en si.

De esta forma, entonces, de acuerdo con los numerales 27 párrafo segundo, 142 y siguiente del Código de Comercio, si la utilidad del período es líquida, el Consejo de Administración cuando convoque a asamblea ordinaria anual, deberá incluir en el orden del día la distribución de dividendos con las salvedades que corresponda y tal punto también debe ser publicitado como tema de agenda en la convocatoria respectiva.⁵⁴ De esta forma entonces, si no se convoca para

declarar y distribuir dividendos del período o bien se acuerda distribuir parte de los mismos, que sucederá? La respuesta podría ser la siguiente: los dineros encajados constituirían, de una parte, un eventual aporte no justificable y consecuentemente un aumento de capital sin formalidades legales para autofinanciar a la sociedad en sus negocios y de otra, que responderán por las posibles pérdidas de los períodos siguientes.

Pero la cosa no termina ahí, ya que pueden haber más interrogantes como la que se dirá: si la asamblea aprueba el balance y no declara dividendos de ese período, porque no fue convocada para ello, podría declararlos posteriormente? Bueno, casos como este han generado disputas en la doctrina⁵⁵ o bien podría constituir ejemplos de opresión⁵⁶, exceso de poder⁵⁷ y otras soluciones como pensar en la percepción en la cuota de liquidación, aumento de capital, pero el asunto habría que analizarlo de acuerdo con los temas a tratar en la respectiva convocatoria. El derecho a percibir dividendos no deriva de la sola la aprobación del balance sino de la voluntad asamblearia, de manera que si la convocatoria no dedica un tema a la declaratoria y distribución de dividendos de la ganancia –líquida- del período, el socio deberá proceder conforme ordinales 159 y

53 Ver Gutiérrez Falla, op. cit. pp. 430-435.-

54 Ver considerando VIII, voto 807-F-S1-2010 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 8:25 horas del 8 de julio 2010. Sobre estos temas, consúltese artículo 175 de la Ley Alemana de Sociedades Anónimas.

55 Ver nota 1091, en Gutiérrez Falla, op. cit., p. 443.

56 Consúltese Vázquez Lépinette, Tomás, La protección de las minorías societarias frente a la opresión, (2007).

57 Ver Arleo, Rossana; Balzarini, Paola; Benincasa, Domenico; y otros, Comentario al Codice Civile, a cargo de Paolo Cendom, artt. 2421-2451, Società per azioni, 2010, pp. 288-289.

160, ambos del Código de Comercio o bien el Fiscal pedir la correspondiente asamblea luego de transcurridos los tres meses que establece el numeral 155 del Código de Comercio.

Convocatoria judicial

Se ha relacionado que en caso de omisión de convocación a asamblea ordinaria anual, los socios pueden solicitar, conforme numerales 159 y siguiente, ambos del Código de Comercio, a la administración social que convoque a asamblea para los fines apuntados en la petición de aquellos.

Para tales efectos, la administración cuenta con un plazo de quince días hábiles para convocar, sin embargo, si el consejo de administración fuere omiso, los petentes podrán acudir al juez del domicilio de la sociedad para que convoque a asamblea y celebre la misma, conforme procedimientos de jurisdicción voluntaria. Para tales efectos, la asamblea deberá celebrarse con los temas solicitados y peticionados, no bastando, en mi opinión, la simple oposición de los administradores⁵⁸ para evitar la asamblea.

Conclusiones.

La asamblea ordinaria anual deberá realizarse conforme temporalidad fijada al efecto y bajo

el proceso asambleario. Para su realización, el socio y aquellos con algún interés, deberán ser convocados por aviso conteniendo orden del día, lugar, hora y fecha de celebración, todo con el fin de conocer al menos del estado de resultados y de la posible declaración y distribución de dividendos, si es que hubiere.

Empero, tal situación obliga, en materia registral comercial, a la verificación del respeto por el plazo mínimo de convocatoria, quince días hábiles y no otro inferior pero que si puede ser superior. También, es conveniente que las sociedades anónimas utilicen el mecanismo de doble convocatoria, es decir, además de la publicación del aviso en la Gaceta o un diario o medio escogido, un correo electrónico o que cada sociedad cuente con una página en internet y ahí se publicite la convocatoria como lo permite la Ley de Sociedades Alemana, art. 124. Además, por reforma legal, las sociedades deberán registrar, además del social, domicilio electrónico al efecto. Así, el socio como la administración tendrá un especial interés en la evitación del agotamiento del derecho al dividendo con miras a la distribución del resultado del período si la ganancia es líquida, con el correspondiente beneficio estatal y distribución de la riqueza.

58 Sobre el tema, consúltese el Considerando II de la resolución del Tribunal Primero Civil, número 443-P de 8:25 horas del 26 de mayo 2010 y Barrantes Gamboa, op. cit., pp. 19-38.-

DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA 1821-1949

Lic. Hernán Esquivel

Antecedentes

El surgimiento de las constituciones en países contemporáneos tiene su explicación básicamente en tres causas principales: al establecerse una comunidad política como Estado independiente, lo que configura el establecer las bases jurídicas de su autonomía y futuro; por la agregación de comunidades vecinas en un Estado único según el ejemplo de los Estados Unidos de América, lo que a su vez exige precisar el marco normativo común; y finalmente porque una nación rompa en cierto modo con las formas de gobierno de su pasado, y pase a regirse políticamente por nuevos principios.¹ Esto último es lo que sucedió con Costa Rica en 1821, no sólo al independizarse de la monarquía española, sino también, al adherirse nuestros forjadores del incipiente Estado Nacional, a las ideas aparecidas en la Europa del siglo xviii y que dieron lugar a los primeros movimientos de constitucionalización y la aparición del Estado de Derecho.

El primer gran movimiento de constitucionalización se inició cronológicamente en los Estados Unidos de América al sublevarse las trece colonias americanas contra Gran Bretaña, declararon su independencia en 1776 logrando emitir la primera constitución política escrita del siglo xviii, la Constitución de los Estados Unidos de América, documento que tuvo una influencia trascendental en el constitucionalismo hispanoamericano del siglo xix.² La Revolución Francesa da lugar a la promulgación de la primera constitución en Francia de 1791, el derrocamiento del absolutismo monárquico del denominado Antiguo Régimen sustituido por un Estado de Derecho donde los ciudadanos son titulares de la soberanía nacional y, la constitución es la ley suprema elaborada a través de sus representantes, y esa ley suprema o fundamental da amparo a la división de poderes característica del Estado de Derecho, que da pie a la formación de un Poder Legislativo que dicta las leyes, el Ejecutivo que las lleva a la práctica, y el Judicial que dirime los conflictos y litigios.³

1 Escudero, José Antonio. Curso de Historia del Derecho, Madrid, 1985, p. 871

2 Sáenz Carbonell, Jorge. El Despertar Constitucional de Costa Rica, San José, Asociación Libro Libre, 1985, pp. 33-34

3 Escudero, op. cit, p. 872

Incorporación de Costa Rica al movimiento constitucional.

Para tratadistas, como Mario Alberto Jiménez, Marina Volio, Carlos José Gutiérrez y Jorge Sáenz, Costa Rica se incorpora al movimiento de constitucionalización del mundo occidental con la promulgación de la *Constitución Política de la Monarquía Española*, emitida por las Cortes Españolas en Cádiz en 1812, primera constitución que tuvo vigencia en Costa Rica antes de la independencia de España en 1821.⁴ Pero lo cierto es que el denominado *Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia*, es el primer instrumento de origen constitucional elaborado y promulgado por los costarricenses el 1 de diciembre de 1821, dando lugar a la cadena de constituciones que en igual sentido han tenido vigencia en Costa Rica hasta culminar con la Constitución actual que data de 1949.

Con la constitución vigente a partir del 7 de noviembre de 1949, es la número trece que ha tenido el país (sin contar la Constitución Federal de Centroamérica, promulgada en Guatemala en noviembre de 1824). Catorce constituciones en casi doscientos años de independencia. De esas catorce, once corresponden al período comprendido entre los años de 1821-1871, en un lapso de alrededor de cincuenta años, y muchas de ellas con un promedio general de vigencia

entre uno a dos años. Por otra parte, desde 1871 a la fecha sólo hemos tenido tres constituciones incluyendo la promulgada el 7 de noviembre de 1949.

Para una mejor comprensión del proceso constitucional en nuestro país, seguiremos los lineamientos que a tal efecto estableció el profesor Carlos José Gutiérrez, al considerar tres etapas del desarrollo constitucional costarricense: *La Etapa del Ensayo*, *La Madurez Constitucional* y *La Constitución de 1949*.

La Etapa del Ensayo

Esta primera fase, correspondiente a *La etapa del ensayo*, es en la que nuestro país buscó la formación de una nacionalidad y superó en tal tarea los problemas planteados dada la pobreza de sus recursos naturales, escasez de población, limitación de su medio físico, y la disyuntiva de escoger entre la vida independiente o pertenecer a una entidad política de mayor tamaño, como fue el caso de la efímera anexión al Imperio Mexicano de Agustín de Iturbide en 1822 y a la República Federal Centroamericana en 1824 y la determinación de escoger su capital entre las cuatro ciudades más importantes (San José, Cartago, Alajuela y Heredia).

4 Sáenz Carbonell, Jorge. Elementos de Historia del Derecho, San José, p. 170. Jiménez, Mario Alberto. Desarrollo Constitucional de Costa Rica, San José, Editorial Costa Rica, 1973, p. 28. Volio, Marina. Costa Rica en las Cortes de Cádiz, San José, Editorial Juricentro S.A., 1980, pp.29-66 Gutiérrez, Carlos José y otros. Ensayos Derecho Constitucional Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1983, p.20

Una vez resueltos los anteriores problemas correspondientes a estos primeros años, se encontró en el cultivo del café una fuente de riqueza importante para dar base a una vida futura, rechazando además el intento de sojuzgamiento colonial pretendido por el norteamericano William Walker y, posteriormente, superadas algunas secuelas de ignorancia básica del pueblo costarricense y la influencia militarista consecuencia de la guerra de 1856, se halló finalmente en el liberalismo una ideología que sirviera de orientación general a su desarrollo político.⁵

Por lo anterior, la multiplicidad constitucional de La etapa del ensayo es perfectamente comprensible. Las fechas de la puesta en vigencia de las distintas constituciones se suceden con una celeridad realmente sorprendente: diciembre de 1821, marzo de 1823, mayo de 1823, enero de 1825, marzo de 1841, abril de 1844, febrero de 1847, noviembre de 1848, diciembre de 1859, abril de 1869, diciembre de 1871.

En los comienzos de este período, se notan claramente la mezcla básica de las dos influencias que determinan el arranque de nuestra vida constitucional independiente: la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de los Estados Unidos de América de 1776. La de Cádiz se hizo presente en los orígenes de nuestra vida independiente, ya que el

Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica es considerado una adaptación de dicha Carta Española.

Así, el tratadista Hernán G. Peralta manifiesta: **“Estudiados la Constitución de Cádiz de 1812 y el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, o Pacto de Concordia de 1821, se advierte la identidad de ambos documentos, ajustado el costarricense al medio y a las circunstancias, apareciendo por lo mismo como una derivación de cortos alcances, porque las posibilidades eran diferentes.”**⁶

La citada influencia contrasta con la de Estados Unidos de América que comienza con la Constitución de la República Federal Centroamericana y su derivación costarricense, la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de enero de 1825. En esta constitución, el Jefe de Estado (régimen presidencialista) sustituye a la Junta Gubernativa (gobierno colegiado) característico de las constituciones precedentes (Pacto Social, Primero y Segundo Estatuto Político) y del Sistema de Cádiz. A pesar de ello, la influencia de Cádiz se mantiene a través del relevante papel que juegan los municipios en las actividades políticas del país por varios años y el sistema de elección de varios grados que subsiste hasta 1913.⁷ Para el tratadista

5 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis del Proceso Constitucional, San José, Equidad de Centroamérica S.A., 1975, pp. xiv y xv.

6 Peralta, G. Hernán. Las Constituciones de Costa Rica, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 11

7 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., pp.xv y xvi

Carlos J. Gutiérrez, lejos de continuar la copia de legislaciones extranjeras en su desarrollo constitucional posterior, las cartas fundamentales costarricenses se suceden como modificaciones graduales de los modelos originales con un desarrollo orgánico propio e independiente.

Si bien es cierto, al igual que en otros países latinoamericanos, las constituciones resultan ser variaciones sobre un modelo fundamental, que resulta de la combinación de las dos influencias constitucionales antes citadas, si excluimos el intento de don Braulio Carrillo para convertirse en gobernante vitalicio y el sistema de tribunos que pretendía la Constitución de 1844, el patrón que se estableció fue siempre el mismo: un balance entre Presidente y Congreso o Asamblea Legislativa, con predominio temporal de uno u otro dentro del *principio del péndulo*. Así, hemos pasado de constituciones de Legislativo fuerte y Ejecutivo débil a otras de Ejecutivo fuerte y Legislativo débil, para orientarnos nuevamente hacia el mayor poder de la Asamblea en la Constitución de 1949.⁸ En este proceso, el poder pasa del predominio Legislativo que caracteriza a las primeras constituciones, a un Ejecutivo dictatorial con Carrillo, y como reacción contra Carrillo, la Constitución de 1844 debilita al Ejecutivo y colocó al Legislativo como centro de la actividad estatal (Legislativo bicameral) y amarra las manos del Ejecutivo, cuyo jefe era electo cada cuatro años, y

limitado en la iniciativa en la formación de la ley, e incluso en los informes que presentaba de la situación de las ramas de la administración, no podía proponer medidas a adoptar sobre el particular. Se restablecen las municipalidades eliminadas por Carrillo, cuyos integrantes eran elegidos por elección popular e independientes del ejecutivo. Las constituciones de 1847 y la reformada de 1848 fortalecen al Ejecutivo, al eliminar el senado, y se reduce la representación en el Congreso a diez diputados y el vicepresidente del Estado será su presidente nato, según lo dispuesto por la primera de las constituciones citadas. También, prácticamente el Legislativo estaba subordinado al Ejecutivo, quien además de intervenir en la formación de la ley, adquiere el derecho al veto suspensivo. Otra innovación importante es que los ministros de Estado tenían derecho a un asiento en la Cámara Legislativa con voz pero sin voto. El período presidencial se alarga a seis años. La Constitución de 1848 refuerza aún más al ejecutivo y se le incorpora el decreto del Congreso de 31 de agosto de 1848, declarando a Costa Rica República soberana, libre e independiente. El Ejecutivo puede nombrar y remover a los ministros del Estado y a todos los demás servidores del ramo Ejecutivo, además de dirigir las negociaciones diplomáticas, celebrar tratados con otros gobiernos y ratificarlos previa aprobación del Congreso, tomar las medidas que estime necesarias para defender el país de cualquier agresión exterior, o conmoción interior que le

8 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., p. xvi

amenace, aunque debía dar cuenta razonada al Congreso, así como conmutar la pena de muerte con otra grave a los que hayan sido condenados a ella, cuando encuentre motivos de conveniencia pública.

La Constitución de 1859 acorta el período presidencial a tres años y prohibía su reelección, sin haber transcurrido un período constitucional después de su separación del mando, ni tampoco podía elegirse seguidamente a ningún pariente suyo dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad. El Congreso asume la forma bicameral y fue suprimida la designación de Vicepresidente de la República, y por primera vez se utilizó el Sistema de Designados nombrados por el Poder Legislativo para sustituir al Presidente en sus ausencias. La Constitución de 1869 es prácticamente una copia de la anterior, por lo que es también un ejemplo de Ejecutivo débil frente al Legislativo fuerte que mantiene su forma bicameral.⁹ De lo anterior, se desprende la caracterización de esta primera *Etapa del ensayo*, donde el esfuerzo va dirigido a encontrar las instituciones que mejor se amolden a la realidad política y social costarricense.

Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica

Como consecuencia de la separación de Costa Rica de la Monarquía Española,

proclamada por la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica el 11 de octubre de 1821, el 25 de octubre del mismo mes y año, y a petición del Cabildo de San José, se reúne en Cartago la denominada Junta de Legados de los Ayuntamientos, pues sus integrantes fueron nombrados por los propios cabildos. En aquella ocasión, se enfrentaron dos tendencias o posiciones en relación con la representatividad, dado el importante mandato que tenían tales delegados como era la organización y establecimiento de un gobierno provisional que asumiera los asuntos públicos, militares, etc., de la incipiente Nación.

El Bachiller Rafael Francisco Osejo consideraba que aquellos legados por serlo de los Ayuntamientos, no tenían la suficiente potestad para decidir sobre una forma de gobierno, pues su autoridad para aquel acto no emanaba directamente del pueblo, sino que habían sido elegidos para funciones diferentes y dentro de ellas, no estaba incluida la pretendida en ese momento. La otra tendencia, encabezada y propiciada por el señor José Santos Lombardo, sostenía lo contrario, es decir, que aquellos legados sí tenían el poder y la autoridad suficiente para tomar aquella decisión. La tesis triunfante fue la del Bachiller vOsejo, y por tal motivo, los legados debieron dirigirse a sus propios Ayuntamientos para realizar una votación popular y nombrar legados a una nueva junta

9 Peralta, G. Hernán. Las Constituciones, op.cit., pp.133-460

que se reuniría de nuevo en Cartago. La Junta de Legados de los Pueblos se instaló el 12 de noviembre de 1821 y como lo hemos indicado, su realización primordial fue la elaboración del *Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia*, promulgado el 1° de diciembre de 1821. Por tal razón, la Junta de Legados de los Pueblos es considerada como la primera Asamblea Constituyente reunida en Costa Rica.¹⁰

A nuestro criterio y prueba de lo anterior, es indudable la presencia en Costa Rica y específicamente en sus primeros conductores, de las ideas políticas tan en boga en aquella época, entre otras, la reacción a las personas e instituciones representativas del Antiguo Régimen, las alternativas entre liberalismo y absolutismo y, por ende, la legitimidad democrática, donde la participación del pueblo en la toma de decisiones en el ámbito gubernamental, es fundamental y, en última instancia, es la hora de la Constitución y del sistema de frenos y contrapesos. Conscientes de tal situación, nuestros legados comandados por el Bachiller Osejo, comprendieron y aplicaron fielmente el respeto por la voluntad popular hecho una realidad desde la formación e integración de esas primeras *Juntas*: Junta de Legados de los Ayuntamientos y Junta de Legados de los Pueblos que terminó por privar el

carácter de elección popular en cuanto a su integración y, a partir de ese momento, se impuso casi ininterrumpidamente dentro del desarrollo constitucional del país con algunas excepciones, ese respeto por la voluntad popular y por el imperio de la constitución y la ley, que nos libró en muchas ocasiones de las tiranías caudillescas, azote de los otros países centroamericanos e iberoamericanos en el siglo xix.¹¹

El texto original del *Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica*, contaba con 58 artículos divididos en 7 capítulos. El Pacto expresaba que la Provincia de Costa Rica estaba en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos y que podía unirse a otro estado americano. Se reconocían la libertad civil, la propiedad y otros derechos, pero se mantenía el catolicismo como única religión permitida. Confiaba el gobierno de la provincia a una Junta Superior Gubernativa, compuesta por siete miembros, elegidos anualmente mediante un sistema de sufragio universal indirecto. Dicha Junta tendría potestades legislativas y ejecutivas y residiría tres meses en cada una de las cuatro principales poblaciones de ese tiempo¹² (San José, Alajuela, Heredia y Cartago). La Junta no tenía facultades omnímodas, pues de conformidad con los artículos 48 al 55 daban derecho a los ciudadanos para acusar

10 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis del Desarrollo Constitucional de Costa Rica, Resumen de la tesis doctoral presentada ante la Universidad de Madrid en febrero de 1971, pp. 18-20

11 López Gutiérrez, Santiago. Origen y Características de la Democracia Costarricense. Ensayos sobre la Democracia Costarricense, San José, Ministerio de Educación Pública, 1976, p. 45

12 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia del Derecho Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1997, pp. 240

a cualquiera de sus miembros de “crimen de acusación popular” si se extralimitaban en el uso de sus funciones, lo que provocaba la formación de un Tribunal Supremo de Residencia que sería el encargado de conocer de esa acusación e implantar el castigo, si fuere procedente.¹³ Las funciones judiciales, en cuanto a primera instancia, quedaron en manos de los denominados Alcaldes Ordinarios conforme a las leyes españolas. En lo que compete a la segunda y tercera instancia, se recurrió a soluciones provisionales, debido a que el país carecía de tribunales de tal naturaleza. Se conservó, además, el sistema de ayuntamientos de elección popular de acuerdo con la Constitución de Cádiz de 1812, la que quedaba vigente en forma subsidiaria.¹⁴

Algunos aspectos a recalcar en relación con el Pacto, tenemos el concepto de soberanía introducido al documento. Podemos afirmar que en este aspecto el pensamiento de los constituyentes de 1821 fue claro. Si bien no se expresó bajo los lineamientos de la Carta de Cádiz, no por ello el concepto se hallaba ausente en la mentalidad de los integrantes de la Junta de Legados de los Pueblos. Así, el artículo 1° del Pacto a la letra dice: **“La Provincia de Costa Rica está en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos para constituirse en una nueva forma de gobierno y será dependiente o**

confederada de aquel Estado o potencia a que le convenga adherirse, bajo el preciso sistema de absoluta independencia del Gobierno español y de cualquier otra que no sea americana”.¹⁵

El contenido del artículo mencionado trajo una controversia en cuanto al significado del concepto. El tratadista Hernán G. Peralta considera que esta cláusula respeta lo declarado en el artículo 2 del Acta de la Independencia aprobada en Cartago el 29 de octubre de 1821, al tomar en cuenta el movimiento de anexión a México.¹⁶ Pero, el tratadista Mario Alberto Jiménez considera que en dicha cláusula hay una doble significación: una positiva y otra negativa, íntimamente relacionadas con la noción de soberanía. Lo positivo consiste en reconocer capacidad por parte de los costarricenses para constituirse bajo un sistema de gobierno propio, lo que implica una noción de soberanía absoluta, aunque sin mencionar el concepto directamente. La parte negativa, que considera una enajenación de esa soberanía, al declararse la posibilidad de anexarse a otra nación o potencia americana, pues la entendían como una categoría preliminar, que se ve fundamentada al dársele al documento de fondo un carácter interino.¹⁷

Pero siguiendo el criterio del Dr. Oscar Aguilar Bulgarelli, que avalamos plenamente,

13 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., p. 23

14 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp. 240-241

15 Peralta, G. Hernán. Las Constituciones, op.cit. p. 134

16 Peralta, G. Hernán. El Pacto de Concordia, San José, Antonio Lehmann, tercera edición, 1969, p. 17

17 Jiménez, Mario Alberto. Desarrollo Constitucional de Costa Rica, San José, Editorial Costa Rica, 1973, pp. 34-35.

al juzgar muy severo lo externado por el tratadista Jiménez, pues más bien era la forma de lograr un entendimiento entre los grupos antagónicos de aquel momento. Sobre todo, tomando en consideración que aquellos sucesos que culminaron con la independencia, se presentaron en forma sorpresiva, algo que nadie esperaba, pues hasta un mes después es que se tienen noticias de lo sucedido en Guatemala, y ser benévolo con las actuaciones de quienes forjaron el Pacto y observar en sus actuaciones el deseo ferviente de controlar una situación difícil e inesperada.¹⁸ En igual sentido, Hernán G. Peralta manifiesta: **“El Pacto de Concordia fue estudiado, redactado y promulgado por un grupo de antiguos colonos de Costa Rica que iban moldeando poco a poco, entre disputas y diferencias de criterio, la fisonomía de una patria que ellos mismos no se habían percatado que venía formándose desde antes de la independencia; llena de limitaciones y de pequeñeces, pero efectiva, constitución calculada para el servicio de ese grupo de nuevos ciudadanos que en el artículo 5 del proyecto se había llamado a sí mismos “Hombres libres”, es decir seres humanos a quienes en otros trabajos hemos llamado” Los hombres libres del Pacto de Concordia”**.¹⁹

Agregamos nosotros, un consenso, una negociación, entre las fuerzas políticas imperantes en ese momento del surgimiento del constitucionalismo costarricense que se disputaban el poder político durante los primeros años de la independencia, consenso que no será el primero ni el último en el desarrollo constitucional de Costa Rica.

Primero y Segundo Estatuto Político

El 10 de enero de 1822, el Pacto de Concordia sufrió una modificación de gran importancia en su artículo 1º;: la anexión de Costa Rica al Imperio Mejicano y el envío de representantes a las Cortes de Méjico y sujetarse a la constitución que aquel soberano congreso estableciera.²⁰ Esto trajo como resultado el resurgir de las luchas entre las dos tendencias que se habían manifestado antes de la promulgación del *Pacto de Concordia* (anexionistas y separatistas) encabezadas por una ciudad o población importante, Cartago la primera y San José, la segunda.

Los pueblos de Costa Rica, en ese entonces, se debatían entre una serie de tendencias políticas: la anexión al Imperio Mejicano con sumisión a la Diputación Provincial de León, la unión al Imperio en una forma condicional

18 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., pp. 21-22

19 Peralta, G. Hernán. El Pacto, op.cit., pp. 21-22

20 Peralta, G. Hernán. El Pacto, op.cit., p. 84

que garantizara cierta autonomía, la posibilidad de mantenerse al margen de los acontecimientos y, más tarde, la de integrarse bajo una forma republicana de gobierno a Colombia.²¹ Tal situación resultó ser una amenaza que redundaría con desequilibrar el orden constitucional establecido en 1821. La Junta Superior Gubernativa no estaba en condiciones de hacer efectiva su autoridad para imponerse a los ayuntamientos de las ciudades en conflicto, por lo que estuvo conforme con la iniciativa de una junta de legados de los municipios, reunida en Cartago el 13 de febrero de 1823, para que **“...la provincia según lo exijan las circunstancias, reunida por el orden que ha constituido el Pacto Social, si lo juzgase conveniente, determine sobre todo lo que conduzca a su mejor existencia”**.²² Con base en la propuesta anterior, se convocó a los pueblos para elegir representantes a un Congreso provincial, el cual inició sus sesiones en Cartago el 3 de marzo de 1823 bajo la Presidencia de don José María de Peralta y La Vega. La tarea asumida por los constituyentes era revisar el Pacto, sin embargo, el texto entró en vigencia como una nueva constitución, a la que el Congreso denominó *Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica*, que consta de 53 artículos distribuidos en 9 capítulos.

Los aspectos modificados se concretaban en dos: la nueva situación política de la

provincia, desligada del Imperio Mejicano, y la reestructuración del gobierno ante los obstáculos que representaba el esquema de 1821, y en adelante, se llamará Diputación de Costa Rica, integrada por un Jefe Político, un Intendente, y un Comandante General de Armas.

El Primer Estatuto Político ha sido la constitución de más corta vigencia en la historia constitucional de Costa Rica, promulgado el 17 de marzo de 1823, nueve días después, el 29 del mismo mes y año, el régimen constitucional se derrumbó al producirse un golpe de estado contra las autoridades establecidas. El grupo imperialista de la ciudad de Cartago, se adueñó del cuartel de la ciudad proclamándose con gran entusiasmo el sistema imperial; así se produjo el primer atentado contra el orden legal que registran los anales del país. De haber sido otra la integración del gobierno, quizá este hubiera podido subsistir, trasladándose a una población republicana, como San José o Alajuela. Sin embargo, por lo menos la mitad de los integrantes del régimen derrocado simpatizaban con el movimiento golpista, con lo cual quedó el país sin gobierno superior y las poblaciones tuvieron solamente la autoridad de su propio ayuntamiento, tal y como sucedía en 1821. Por lo anterior, son pocas las consideraciones de orden jurídico que cabe realizar ante tal situación, sobre todo si se reconoce que ninguna constitución

21 Sáenz Carbonell, Jorge. *El Despertar*, op.cit., pp. 154-155

22 Iglesias, Francisco María. *Documentos Relativos a la Independencia*, citado por Sáenz Carbonell... *El Despertar*, p.204

hubiese salvado un régimen que no inspiraba respeto ni confianza dentro de sus propios integrantes y, unido a la situación internacional (anexión a Méjico), y las rivalidades y divergencias entre el grupo de Cartago y los sectores emergentes de San José, fueron, en definitiva, factores determinantes en la ruptura del orden constitucional originado por el golpe de estado de 29 de marzo de 1823. Al ser desconocido el gobierno por los imperialistas, la autoridad política quedó, según se ha señalado, en el respectivo ayuntamiento de cada pueblo. Posteriormente al combate de Ochomogo, el poder supremo recayó de hecho en el líder militar de los grupos republicanos Gregorio José Ramírez, quien en aras de volver a la legalidad, convocó a sesiones al Congreso Provincial, confirmando a Ramírez en el puesto de Comandante General de las Armas.²³ El cuerpo constituyente instalado al efecto inició sus tareas en San José el 16 de abril de 1823 bajo la Presidencia de don José María de Peralta y La Vega, y en la misma fecha se hizo cargo del gobierno, y el 16 de mayo de 1823 aprobó un nuevo texto constitucional, el *Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica*, de 56 artículos distribuidos en 8 capítulos. El nuevo estatuto al igual que el primero, disponía que la Provincia de Costa Rica estaba en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos y que podía unirse a otro estado americano.

Al igual que el Pacto de Concordia y el Primer Estatuto, reconocía la libertad civil, la propiedad y otros derechos, pero mantenía el catolicismo como única religión permitida. Confiaba el gobierno de la Provincia a una Junta Superior Gubernativa, formada por 5 miembros propietarios y 2 suplentes, elegidos mediante un sistema de sufragio universal indirecto renovables por mitades cada dos años. Tenía potestades legislativas y ejecutivas y fijaba de modo permanente su sede en la ciudad de San José. Se mantenían las figuras de Jefe Político, Intendente y Comandante General de Armas. Las funciones judiciales, en primera instancia, al igual que en el Pacto y en el Primer Estatuto quedaron en manos de los Alcaldes Ordinarios, de conformidad con las disposiciones españolas, y para la segunda y tercera instancia se recurrió a soluciones provisionales. Se puso de nuevo en vigencia el Tribunal de Residencia creado en el Pacto de Concordia, y se conservó el Sistema de Ayuntamientos de elección popular establecido por la Constitución de Cádiz de 1812 que quedaba vigente en forma subsidiaria al Estatuto. El 10 de mayo de 1823 tomó posesión la Junta Gubernativa, que ejerció el poder hasta el 8 de setiembre de 1824. *El Segundo Estatuto Político de Costa Rica* estuvo vigente hasta setiembre de 1824, al reunirse un nuevo Congreso Constituyente que organizó al gobierno conforme con las bases de Constitución Federal de 17 de

23 Sáenz Carbonell, Jorge. *El Despertar*, op.cit., pp.204-226

diciembre de 1823, y al cesar la vigencia de este Estatuto, quedó definitivamente abrogada en Costa Rica la Constitución de 1812.²⁴

La Constitución Federal de Centroamericana de 1824 y la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica

En el acta de independencia de 15 de setiembre de 1821 promulgada en Guatemala, se había acordado la realización de un Congreso de representantes de las provincias del antiguo Reino, iniciativa que había quedado en suspenso al producirse la unión al Imperio Mejicano. Al entrar este en crisis, como consecuencia de la sublevación contra don Agustín de Iturbide, las autoridades de Guatemala dispusieron el 29 de marzo de 1823 revivir la idea del Congreso, convocándolo para decidir sobre la separación de la Monarquía Española y la unión al Imperio, y examinar las circunstancias de la Nación y el partido que en ellas convenga tomar a estas provincias. Las provincias apoyaron la decisión, salvo Chiapas, que resolvió continuar unida al Imperio Mejicano.

Ante la caída del régimen monárquico en Méjico, la gran mayoría de los que habían sostenido la causa anexionista cambia de opinión, de allí que, casi sin disputa, el Congreso declaró nula la unión al Imperio el 30 de junio de 1823. Si bien es cierto el Congreso había sido reunido para decidir

sobre la situación política del antiguo Reino de Guatemala, al definirse la ruptura de los nexos con España y Méjico, quedó planteada la necesidad de organizar la nueva nación centroamericana.

Como es del conocimiento general, el sistema de gobierno que había de adoptar el Istmo fue el asunto que originó mayor controversia en el seno de la Asamblea Constituyente. En el continente, geográfica e históricamente, había pocas regiones tan desunidas como el antiguo Reino de Guatemala, lo que fue aprovechado por los partidarios del régimen unitario como federal para apoyar sus ideas: **“Ni a unos ni a otros escapaba la existencia de fuertes localismos, nacidos en un vasto territorio escasamente poblado, pero mientras los serviles inducían de eso –ya se puede imaginar por qué íntimas razones– la necesidad de un gobierno central fuerte y poderoso que impidiera según decían, el relajamiento progresivo de la unidad nacional, los liberales sacaban la conclusión de que era necesario instituir, bajo un gobierno nacional, gobiernos seccionales o locales que se adaptaran a las necesidades, condiciones y sentimientos diversos de cada región.”**²⁵

Los constituyentes centroamericanos, en su empeño de dar a la nación una organización jurídica fundamental, tomaron

²⁴ Sáenz Carbonell, Jorge. Historia del Derecho, pp. 245-247

²⁵ Facio, Rodrigo. “La Federación de Centroamérica”, en Obras de Rodrigo Facio, citado por Sáenz Carbonell, El Despertar, op.cit., pp. 244-245

en consideración una variada gama de instrumentos. Además de la Constitución Española de Cádiz, tuvieron a mano el documento estadounidense de 1789, los planos de gobierno colombianos federales y unitarios, la Constitución Portuguesa y los códigos gubernamentales franceses. Finalmente la tesis liberal y federalista salió triunfante en la Asamblea.²⁶

La Asamblea Constituyente de Guatemala, el 17 de diciembre de 1823 había aprobado unas **Bases de Constitución Federal**, texto que contaba de 45 artículos y recogían los principales lineamientos que se proyectaba otorgar al futuro gobierno de la Provincias Unidas, que inspiraron la promulgación el 22 de noviembre de 1824, la Constitución de la República Federal de Centroamérica, que constaba de 211 artículos distribuidos en 15 títulos. La Constitución contenía varios principios liberales entre los que destacan la proscripción de la esclavitud, limitación de la pena de muerte a casos muy calificados y el reconocimiento del derecho de asilo. En lo que respecta a la organización del gobierno, establecía un Presidente y un Vicepresidente, un Congreso sobre base numérica y un Senado con representación igual para cada Estado, y una Corte Suprema de Justicia, todos elegidos por sufragio universal indirecto en tres grados.²⁷

Como consecuencia de la incorporación de Costa Rica al régimen federal y en obediencia a lo que estipulaba la Constitución de 1824, los costarricenses convocarán a una Asamblea Constituyente que promulgará una Carta Fundamental para el ordenamiento interno del Estado. Así, el 25 de enero de 1825, fue emitida la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, que como hija del régimen federal tiene aspectos similares a la promulgada en Guatemala.²⁸

Constaba de 121 artículos distribuidos en 14 capítulos. Sus principales modelos fueron la Constitución Salvadoreña de 12 de junio de 1824 y las Bases de la Constitución Federal. Cabe destacar que, además de recoger algunos aspectos relacionados con el iusnaturalismo racional de origen francés y americano, contempló algunos principios del iusnaturalismo cristiano, entre los que destacan que la ley debía tener un fin útil y justo, que la ley injusta no era ley y que existía un derecho de resistencia moral a la opresión.

Así, por primera vez en la historia constitucional de Costa Rica, se revela la fuerte influencia del pensamiento francés, pues en el encabezado del texto de la constitución se enumeraban los derechos y deberes de los costarricenses que provenían de los ideales de la Escuela Clásica

26 Sáenz Carbonell, Jorge. El Despertar, pp. 239-249

27 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp. 250-251

28 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., p.27

del Derecho Natural y la Declaración de Derechos esbozados por los revolucionarios americanos y franceses, como el principio de igualdad ante la ley, la libertad de expresión, reunión, y los derechos de petición y portación de armas, inviolabilidad de la propiedad y el derecho de los ciudadanos a ocupar cargos públicos, sin más diferencia que la de sus virtudes y talentos, así como la participación del manejo de la cosa pública por medio de la representación.

El reconocimiento de tales principios significa poner el derecho constitucional de Costa Rica a la altura de aquella época. El aspecto en el cual los constituyentes se apartaron del modelo federal y salvadoreño fue el relativo a los gobiernos locales, pues tuvo la influencia de la Constitución de Cádiz, mientras que en la Constitución Federal ni siquiera se habló de los Ayuntamientos, y la Ley Fundamental dispuso que en todo centro de población debiera existir una municipalidad. Tal situación puede ser explicada por el debilitamiento del poder formal radicado en Cartago, pues los Ayuntamientos habían experimentado un desarrollo muy notable, como lo veremos posteriormente con el ayuntamiento de San José en la tarea de constituir el Estado. Además, la estructura de poderes del modelo federal, trasladado a la Ley Fundamental con un Ejecutivo débil, permitía la pujanza disociadora de las aspiraciones localistas.²⁹

Braulio Carrillo y la Ley de Bases y Garantías

El Régimen Federal Centroamericano fue desapareciendo poco a poco, entre otros factores, como consecuencia de los decretos de autonomía emitidos por los Congresos de los Estados, como el caso de Nicaragua en abril de 1838 y Costa Rica en noviembre del mismo mes y año. Con excepción de nuestro país, en los demás Estados se vivía en constante guerra civil entre liberales y conservadores o entre las autoridades federales y las del Estado, así como la situación política presentada con la elección del Presidente de la Federación don Manuel José Arce, liberal que luego buscó a los conservadores, y la constitución se fue debilitando hasta su total extinción. Costa Rica siempre cumplió con la mayor parte de sus obligaciones como integrante de la Federación Centroamericana, no solo con las contribuciones pecuniarias, sino también, con el envío de fuerzas militares cuando fue requerida para ello, a pesar de su retiro a su predio con la promulgación del Decreto N.º 175 de 1º de abril de 1829 que ratifica dicha separación.³⁰

Este marco propicia las posteriores actuaciones de Carrillo, iniciador de la formación del Estado Costarricense. Carrillo inicia su segunda gestión gubernamental

29 Sáenz Carbonell, Jorge. *El Despertar*, op.cit., pp. 289-293

30 Peralta, G. Hernán. *Las Constituciones*, op.cit., pp. 51-52

-antes había sido elegido popularmente para terminar el período de don José Rafael de Gallegos, 1833-1838- mediante el golpe de estado dado al gobierno del licenciado Manuel Aguilar Chacón el 27 de mayo de 1838.³¹

Los años correspondientes a la década de 1830 son conocidos en nuestra historia por el auge que experimentó el espíritu localista el cual llegó a poner en serio peligro la frágil estructura del Estado Costarricense. A pesar de la victoria josefina en Ochomogo en 1823, que había orientado a favor del poder central la vida política del país y su positivo significado para la forja de una unidad nacional, no fue lo suficientemente fuerte, y a pesar del triunfo de los Republicanos, las élites locales subsistieron dentro de la estructura de poder. Tal situación trajo como consecuencia la aparición de posiciones antagónicas frente al poder central, cuyo liderazgo lo mantuvo la ciudad de San José, que desde 1820 desempeñó la reacción frente a la supremacía del poder formal colonial de la ciudad de Cartago.

Los primeros gobiernos costarricenses supieron enfrentar tales circunstancias con mucha habilidad, como el Jefe de Estado don Juan Mora Fernández cuya gestión se fundamentó **“en la búsqueda del mayor consenso posible, en un difícil accionar perimetral frente a los intereses**

encontrados que no se podían agredir ni rebasar, sin poner en entredicho la relativa paz y estabilidad que predominaban en el país... poco a poco, se fueron alcanzando inobjectables logros en materias de fundamental importancia para la formación del Estado nacional... Pero también cabe advertir que por debajo de esta especie de oasis consensual que predominaba, se agitaban todavía por una parte, las fuerzas disgregadoras de un localismo que se negaba a fenecer y, por otra, las que respondían a la iniciativa de los nuevos cafetaleros... La conjunción... producirá la crisis del consensualismo, eje de la política y del estilo patriarcales de gobierno...”³²

Así las cosas, el grupo conservador realizó nuevos intentos para debilitar el poder central, alcanzando buenos resultados con la pérdida de Carrillo en las elecciones de 1837 y la derogatoria de la ley que fijaba la capital del Estado en la población del Murciélago, ubicada en las afueras de San José. La reacción de los grupos progresistas no se hizo esperar y el 27 de mayo de 1838, un cuartelazo llevó nuevamente a la Jefatura del Estado al señor Carrillo.³³

Mediante decreto N.º 85 de 14 de julio de 1838 se convocó a elecciones para la Asamblea Constituyente que redactaría una

31 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., p. 30

32 Vega Carballo, José Luis. “La Formación del Estado Nacional en Costa Rica”, citado por Sáenz Carbonell, El Despertar, p.329

33 Sáenz Carbonell, Jorge. El Despertar, p. 330

nueva Constitución.. Esta Asamblea acordó el 14 de noviembre de 1838 la separación de Costa Rica de la República Federal de Centroamérica y el 22 del mismo mes, designó una comisión para preparar un proyecto de constitución cuya redacción se concluyó el 13 de abril de 1839 y constaba de 240 artículos distribuidos en 14 capítulos. En el seno de la Constituyente dominaron los detractores del poder unitario y el proyecto consagraba un sistema de acusada descentralización con elementos federalistas. Se proclamó que Costa Rica era soberana, libre e independiente, pero se afirmó que pertenecía a la nación centroamericana y que cumpliría el pacto que celebrara con los demás Estados. Ratificó los elementos del iusnaturalismo racional y el iusnaturalismo cristiano de la Ley Fundamental del Estado. Pero, el sistema de gobierno implantado por el proyecto significó la atomización del poder central, y por ende la influencia de las tendencias localistas y un gran obstáculo para la consolidación del Estado. Por ejemplo, en cuanto al Poder Ejecutivo, éste correspondería a un cuerpo colegiado, el Tribunado compuesto por 4 tribunos uno por cada electorado y elegidos por 8 años. Un tribuno sería su presidente y los demás tendrían a su cargo, uno de los tres ministerios que el proyecto establecía y formarían un cuerpo consultivo del tribuno presidente, y cada uno de ellos ocuparía un cargo por dos

años pasando después a otro, hasta haber desempeñado los cuatro.³⁴

Lo anterior contrasta lógicamente con las ideas de Carrillo y del grupo que lo llevó al poder, y éste sin duda debió considerar inaceptable el proyecto de constitución. El 8 de marzo de 1841 Carrillo emitió el Decreto de Bases y Garantías que representó la implantación del sistema absolutista en el país.

La *Ley de Bases y Garantías* proclamó que Costa Rica era un Estado soberano e independiente, tanto en su administración interior como en sus relaciones exteriores, y no se hizo alusión a la unión con los estados centroamericanos. Además, consagró varios de los principales derechos civiles y políticos de la doctrina liberal. El texto se aparta de la clásica doctrina de la separación de poderes y los concentró en el Jefe de Estado, quien era inamovible y no estaba sujeto a responsabilidad y presidía una cámara consultiva de cinco miembros –uno por cada Departamento– elegida por sufragio censitario e indirecto en cuatro grados, y cuyo acuerdo era necesario para emitir e interpretar códigos, ordenanzas y reglamentos generales, declarar la guerra y hacer la paz, fijar el presupuesto, imponer tributos, negociar empréstitos y otros asuntos más.³⁵ Se suprimieron las municipalidades. Carrillo, en el año de 1836, había suprimido cuatro municipalidades, luego en 1840 se

34 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp. 257-258

35 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., p.260-262

suprimieron ocho y por último con la Ley de Bases y Garantías todas las demás. En su lugar, o al menos realizando este tipo de funciones, quedaron los Jefes Políticos, a quienes incumbía el cuidado de la recaudación y buena inversión de los fondos municipales. Este decreto estuvo vigente por un breve período, ya que en abril de 1842 la invasión del General Francisco Morazán derrocó la dictadura de Carrillo, rompiéndose el orden constitucional, y el 6 de junio de 1842 Morazán declaró la nulidad del *Decreto de Bases y Garantías*, y mientras se elaboraba una nueva constitución, se puso en vigencia la *Ley Fundamental del Estado de Costa Rica*.³⁷

La dictadura de Carrillo rompe con la tradición del constitucionalismo liberal. El proyecto constitucional de 1839 brindó al país la posibilidad de encaminarse de nuevo por la vía de la juridicidad, pero ello no fue posible, sino hasta la promulgación de la Ley de Bases y Garantías, que el mismo Carrillo al promulgarla le da un cierto giro de legalidad a su gobierno a pesar del golpe de estado. Lo anterior se nota claramente al analizar el preámbulo de la ley que a la letra dice: **“Con presencia del acta de 27 de mayo de 1838, que le confiere omnimoda y exclusivamente la administración del Estado; y deseando establecer garantías, que dejen las apariencias de un régimen absoluto”**.³⁸

Así Carrillo trata de buscar un asidero legal a su gobierno y se basa con lo dispuesto en el acta por medio de la cual se decretó la caída del gobierno del señor Manuel Aguilar y se le declara Jefe de Estado.

Período Constitucional de 1842 a 1869

Muchas medidas de las tomadas por Carrillo, especialmente las relativas al gobierno de fuerza, fueron un factor importante para originar un movimiento de descontento y de oposición a su administración. Morazán, al derrocar el gobierno de Carrillo, revivió en Costa Rica el ideal unionista, y su labor en la realización de obras institucionales que significaran progreso para el Estado costarricense fue prácticamente nula. Por el contrario, su actividad se concentró en preparar la lucha con los otros Estados centroamericanos, la que consideró necesaria para el cumplimiento de sus ideales.

Los costarricenses se olvidaron de las viejas rencillas localistas, se unieron y dieron al traste con tales ideales, y Morazán fue fusilado en la ciudad de San José el 15 de noviembre de 1842. A raíz de la caída de Morazán, el poder quedó en manos de don Antonio Pinto, que había jefeadado la revuelta, hasta el 27 de setiembre de 1842 cuando una junta general decide nombrar Jefe provisorio a don José María Alfaro. Esta administración provisional convoca a una constituyente.

36 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., p. 34

37 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., p.261-262

38 Peralta, G. Hernán. Las Constituciones, op.cit., p.263

Durante el proceso de aprobación de la constitución, se produce un hecho a destacar toda vez que, para que los costarricenses pudieran enterarse de la forma en que se discutía y para conocer la opinión pública sobre ella, el gobierno crea un periódico *El Mentor Costarricense*, lo que significa que en aquellos momentos se le brindó a la opinión pública la posibilidad de conocer el avance del proceso, lo cual resulta relevante, sobre todo si tomamos en consideración que se trataba del instrumento constitucional para dotar al país de su organización política.³⁹ Tuvo su fuente principal en el proyecto de constitución de 1839, y reprodujo además algunos de los esquemas que contenía la *Ley Fundamental de Estado de Costa Rica de 1825*. Constaba de 200 artículos distribuidos en 12 títulos.⁴⁰ La nueva constitución fue proclamada el 9 de abril de 1844, y en el preámbulo se declaran disueltos los vínculos con la República Federal, y reconoce el poder de la Asamblea Constituyente para organizar al Estado en forma independiente. Pero a pesar de lo manifestado en el preámbulo, el artículo 45 disponía que el Estado fuera uno de los que componen la República de Centroamérica, y concurriría con delegados a formar el nuevo pacto de asociación, cuando existiere acuerdo con los demás Estados.

Con respecto a lo anterior, el Dr. Oscar Aguilar Bulgarelli manifiesta que el artículo en

cuestión es contradictorio con el preámbulo, que recalca que el Estado es libre, soberano e independiente, y a la vez declara la necesidad de formar un nuevo pacto, a pesar de que la realidad en esos momentos era otra, ya que la mayoría de los otros Estados habían declarado su separación de la Federación Centroamericana, por lo que tal actitud fue incorporarse a una República Federal existente en estado latente.⁴¹ Pero, tal situación tiene su explicación, pues la idea de la latencia de la Federación fue una característica del constitucionalismo costarricense durante varios años. Pero durante la época en que se emitió la constitución de referencia, existían signos particularmente halagüeños de una reorganización de la República Federal. Incluso, desde marzo de 1842, los gobiernos de El Salvador, Honduras y Nicaragua habían firmado un pacto de unión en Chinandega, sustituido en julio de ese mismo año por el denominado *Pacto Permanente de la Confederación Centroamericana*, firmado también en Chinandega.

La Asamblea Constituyente había resuelto el 6 de diciembre de 1843 adherirse al convenio, pero siempre y cuando tomaren en consideración las objeciones que nuestro país formulaba al convenio en cuestión. Posteriormente, el pacto fracasó, pero al menos nos permite comprender la actitud de los constituyentes.⁴²

39 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., pp. 35-36

40 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia del Derecho, op.cit., p.262

41 Aguilar Bulgarelli, Oscar. Síntesis, op.cit., p.37

42 Sáenz Carbonell, Jorge. El Despertar, pp.385-386

Esta constitución es novedosa en lo que se refiere a las garantías individuales o derechos de los costarricenses, al definirlos en forma clara y concreta y define también la posición del Estado con respecto a tales derechos. Todos los costarricenses nacen libres e independientes, así como que son inalienables, el derecho a defender la vida, la reputación, el derecho de propiedad, la libertad e igualdad, así como el de procurarse un medio honesto de bienestar. Es funcional fundamental del gobierno, el asegurar a los costarricenses el goce de estos derechos. Declara, además, que los funcionarios son depositarios de la autoridad y no dueños de ésta. Finalmente, declara la igualdad ante la ley y que esta no tiene efecto retroactivo.

En cuanto al gobierno lo define como popular y representativo y su fin primordial es procurar la felicidad y prosperidad del Estado, y quedaba dividido en tres poderes de acuerdo con la doctrina tradicional. El sistema de elección fue realmente novedoso, al implantarse el voto directo. La población del Estado fue dividida en secciones electorales de cinco mil individuos y a cada una de esas secciones le correspondía elegir un representante propietario y un suplente y luego en forma directa se debía sufragar por los otros poderes del Estado (Jefe de Estado, Senadores y Magistrados de la Corte.)

La constitución estableció la formación de un registro de ciudadanos con derecho a

voto, imprescindible para la implantación del nuevo sistema. Además, se reestablecen las municipalidades que habían sido eliminadas bajo el gobierno de Carrillo. Realizadas las primeras elecciones con el sistema del voto directo, salió electo don Francisco María Oreamuno, quien renunció al cargo pocos días después. Como no existía el vice-jefe de Estado, debía sustituirlo el presidente del senado que en aquel momento lo era don Rafael Moya, al que se le vence la credencial de Senador y por tanto debía ser sustituido por el de mayor edad, don José Rafael de Gallegos, quien recibe un golpe de Estado en junio de 1846 y nuevamente es nombrado Jefe provisorio don José María Alfaro.

El motivo real de este golpe era el organizar el Estado costarricense con base en una superioridad del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo, sea en forma opuesta a la que se había utilizado hasta ese momento de dominio Legislativo sobre el Ejecutivo. La constitución de 1847, en su contenido, evidente la reacción contra el poder que ejercía el Legislativo, a grado tal de eliminar el Senado y reducir el Congreso a solo diez miembros.⁴³ En este sentido, nos parece importante avalar lo que el tratadista Aguilar Bulgarelli manifiesta sobre esta situación, al considerar que el otorgarle una representación tan pobre al Legislativo, significaba no sólo reducirlo a su mínima expresión, sino que resultaba sumamente peligrosa, dado que con tal actitud se limitaba el órgano de la representación del

43 Aguilar Bulgarelli, Oscar, Síntesis, op.cit., pp.37-38

pueblo, base de un régimen democrático y dejaba en beneficio de un solo poder muchas atribuciones, y sin un elemento que le sirviera de freno o control, circunstancia que conllevaría a convertir la persona del ejecutivo en un verdadero dictador.⁴⁴ En la Constitución de 1847, se estipuló que las municipalidades podían pedir la reforma a la Carta Constitucional, mediante el voto de la mayoría de sus miembros y en forma escrita y para ser aceptada la discusión de la reforma por el Congreso, se necesitaba la aprobación de dos terceras partes de los miembros del Legislativo, y para ser incluidas en ella, las tres cuartas partes de los miembros del Congreso. Pero, esta potestad de reformar la constitución no le daba la potestad jurídica al Congreso de una derogatoria total de ella, salvo que así lo ameritaran los intereses del Estado o la reorganización de la República Federal.

A pesar de ello, y por la vía de las reformas, se dará una nueva constitución en el año de 1848. Para muchos tratadistas de la historia costarricense, el fin último de esta serie de reformas a la Constitución de 1847 se reduce a dos puntos fundamentales: el de fortalecer aún más el Ejecutivo y terminar en forma definitiva con la pretendida unión centroamericana.⁴⁵

El Licenciado Mario Alberto Jiménez, sobre el particular manifiesta: **“El Dr. Castro**

y Carrillo ofrecen seguramente cierto paralelismo como estadistas, pero difieren en los modus operandi. Ambos comprendieron la necesidad de alejarnos de los demás países centroamericanos y en este sentido Castro consolidó la obra de Carrillo, y ambos propugnaron por un Ejecutivo fuerte para poder realizar un Estado positivo; solo que Castro buscó para lograrlo caminos más acordes con el carácter nacional y así como era proverbialmente pulcro en el vestir, también cuidó de las buenas apariencias a lo Montesquieu, que si no lo libraron de las amarguras políticas, cuartelazos y destierros, en cambio, le permitieron morir en su casa, el Congreso lo llamó “Fundador de la República, y hasta tiene un busto sobre-dorado en el centro de la Capital”.⁴⁶

El Dr. Castro rompió de una vez tales vínculos al proclamar a Costa Rica República. En efecto, el Congreso, a solicitud de las municipalidades, emitió el 30 de agosto de 1848 el decreto por medio del cual nuestro país cambiaba su título de Estado por el de República, llevado en adelante como nación libre e independiente. Como aspectos importantes a señalar: se mantuvo el período presidencial de seis años y se elimina del texto constitucional, el derecho de las municipalidades para pedir reformas a la constitución.

44 Aguilar Bulgarelli, Oscar, Síntesis, op.cit., p.39

45 Aguilar Bulgarelli, Oscar, Síntesis, op.cit., pp.41-42

46 Jiménez, Mario Alberto. Desarrollo, op.cit., pp. 104-105

Por estos tiempos, la naciente aristocracia cafetalera toma las riendas de la política con el fin de lograr y conservar una serie de prerrogativas a su favor, siendo la elección de don Juan Rafael Mora, la transición a una nueva forma de gobierno, y será la primera víctima de esta nueva cara de la política, pues por ser un gobernante de transición entre el gobierno de tipo patriarcal representado por el Dr. Castro Madriz y los grupos cafetaleros y comerciantes, no siempre estuvo a favor de ellos, al cual él mismo pertenecía.

El establecimiento del Banco de Medina fue una causa importante que lo puso en contra de los intereses de los cafetaleros, pues con el establecimiento de dicho banco, el gobierno limitó la posibilidad de seguir realizando préstamos a los pequeños agricultores con altos intereses, pues una de las finalidades era el préstamo al pequeño agricultor. Al ser derrocado Mora mediante un golpe de Estado dirigido por la oligarquía cafetalera, llega al poder el Dr. José María Montealegre; se convoca a una constituyente que emitirá la nueva Carta Política el 29 de diciembre de 1859. La primera innovación importante en esta constitución es en lo referente a los límites de la República. En las constituciones anteriores, los límites se señalaban con base en las demarcaciones hechas durante la dominación española, pero ahora, el límite norte quedaba señalado de conformidad con el tratado Cañas-Jerez de 1858 y la parte Sur con Nueva Granada, a través del *uti possidetis*, o sea la fijación que hizo la corona española durante el período colonial. La novedad más

importante es que por primera vez, se habla en un texto constitucional del Consejo de Estado, formado por los Secretarios de Estado y requeridos para deliberar y discutir sobre asuntos que les sometiera a consideración el Presidente de la República, y si el asunto lo requería, se podía aumentar en una o más personas convocadas por el Ejecutivo.

Otra innovación es la división que se hace de garantías nacionales y garantías individuales. Entre las nacionales cabe destacar la independencia entre poderes, prohibición a las autoridades de firmar convenios o tratados que no convengan a los intereses de la Nación. Se señala que los funcionarios públicos no son los dueños, sino depositarios del poder y se elimina la posibilidad de deliberación por parte de la fuerza militar y se le subordina al poder civil. En cuanto a las individuales se señalan algunas ya especificadas en constituciones anteriores, lo que se hace es una cuidadosa escogencia de cada una de tales garantías como la no retroactividad de la ley, la igualdad ante la ley, se dice que todo hombre es libre en la República dentro de su territorio, libertad de tránsito, domicilio, propiedad privada y libertad de prensa.

El 1° de noviembre de 1868 se produce un golpe de Estado contra el gobierno establecido. El Dr. José María Castro Madriz es derrocado y nombrado en su lugar el licenciado Jesús Jiménez, lo que trajo como consecuencia en 1869 la promulgación de una nueva constitución. Sobre esta constitución merecen recalcarse dos puntos: en primer lugar, la

declaratoria constitucional de la enseñanza primaria de ambos sexos, obligatoria, gratuita y costeadada por la Nación, y el segundo punto importante es que nuevamente se dio el derecho a las municipalidades de proponer reformas constitucionales, cuando ellas convinieran en la necesidad de hacerlo, pero exigiendo para ello el voto unánime de los ayuntamientos en vez de la simple materia que consignaba la constitución anterior.⁴⁷

La Madurez Constitucional (1871-1949)

La etapa de la madurez constitucional corresponde al segundo período en que divide el desarrollo constitucional de Costa Rica el Dr. Carlos José Gutiérrez. Durante este período es evidente un contraste con el anterior y desde 1871 en adelante, se produce la consolidación del régimen político costarricense, pues a la fecha se han promulgado tres Cartas Fundamentales, y una de ellas, la de 1917, tuvo una vigencia de dos años, seguramente por su identificación con un régimen dictatorial correspondiente al gobierno de don Federico Tinoco Granados. Con ello puede decirse que esta segunda etapa se compone de alrededor de sesenta y cinco años de vigencia de la Constitución de 1871, aunque no en forma ininterrumpida, con exclusión del período comprendido entre 1917-1919 y de los sesenta y un años de vigencia de la constitución actual promulgada el 7 de noviembre de 1949.

El período comprendido entre 1869 y 1871 parecía un mal presagio para tal consolidación. Se pasa de un gobierno impuesto por los jefes militares de los cuarteles de San José, a la segunda administración de don Jesús Jiménez Zamora y posteriormente al gobierno directo y personal de don Tomás Guardia, prácticamente el primer militar en ocupar el poder desde la independencia. La Constitución fue emitida el 7 de diciembre de 1871, y el Presidente Guardia asume poderes dictatoriales en 1876 suspendiendo la vigencia de dicha constitución y cuando la vuelve a poner en vigencia en abril de 1882, le agrega el texto de la abolición de la pena de muerte. Es de esperar entonces que esta Carta nacida dentro de un marco autoritario, cambie de dirección hacia un presidencialismo acusado.⁴⁸

El régimen castrense no se institucionalizó sino que fue desapareciendo en forma gradual. Los gobernantes posteriores, a pesar de ser autoritarios en su gestión, como José Joaquín Rodríguez y Rafael Iglesias, son categorías que constituyen una excepción, explicable desde que en tiempos del Presidente Jesús Jiménez, con el fin de actuar con libertad, se deshizo de los dos generales, que precisamente lo habían llevado al poder, y para tomar tal decisión, tuvo la ayuda de su enérgico Ministro Dr. Eusebio Figueroa.⁴⁹ Ante la falta de la institucionalización del

47 Aguilar Bulgarelli, Síntesis, op.cit., pp. 42-46

48 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., p. xvii

49 Monge Alfaro, Carlos. Historia de Costa Rica, San José, Imprenta Trejos Hermanos, décimo tercera edición, 1966, p. 197

poder castrense, aparecen los liberales del Olimpo, denominada la Generación del 88, que dominaron la vida política del país hasta la tercera década del siglo xx.⁵⁰

La Constitución de 1871

De conformidad con su vigencia, se pueden establecer tres períodos en cuanto al desarrollo de la Constitución de 1871. En tal sentido, el tratadista Jorge Sáenz Carbonell establece una primera etapa comprendida entre los años de 1871 a 1876. Una segunda de 1882 a 1917 y una última etapa entre los años de 1919 a 1948.

El gobierno provisorio del licenciado Bruno Carranza que llega al poder como consecuencia del golpe de Estado que derrocó al licenciado Jesús Jiménez Zamora Presidente constitucional, convocó el 20 de junio de 1870 a elecciones para una Convención Nacional Constituyente, que puso en vigencia temporalmente la Constitución de 1859. Esta Convención fue disuelta por don Tomás Guardia el 10 de octubre de 1870 convocando a elecciones para una nueva constituyente el 12 de agosto de 1871. Esta Asamblea, tomando como base las Constituciones de 1859 y 1869, preparó una nueva, emitida el 7 de diciembre de 1871 y que a pesar de sus interrupciones, estaba llamada a alcanzar un largo período de vigencia y a convertirse en la constitución

clásica de la Costa Rica liberal. Su redacción original constaba de 136 artículos distribuidos en 12 títulos.⁵¹

Es evidente que esta constitución representa después de cincuenta años de vida independiente, la reunión de las diferentes experiencias recogidas en los anteriores textos constitucionales, que da como resultado un instrumento constitucional que había tomado todo lo positivo de las anteriores, y en tal forma lograr la estabilización, a pesar de sus interrupciones en su longeva vigencia.

Pero, debemos tomar en consideración que si bien es cierto, la permanencia de la Constitución de 1871 durante tantos años es un asunto relevante para la historia constitucional del país, lo cierto es que durante todo ese largo período de gran movilidad en el sentido de que con fundamento en el sistema de enmiendas logró poco a poco adecuarse a las circunstancias del país, a los nuevos derroteros que este iba tomando; hay que destacar que durante esa larga vida, la Constitución de 1871 fue derogada muchas veces, para ser revivida posteriormente por medio de decretos ejecutivos. Además, durante su vigencia se cerraron Congresos, lo que equivale prácticamente a un golpe de Estado; sin embargo mantuvo su presencia, por lo que es claro que en diversas ocasiones al ser puesta de nuevo en vigencia sin cumplir con los trámites legales correspondientes,

50 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., p. xix

51 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp. 275-276

hay en ella mucha ilegalidad.⁵² En su texto original declaraba que la República era libre e independiente, que la soberanía residía en la Nación y fijaba los límites del territorio del país. Contenían un apartado de garantías nacionales, donde se enunciaban aspectos básicos de la acción del poder público, como el principio de la supremacía constitucional, y la subordinación de la fuerza militar al poder civil. Dentro de las garantías individuales se enumeraban los principales derechos civiles y políticos de los costarricenses. Se introdujo la pena de muerte para los delitos de alta traición, piratería, homicidio premeditado y seguro o premeditado y alevoso.

En cuanto a la enseñanza disponía que la educación primaria fuera gratuita, obligatoria y costeadada por la Nación y se garantizaba la libertad de la enseñanza privada. El sufragio era indirecto en dos grados, y tenían derecho a él todos los ciudadanos en ejercicio, que sufragaban en primer grado en las Juntas Populares para elegir a los electores que lo harían en segundo grado. Declaraba al gobierno, popular, representativo, alternativo y responsable y lo ejercían los tres poderes tradicionales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El sistema bicameral de las dos constituciones inmediatamente anteriores (1859 y 1869) desapareció y se volvió al sistema de una sola cámara, que recibía el nombre de Congreso Constitucional.

Al igual que en las Constituciones de 1812, 1847 y 1848, en los recesos del Legislativo funcionaba una Comisión Permanente, que entre otras cosas podía emitir decretos urgentes a propuesta del Ejecutivo y, de acuerdo con éste, suspender el orden constitucional. En cuanto al Ejecutivo, el Presidente sería elegido por un período de cuatro años y no podía ser reelecto en forma sucesiva, pero vetaba los proyectos de ley y podía nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y demás empleados del Ejecutivo, como se había contemplado en las Constituciones de 1859 y 1869. Sus poderes fueron ampliados y podía solicitar a la Comisión Permanente la suspensión del orden constitucional, pero se mantuvo la institución de los Designados, que eran elegidos anualmente por el Congreso para sustituir al Presidente en sus ausencias temporales o absolutas. El nombre de Consejo de Estado fue sustituido por el de Consejo de Gobierno. El primer período de vigencia de esta constitución fue realmente corto, después de su emisión, el General Tomás Guardia, fue elegido Presidente para el período 1872-1876. Al terminar dicho período fue elegido el licenciado don Aniceto Esquivel para el período 1876-1880, pero el 30 de julio de 1876 fue derrocado por un golpe militar y quedó roto el orden constitucional. Los que realizaron el golpe militar de 1876, proclamaron como presidente provisorio a

52 Aguilar Bulgarelli, Oscar, Síntesis, pp. 48-49

don Vicente Herrera Zeledón, quien el 11 de setiembre de 1877, llama a ejercer la Presidencia al Designado don Tomás Guardia, quien desconoció de hecho al presidente provisorio.

El 24 de setiembre Guardia convoca a elecciones para una Constituyente para diciembre de 1877. El 29 de agosto de 1880, después de algunos atrasos en las elecciones de dicha Asamblea, ésta se reúne bajo la Presidencia del licenciado don Julián Volio. Esta Constituyente tomó como base para su labor la Constitución de 1859, pero pronto se le introdujeron importantes innovaciones, como la prescripción absoluta de la pena de muerte y el establecimiento del sufragio directo para la elección de presidente, representantes, senadores y munícipes. Se acordó además que la nueva constitución reconocería el derecho de objetar ante el tribunal competente todo fallo judicial fundado en una ley contraria a la constitución, y toda resolución expedida en un caso particular, la cual podría ser acusada de inconstitucional o de ilegal.

A fines de setiembre, varios de los miembros de la Constituyente realizaron fuertes ataques al Presidente Guardia, quien emitió un decreto suspendiendo las sesiones del Cuerpo Constituyente y el orden constitucional se mantuvo roto hasta 1882, cuando Guardia, arrogándose el poder constituyente, puso nuevamente en vigencia la Constitución de 1871, iniciándose la segunda etapa de su vigencia que comprende los años de 1882-1917.

Guardia le introdujo algunas reformas importantes, como la proscripción de la pena de muerte, el número de designados a la presidencia fue aumentado a tres y elegidos por el Congreso para cada período presidencial. Se establecieron municipalidades en todas las cabeceras de cantón. Don Saturnino Lizano, quien ocupó brevemente la Presidencia por motivo de la enfermedad y muerte del General Guardia, modificó mediante decreto de 19 de junio de 1882, la constitución para suprimir la intervención del Consejo de Gobierno en el ejercicio del derecho de gracia por parte del Presidente de la República.

Durante esta segunda etapa, la *Carta Fundamental* fue objeto de varias reformas, además de las introducidas por Guardia y Lizano. Entre las más importantes podemos citar la de 1888 para avalar una eventual participación de Costa Rica en la Unión Política Centroamericana, previa aprobación de dos terceras partes de votos presentes del Congreso y otro tanto de una Asamblea Constituyente convocada al efecto; en 1895, para prohibir la propaganda política con base en motivos de religión; en 1898, para que la elección cuatrienal de los Magistrados se realizara dos años después de iniciado el período presidencial; en 1903, para suprimir la iniciativa de las municipalidades en la revisión constitucional; en 1910 para suprimir la Comisión Permanente del Congreso y limitar a un mínimo los derechos civiles y políticos que podían suspenderse en caso de agresión exterior o conmoción interior; en 1913, para establecer el sufragio directo. En

1897 se permitió la reelección presidencial para el período inmediato, pero se derogó nuevamente en 1903. En mayo de 1901, el Congreso Constitucional acordó que se procediera a realizar una reforma general de la constitución, mediante la convocatoria a una Constituyente, pero en octubre del mismo año se decidió aplazar el asunto para mejor oportunidad.

El 27 de enero de 1917, durante la administración del Licenciado Alfredo González Flores, un golpe militar llevó al poder al General Federico Tinoco quedando roto el orden constitucional.

La Constitución Política de 1917

El 20 de abril de 1917 entró en vigencia provisionalmente la Constitución de 1871. La Constituyente nombrada al efecto confió la preparación del proyecto de constitución a una comisión integrada por los expresidentes: don Bernardo Soto, don Rafael Iglesias, don Ascensión Esquivel, don Cleto González Víquez y el Designado don Carlos Durán Cartín. El proyecto pasó a conocimiento de la Asamblea, donde se le hicieron algunas modificaciones y el 8 de junio de 1917 se emitió la nueva constitución que constaba de 129 artículos distribuidos en 10 capítulos y 10 artículos transitorios.

Entre las innovaciones que contenía figuraban la mención de varios fallos y tratados de límites -el Laudo Cleveland, el Laudo Loubet, el tratado Anderson-Porrás y el Laudo White-

la prohibición de que los tribunales aplicasen leyes o decretos en perjuicio de la constitución, la facultad al Ejecutivo de restablecer la universidad (suprimida en 1888) y, sobre todo, la obligación del Estado de velar por el bienestar de la clase trabajadora y de dictar las leyes que fueren convenientes.

El proyecto planteaba el restablecimiento de la pena de muerte, pero después de muchas discusiones, los constituyentes optaron por mantener la inviolabilidad de la vida humana. Regulaba el sufragio, establecía la cédula personal para votar y se mantenía el voto directo para diputados, senadores, intendentes, regidores y síndicos municipales. La elección de presidente y vicepresidente la efectuaría un colegio electoral integrado por los diputados, senadores y regidores, y por las personas que hubieran desempeñado por seis meses o más los cargos de presidente de la República, secretario o subsecretario de Estado, diputado, senador y magistrado. El Legislativo residía en un Congreso integrado por una cámara de senadores y otra de diputados. Ambas cámaras tenían iniciativa y sanción recíproca en la formación de la ley, y también la Corte de Justicia podía formular proyectos de ley en algunas materias. El Ejecutivo tenía el derecho a veto en los proyectos de ley que los considerara inconveniente o inconstitucional y, en último caso, resolvía la Corte de Justicia. Confería al Congreso la potestad de verificar si la Carta Fundamental había sido violada y si se había hecho efectiva la responsabilidad de los infractores.

El presidente era elegido por seis años y no podía ser reelecto para el período siguiente. Los ministros eran responsables de los actos de la administración en sus respectivos ramos conjuntamente con el presidente de la República. Se mantenía la división del país en provincias, cantones y distritos, y cada cantón contaría con una municipalidad y cada provincia un Gobernador nombrado por el Ejecutivo. Los artículos transitorios ratificaron la elección de Tinoco para el período 1917-1923 y dispuso que hasta 1923 se mantuviera el sistema de Designados a la Presidencia. Esta Constitución tuvo una vigencia muy corta, Tinoco renunció en agosto de 1919 y el gobierno recayó en el General Juan Bautista Quirós Segura, pero el 2 de setiembre de 1919 por presión de los Estados Unidos de América, el señor Quirós Segura entrega el poder a un gobierno de facto liderado por don Francisco Aguilar Barquero, y con la caída del presidente Quirós quedó roto el orden constitucional y el 3 de setiembre de 1919, el presidente provisional don Francisco Aguilar Barquero puso en vigencia nuevamente la Constitución de 1871, con excepción al título referente al Legislativo, iniciándose así la tercera etapa de la vigencia de la Constitución de 1871.

Posteriormente se convocó a elecciones para presidente de la República, diputados y municipales. El 1° de mayo de 1920 se inauguró el nuevo Congreso Constitucional y el 8 de ese mismo mes ascendió a la presidencia de la República don Julio Acosta García. Durante esta tercera etapa 1919- 1948 la Constitución

fue objeto de varias reformas importantes. En 1924, se creó una Oficina de Control para velar por la oportuna y debida entrada de los ingresos y egresos del tesoro público; en 1926, al modificarse la organización de la Corte Suprema de Justicia, y además, cuando ningún candidato presidencial obtenía la mayoría absoluta, debía procederse a una nueva elección popular entre los aspirantes que hubiesen tenido mayor número de votos. En 1927, al prohibirse los monopolios, salvo los estatales que ya existían, o que se creasen en lo sucesivo por dos tercios de votos del total de los diputados; en 1933, se estableció la figura de los magistrados suplentes; en 1935, al reducir al 40% el porcentaje necesario para que un candidato presidencial resultare electo; en 1936, al establecerse el voto obligatorio; la prohibición, enajenación o arrendamiento de los ferrocarriles y los muelles nacionales y exigieron que los empréstitos financiados con capital extranjero debían ser aprobados por dos terceras partes de votos del Congreso. En 1937, al incluirse en la constitución la mención del Laudo Cleveland, enunciaron la soberanía nacional sobre el espacio aéreo y las aguas territoriales y prohibieron la enajenación o arrendamiento de las fuerzas provenientes de aguas del dominio público, los yacimientos de carbón, petróleo e hidrocarburos y los servicios inalámbricos; en 1940, al modificarse la situación de los extranjeros, y permitieron al presidente de la República viajar a otros países centroamericanos y a Panamá sin el permiso correspondiente del Congreso.

En 1943, se introdujo el capítulo sobre las garantías sociales, dieron rango constitucional a la Universidad de Costa Rica y permitieron al Legislativo, por dos tercios de votos del total de sus miembros, imponer limitaciones de interés social a la propiedad. En 1944, al incluirse en la constitución la mención del tratado limítrofe suscrito con Panamá en 1941; y en 1946, que estableció las bases para implantar un régimen de servicio civil y reducir las potestades del Ejecutivo en lo referente a nombramientos y remoción de los empleados públicos.

Esta tercera fase concluyó en 1948 cuando el Congreso anuló las elecciones presidenciales en las que había triunfado el candidato opositor don Otilio Ulate y estalló una guerra civil en la que el ejército gubernamental fue derrotado por fuerzas al mando de don José Figueres, y el 8 de mayo de 1948, al concluir el período presidencial del señor Teodoro Picado, asumió el poder una junta de gobierno, presidida por el señor Figueres y quedó roto el orden constitucional.⁵³

La Constitución de 1949

Es de conformidad con lo anteriormente expuesto que debe entenderse la constitución actual. En algunos aspectos representa una nueva etapa en el cambio gradual sobre aquel único modelo básico en que se inició nuestro desarrollo constitucional, y que ha

sido sujeto periódicamente de revisión, pero en otros derroteros, señala una ruptura de continuidad con lo realizado anteriormente. A primera vista, las expectativas de cambio dentro del seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se presentaban muy distantes, debido a que el resultado de la elección de sus integrantes significó el predominio de un grupo mayoritario en contra de las tesis sostenidas por el grupo que lideraba la Junta de Gobierno.

Por ello, no es de extrañar que el grupo conservador cogiera como base de discusión la Constitución de 1871 y no el proyecto que al efecto había elaborado una comisión y recomendado por la Junta de Gobierno. Pero, existía, además, una contraposición ideológica entre quienes veían en la anterior constitución la versión costarricense del Estado Liberal y de mantener tales principios vigentes, entre quienes aspiraban a un Estado con mayor intervención en los procesos económicos.

Sin embargo, a pesar de esa mayoría conservadora, el modelo de la actual constitución se separó bastante de la de 1871. Buena parte de ese fenómeno, a criterio del Dr. Carlos José Gutiérrez, se debió a la diligencia de los constituyentes representantes socialdemócratas que transformaron el proyecto presentado por la Junta de Gobierno en distintas mociones de reforma para todos los capítulos, obligando

53 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp.276-288

de tal manera a la Asamblea a discutir ambas alternativas en cada uno de los casos que requerían la aprobación correspondiente.

Además, otro factor importante fue el hecho de que los representantes de los otros grupos políticos no presentaron la coherencia ideológica necesaria para mantener una oposición cerrada y única frente a las mociones presentadas por el grupo socialdemócrata. La interacción de tales criterios que lógicamente se presentan en todo cuerpo colegiado, hizo posible la aprobación de mociones que lograron que la Constitución de 1949 difiriera sustancialmente de la de 1871.⁵⁴

Como habíamos manifestado con anterioridad, en cuanto al proceso de alternabilidad del poder de mayor o menor grado que se produce entre el Legislativo y el Ejecutivo durante la época del ensayo, la Constitución de 1871 presenta un dominio del poder que se concentra en el Ejecutivo, lo que hemos reconocido como el principio del péndulo, y en la Constitución de 1949 indicaría que se inclina a favor del Legislativo. Pero tal afirmación no estaría ajustada a la verdad, dado que si bien el propósito central fue limitar las potestades del Ejecutivo y más directamente del presidente de la República, lo cierto es que, también, la Asamblea sufrió limitaciones.

Ambos perdieron toda participación en los procesos electorales, pues en las

constituciones anteriores se contemplaba dicha participación, cuya dirección quedó en manos del *Tribunal Supremo de Elecciones* dotado de todos los atributos que le corresponde a los poderes del Estado. El presidente vio disminuida su posibilidad de reelección, pues se exigió una espera de ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección para volver a presentar su candidatura (actualmente es posible la reelección en tales términos, pues la Sala Constitucional según sentencia número 2771-03 de 14 de abril de 2003, declaró inconstitucional la reforma de prohibir la reelección en cualquier tiempo introducida por la ley 4349 de 11 de julio de 1969).

Los secretarios de Estado se convirtieron en ministros en condición de obligados colaboradores del presidente de la República. Los Designados a la presidencia elegidos por el Congreso, se convirtieron en vicepresidentes elegidos por medio del voto popular. Se limitaron los actos que podían ser llevados a cabo en forma exclusiva por el presidente de la República, y se introdujo el Servicio Civil para el nombramiento y remoción de los funcionarios públicos. Además, se establecieron limitaciones en el ramo de la Hacienda Pública, creándose la Contraloría General de la República, como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa para la vigilancia de dicha hacienda, y se establecieron las bases de las instituciones autónomas, dotándoseles

54 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., pp. xxii-xxiii

de independencia en materia de gobierno y administración, en este sentido, contrario a la centralización de la autoridad que presentaba la Carta Fundamental de 1871, se pretende la descentralización del poder y la repartición de la responsabilidad de las entidades estatales. Ahora bien, las limitaciones sufridas por el Legislativo fueron menores. Se prohibió la reelección de sus miembros, se le exigió

consultar de previo a varias entidades estatales para legislar sobre materias a ellas concernientes, más severamente en el plano electoral y judicial, y se le despojó además la iniciativa en materia de leyes presupuestarias. Pero, se libró del veto al decidir sobre el presupuesto de la República, se le dio autoridad para dar votos de censura a los ministros de Estado, se aumentó el número de sesiones ordinarias de cuatro a seis meses y se ampliaron las funciones de control sobre la actividad de los organismos o entidades, además de la Contraloría General de la República, por medio de las creaciones de comisiones investigadoras con el fin de investigar cualquier asunto que la Asamblea estime conveniente y les encomiende.

Dentro de los capítulos de garantías a los ciudadanos, se avanzó no solo al establecerse el recurso de amparo y la jurisdicción contenciosa administrativa para el control de la legalidad de los actos de las instituciones y organismos del Estado, sino también la prohibición de expulsar a los costarricenses del territorio nacional y la declaración de que

el territorio de la República será asilo para todo perseguido por delitos de índole política. A pesar de ello, se produjo un retroceso dentro del sistema democrático costarricense con la prohibición de la formación o el funcionamiento de partidos que por sus programas ideológicos, medios de acción o vinculaciones internacionales, tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática del país, sobre todo para prohibir la participación política del Partido Comunista.

Dentro del capítulo de las garantías sociales se definió en mejor forma la labor del Estado dentro del ámbito de la sociedad costarricense. Así, el artículo 50 señala, como función del Estado costarricense, el procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Es indudable que con la disposición anterior, se estableció una base firme para cualquier ley de intervención del Estado en los procesos económicos, sobre todo, aquellos que tienen relación con la redistribución del ingreso.⁵⁵

La religión es un aspecto que ha estado presente dentro de las constituciones costarricenses con excepción de la *Ley de Bases y Garantías*. Así, desde el *Pacto del Concordia* hasta la Constitución de 1859, se estipulaba que la religión del Estado era la Católica, Apostólica y Romana, sin permitir el ejercicio de otros cultos. Sin embargo, a

55 Gutiérrez, Carlos José. Síntesis, op.cit., pp. xxiv, xxv, xvi

partir de la Constitución de 1869 y hasta la de 1949 se mantiene como religión del Estado a la Católica, Apostólica y Romana y se tolera el ejercicio de otros cultos.

En cuanto al Poder Judicial, es evidente que la Constitución de 1949, como un factor diferente al balance de los poderes, le atribuyó a este un mayor número de funciones y fue fortalecido de manera especial. Se amplió el período de los magistrados que lo forman de cuatro a ocho años, reforzando su no reelección, al exigir que para ello sería necesario el voto en contra de las dos terceras partes de los diputados. Se ordena la vinculación de todos los tribunales a la Corte Suprema de Justicia y se dispuso que es a ella a quien le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo (a partir de 1989 la Sala Constitucional). El *habeas corpus* para la protección de la libertad personal y la libertad de tránsito y el recurso de amparo para la protección de los otros derechos constitucionales. Recibió, además, la facultad de nombrar a los miembros del Tribunal Supremo de Elecciones y contó con la garantía de que para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial para apartarse del criterio de éste, se requería el voto de dos terceras partes del total de miembros de la Asamblea. Después de la vigencia de la Constitución de 1949, se le ha hecho una gran cantidad de reformas entre las cuales figuran la de 1954, que permitió aumentar el número de

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; la de 1957, que asignó al Poder Judicial una suma no menor del 6% del presupuesto nacional; la de 1958, que suprimió la gratuidad de los cargos municipales; la de 1959, que estableció la obligación del Estado de inscribir a los ciudadanos en el Registro Civil y dotarlos de cédula de identidad; las de 1961, que fijaron en cincuenta y siete el número de diputados, suprimieron la institución de los diputados suplentes y establecieron la universalidad de los seguros sociales; las de 1968, que dieron a los tratados internacionales rango superior a las leyes, prohibieron discriminaciones contrarias a la dignidad humana, suprimieron la independencia de las instituciones autónomas en materia de gobierno y dispusieron que la convocatoria a una Constituyente para la reforma general de la Constitución requiere de la aprobación de dos terceras partes de votos del total de los diputados; la de 1969, que prohibió en forma absoluta la reelección presidencial; la de 1971, que rebajó a dieciocho años la edad para ser ciudadano; las de 1971 y 1972, relativas a la deuda política; las de 1975, que atribuyeron al Tribunal Supremo de Elecciones el rango e independencia de los Poderes del Estado, suprimieron la prohibición de formar partidos contrarios al sistema democrático, dieron al español carácter de idioma oficial de la República, permitieron al presidente de la República viajar a otros países centroamericanos o a Panamá sin necesidad de autorización legislativa, fijaron en 12 millas el mar territorial y establecieron una zona de mar patrimonial de doscientas

millas; la de 1984, que suprimió el precepto de que los aumentos salariales de los diputados sólo podrían regir hasta después de haber cesado en funciones quienes lo aprobaron; las de 1989, que establecieron la jurisdicción constitucional y atribuyeron a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento y resolución de los vetos interpuestos por razones de inconstitucionalidad, de los conflictos entre los Supremos Poderes y de los recursos de inconstitucionalidad, amparo y hábeas corpus.⁵⁶

La creación de la Sala Constitucional dentro del sistema jurídico costarricense representa la institución más importante de los últimos 50 años y la consolidación del control de constitucionalidad en Costa Rica presente desde la época de la independencia y contemplado desde las primeras constituciones. En sus inicios, este control estuvo en manos de los órganos políticos, ya fuera dentro del ámbito del Congreso, del senado o ambos conjuntamente. A partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales en enero de 1888, se estableció paralelamente un sistema de corte difuso donde el control fue ejercido por los órganos políticos y la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Con la modificación efectuada al Código de Procedimientos Civiles de 1933, se suprimió el sistema difuso de control de constitucionalidad y se estableció un

sistema concentrado en la Corte Suprema de Justicia, y en 1989, con la creación de la Sala Constitucional, se establece un sistema concentrado y especializado de control de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

La reforma de 1993, que permitió la existencia de comisiones permanentes con potestad legislativa; la de 1994, que estableció el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; la de 1995, que declaró que la calidad de costarricense no se pierde y es irrenunciable; la del 2000, que amplía la responsabilidad de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones; las del 2001, que establece los Concejos Municipales de Distrito, dotación de recursos (10% del presupuesto nacional) y transferencia de competencias a las municipalidades; la obligación del Estado de velar por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas; la reformas relativas al género para hacer justicia con la mujer; las del 2002, el establecimiento del referéndum para que los ciudadanos se manifiesten sobre aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, así como la iniciativa popular en proyectos de ley para ciertas materias; las del 2003, que establece que para el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, es necesario la concurrencia del voto de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y se considerarán reelegidos

56 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., p. 294-295

para otro período de ocho años, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea acuerde lo contrario; se reforma el artículo 9 agregándole el término participativo para que en lo que aquí interesa se lea: **“El gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable.”**⁵⁷

En lo que se refiere a las reformas, la mayoría de las constituciones que han tenido vigencia en Costa Rica pueden clasificarse dentro de la tipología de rígidas y flexibles.

En el caso de las primeras, cuando el procedimiento establecido para la reforma parcial es diferente al procedimiento establecido para la aprobación de la normativa ordinaria. En el segundo caso, cuando el procedimiento para la reforma es el mismo establecido para la aprobación de las leyes ordinarias. En tal sentido, puede considerarse a la *Ley Fundamental del Estado de Costa Rica* como una Constitución de tipo flexible, ya que la mayoría de sus artículos podían ser modificados mediante el mismo trámite requerido para la aprobación de las leyes ordinarias, excepto los referentes a las instituciones fundamentales del Estado y a los derechos y deberes de los costarricenses que no podían ser reformados nunca. Las demás, podemos considerarlas dentro de la tipología de las rígidas. *La Ley de Bases y Garantías*

no contemplaba ningún procedimiento específico para su reforma.⁵⁸

Es indudable que la *Constitución de 1949* ha tenido una gran cantidad de reformas, por lo que es explicable que desde la década de los setenta se ha venido gestando un movimiento para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. Este esfuerzo, hasta el momento, no ha dado sus frutos, pues no se ha podido llegar a un consenso mayoritario de las diferentes fuerzas políticas que actualmente existen en el escenario político costarricense. Este consenso lógicamente es fundamental, sobre todo si consideramos que toda constitución representa un compromiso entre las ideologías políticas que interrelacionan dentro de un momento histórico dado en una sociedad y, en el caso nuestro dentro de la sociedad costarricense.

Bibliografía

Aguilar Bulgarelli, Oscar:
Síntesis del Desarrollo Constitucional de Costa Rica,
Madrid. Resumen de la tesis doctoral presentada ante la Universidad de Madrid en febrero de 1971.

Arias Ramírez, Bernal:
Reformas constitucionales (Constitución de 1949, Costa Rica), San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001.

57 Constitución Política de Costa Rica, Comisión para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, 1999

58 Sáenz Carbonell, Jorge. Historia, op.cit., pp. 255-261

Carrillo Chaves, José Andrés:

Hacia una nueva Constitución Política de Costa Rica: Análisis y Propuestas, San José, Mesén Editores, 1985.

Escudero, José Antonio:

Curso de Historia del Derecho, 6ª. ed., Madrid, Gráficas Solana, 1990.

Fernández Guardia, Ricardo:

Historia de Costa Rica. La Independencia, 2da. ed., San José, Editorial Lehmann, 1941.

Gutiérrez, Carlos José:

Síntesis del proceso constitucional. Costa Rica, Constitución Política, Anotada, Pacto de Concordia, San José, Equidad de Centroamérica S.A.1975.

Gutiérrez, Carlos José:

El Funcionamiento del Sistema Jurídico, San José, Editorial Juricentro, S.A., 1979.

Gutiérrez, Carlos José:

Síntesis del Proceso Constitucional, en Ensayos, Derecho Constitucional Costarricense, San José, Editorial Juricentro, S.A., 1983.

Gutiérrez, Carlos José:

La Constitución 50 años después. Temas Claves de la Constitución Política. Homenaje al doctor Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.

Jiménez, Mario Alberto:

Desarrollo Constitucional de Costa Rica, 2da. ed., San José, Editorial Costa Rica, 1973.

Hernández Valle, Rubén:

El Derecho de la Constitución, t. I, San José, Editorial Juricentro, 1993.

López Gutiérrez, Santiago:

Orígenes y características de la democracia costarricense.

Ensayos sobre la democracia costarricense, San José, Publicaciones del Ministerio de Educación Pública, 1973.

Méndez Ramírez, Odilón:

La investigación científica, San José, Editorial Juricentro, 1984.

Monge Alfaro, Carlos:

Historia de Costa Rica, 13ª. ed., San José, Imprenta Trejos Hnos., 1966.

Peralta G., Hernán:

Las constituciones de Costa Rica, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

Peralta G., Hernán:

El Pacto de Concordia, 3ª. ed., Imprenta Lehmann, San José, 1969.

Romero Pérez, Jorge Enrique:

Notas sobre el Problema de la Constitución Política, San José, Trejos Hnos., 1978.

Sáenz Carbonell, Jorge:

El despertar constitucional de Costa Rica,
San José, Asociación Libro Libre, 1985.

Sáenz Carbonell, Jorge:

Elementos de Historia del Derecho, San José,
Ediciones Chico, 2003.

Sáenz Carbonell, Jorge:

Historia del Derecho Costarricense, San
José, Editorial Juricentro, 1997.

ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL VALOR ANOTADO EN CUENTA, TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO E INVERSIONES DESMATERIALIZADAS

Máster Anayansy Rojas Chan

** Especial colaboración en inversiones electrónicas con transmisibilidad condicionada de las Licenciadas María Fernanda Roldán Vives y Adriana Casafont Ortiz.¹*

Actualmente en el ordenamiento jurídico costarricense es factible encontrar dictámenes, resoluciones y estudios que mezclan indistintamente, los conceptos y principios que rigen en materia de títulos valores, valores representados por anotación en cuenta, títulos valores electrónicos e inversiones desmaterializadas, así como el régimen legal vigente para cada una de estas categorías. Este hecho es hartamente comprensible, porque la plataforma regulatoria es confusa y algunos temas carecen de suficiente madurez doctrinaria.

Por lo tanto con el afán de obtener algún nivel de ubicación conceptual y técnica, a efecto de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a los diversos instrumentos desmaterializados que contemporáneamente

ofrece el sistema financiero costarricense, se han elaborado algunas reflexiones básicas con la esperanza de aportar algún nivel de claridad al panorama actual.

I)- El Título Valor

Por supuesto que, no es nuestra intención abordar un tema expuesto ampliamente por la mejor doctrina mercantil; no obstante, recopilamos aspectos indispensables para el desarrollo del presente estudio.

En primer lugar, se adopta como punto de partida la afirmación de MARTORANO², en el sentido de que el concepto de "título valor" no designa una especie concreta, toda vez que no existe el título valor en su estado puro. Con la expresión título valor, la doctrina

1 Las licenciadas Adriana Casafont Ortiz y María Fernanda Roldan Vives elaboraron su trabajo final para optar a la Licenciatura en Derecho sobre: "El certificado electrónico de depósito bancario a plazo: su naturaleza jurídica y régimen legal aplicable", Universidad de Costa Rica, 2011, del cual tuve el agrado de ser lectora y miembro del tribunal evaluador.

2 MARTORANO Federico, Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari, Ed. Morano, 1979, Pág.7

hace referencia a diversos documentos que presentan rasgos comunes a nivel de categoría, pero que al mismo tiempo individualmente considerados contienen elementos estructurales disímiles. Es precisamente por esta razón que documentos tales como: la letra de cambio, la acción, el bono de prenda, la guía porte, el certificado de inversión, la participación de fondos de inversión cerrados, los bonos y el papel comercial, entre muchos otros, forman parte de la categoría de títulos valores.

Tradicionalmente se define el título valor como: *“...ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo.”*³ En este contexto, el título valor, se caracteriza principalmente, por la incorporación de un derecho concreto, inmaterial, (de carácter obligatorio, de participación o real)⁴ a un documento físico, material. De manera que la posesión del documento se convierte en un requisito indispensable para el ejercicio del derecho consignado en éste. Esta unión indisoluble entre el derecho y el documento, se le conoce como incorporación: *“La conexión entre el documento y el derecho, propia de los títulos de crédito, se expresa en la fórmula de la incorporación del derecho en el título. Con ello se expresa que la situación creditoria se*

*relaciona con una posición real respecto del documento, en el sentido de que la propiedad de éste último, deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor.”*⁵

De acuerdo con la clásica teoría general de los títulos valores, de la Incorporación se desgranarían otras dos características a saber: la literalidad, entendida como el hecho de que el texto literalmente consignado en el documento determina la extensión del derecho establecido en éste y la autonomía del derecho cartular, por el que, la adquisición del derecho incorporado en el título valor se efectúa a título originario⁶, no derivado como en el caso de la cesión. La doctrina, también destaca el concepto de legitimación, el cual se explica en la necesidad de posesión del título, como condición mínima para ejercer el derecho incorporado⁷ y por ende, reclamar el cumplimiento de lo consignado en el título valor. La legitimación, como característica fundamental del título valor, conlleva —en determinados supuestos— al ejercicio del derecho incorporado en el documento por parte de un sujeto no titular, la adquisición a *non domino*.

En Costa Rica, con ocasión de la aprobación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No 7201 y reformas al Código de Comercio, del 10 de octubre de 1990 (hoy derogada)

3 GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo III, Editorial Temis, 1987, pág. 85

4 HUECK Alfred y CANARIS Claus-Wilhelm, Derecho de los Títulos Valor, Editorial Ariel, 1988, Pág. 2

5 MARTORANO Federico, Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari, Ed. Morano, Nápoles, 1979.

6 MARTORANO Federico, op.cit.

7 GARRIGUES (Joaquín), op.cit., pág. 89

se introducen una serie de artículos dirigidos a construir una parte general aplicable a los títulos valores (Capítulo Primero, Disposiciones Generales, artículo 667 al 686). En este sentido, explica el Dr. Gastón Certad M.⁸, que la reforma operada a la parte general de los títulos valores, comparte las mismas carencias de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mercantiles de México de 1932 (modelo inspirador), toda vez, que las normas se circunscriben al establecimiento de una parte general de títulos valores cambiarios, considerados el “título valor” por aclamación en esa época. Razón por la cual, el legislador no logró elaborar una verdadera parte general de los títulos valores.

Bajo nuestra perspectiva, debido a las diferentes características estructurales que contemporáneamente presentan los instrumentos financieros y los valores, es harto difícil aspirar a la elaboración de una parte general aplicable a la amplia variedad de instrumentos que hoy en día se negocian en los mercados financieros.

II)- El concepto de valor en la Ley No 7732

En el año 1997 se promulga la Ley Reguladora del Mercado de Valores No 7732, vigente a partir del 27 de marzo 1998 (en adelante LRMV). Esta Ley, modifica sustancialmente la

concepción vigente de título valor y regula un concepto más amplio, acorde con la realidad vigente. El artículo 2 establecía: “Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propio y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.”

Posteriormente en el año 2002, bajo una óptica bastante estrecha sobre la futura evolución de los mercados, el concepto de “valor” de este artículo fue modificado en su parte final, con el propósito de eliminar el término alusivo al mercado financiero o bursátil y circunscribirlo a la negociación en un mercado de valores. Actualmente una interpretación restrictiva del concepto de “valor” en los términos de la LRMV es únicamente aquel susceptible de negociación en un mercado de valores.⁹ No obstante, el desarrollo contemporáneo de éstos mercados ha demostrado que dicha reforma resulta lamentable, toda vez que la tendencia mundial se dirige hacia la unificación de los mercados de crédito (dinero) y capitales (valores), bajo el concepto macro de mercado financiero. Por lo tanto, es de esperar que en algún momento futuro el legislador o la jurisprudencia rectifique esta retrocesión conceptual.

8 Comentario a la reforma operada por la Ley Reguladora del Mercado de Valores al Libro III de los títulos-valores del Código de Comercio, IVSTITIA, No 63, Año 6.

9 Actualmente el artículo 2 LRMV establece: “Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propio y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado de valores”.

El cambio que introduce el artículo 2 de la LRMV, consiste en el reconocimiento y regulación del valor no incorporado en un documento (desincorporado), es decir, aquel valor que no está representado en un documento físico o papel. Nótese, que el legislador confiere la condición de “valores”, a aquellos que por su configuración jurídica y régimen de transmisión, resultan susceptibles de negociación en un mercado de valores. Lo anterior, con independencia de que el valor se encuentre materializado en un título o representado por un mecanismo electrónico o similar. De esta forma, el artículo 2 establece una definición más amplia que comprende tanto el valor desmaterializado (desincorporado) como el tradicional título valor representado de forma física. El punto común es la posibilidad de ser negociados en un mercado de valores.

A)- Características del concepto de valor en la LRMV

El concepto de “valor” del artículo 2 establecido en la LRMV, cuenta con un ámbito de aplicación objetivo concreto, representado por la aptitud –jurídica y estructural- para ser negociable en el mercado de valores. Evidentemente todo derecho de carácter patrimonial es susceptible de transmisión mediante la cesión, por lo tanto, el legislador al introducir el concepto del artículo 2 tomó en consideración las características del mercado en el cual serían efectuadas las transacciones.

En otras palabras, la definición de “valor” que contempla el artículo 2 adquiere significado en el contexto de los títulos valores y valores negociables en este mercado. Lo anterior, debido a que el concepto normativo responde a las necesidades económicas que se manifiestan propiamente en los mercados de valores y financieros, donde las transacciones se efectúan de forma masiva, sobre valores fungibles (estandarizados) y de manera impersonal (calces electrónicos, automáticos, mercados ciegos, entre otros mecanismos). Bajo la anterior premisa, las principales características del concepto de “valor” del artículo 2 LRMV son:

a)- Estandarización: los valores negociables en bolsa se caracterizan por ser emitidos de forma estandarizada, cada valor que integra la emisión cuenta con características idénticas, de manera que debido a su homogeneidad son intercambiables entre sí (fungibles).

El artículo 9 del Reglamento sobre Oferta Pública, aprobado por CONASSIF establece que sólo podrán ser objeto de oferta pública los valores estandarizados. Este define la emisión estandarizada como aquella que procede de un mismo emisor, donde los valores que integran la emisión otorgan a su tenedor derechos y obligaciones idénticos. Tratándose de valores de deuda, la identidad debe referirse, entre otros aspectos a la: fecha de emisión, fecha de vencimiento, valor facial, moneda, tasa de interés, periodicidad de pago, ley de circulación, forma de representación, garantías, código de identificación (ISIN).

b)-Negociabilidad en el mercado de valores: es precisamente el carácter estandarizado, que convierte a este tipo de valores en óptimos para ser negociados en un mercado de valores. Lo anterior debido a que su naturaleza fungible facilita y promueve la liquidez y profundidad en el mercado de valores. La posibilidad de negociar en el mercado de valores comprende tanto el mercado primario, donde el emisor de los valores es el oferente, como el mercado secundario (bolsas de valores), caracterizado por proporcionar liquidez a los valores que han sido previamente emitidos y colocados en el mercado primario.

En nuestro criterio, debido a la limitación que establece la norma en comentario, no resulta fácil extender la definición de valor que proporciona el artículo 2 de la LRMV a instrumentos que carecen de la posibilidad de negociación en un mercado de valores, ya sea, bursátil, extrabursátil (OTC/over the counter) o un mercado organizado¹⁰. Lo cual no es obstáculo para que, desde la perspectiva pragmática del mercado financiero costarricense se generen de forma espontánea, -como respuesta a necesidades económicas-, documentos electrónicos que representen un derecho patrimonial o instrumentos desmaterializados con algún grado de negociabilidad, que contengan características similares o comunes con el valor preceptuado en el Art. 2 en comentario.

En relación con el tema de la negociabilidad la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-135-2008 del 23 de abril, se pronuncia muy acertadamente sobre el alcance del artículo 2 de la LRMV:

“Un valor no es negociable si no puede ser transmitido en un mercado organizado, sea este primario (asignación originaria de valores negociables normalmente a través de la emisión) o secundario (mercado de negociación de valores emitidos y artículo 22 de la Ley 7732); en general si no es susceptible de tráfico generalizado e impersonal.

El valor no negociable no es valor en los términos de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, porque el objeto de esta no es regular todo valor, sino regular los mercados de valores, los actos o contratos relacionados con tales mercados y los valores que pueden ser negociados en ellos.

La negociabilidad del valor no significa intransmisibilidad, sino imposibilidad de negociación en un mercado de valores organizado.”

Resulta un equívoco aplicar únicamente el test de los requisitos formales establecidos en el artículo 670 del Código de Comercio a valores susceptibles de negociación en un mercado de valores, sin considerar el

10 El mercado organizado es definido en el artículo 55 del Reglamento General sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión como: “...aquel que cuenta con un conjunto de normas y reglamentos que determinan su funcionamiento, y que cuente con un órgano de regulación que sea miembro de IOSCO.”

contexto económico y jurídico de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y los requisitos reglamentarios establecidos por la Superintendencia General de Valores para los valores susceptibles de oferta pública.

La norma del 670 fue desarrollada para ser aplicada a aquellos títulos valores -en su sentido más tradicional-, concebidos como derechos de crédito incorporados en un documento, especialmente, los títulos valores cambiarios y de emisión individual. Como se mencionó, los requisitos aplicables a los valores susceptibles de negociación en un mercado de valores, se establecen en el artículo 9 del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Un título valor puede cumplir cabalmente con todos los requisitos del artículo 670 del Código de Comercio y no ser susceptible de negociación en los mercados de valores, por carecer de estandarización. En este sentido, el artículo 670 del Código de Comercio, es aplicable a los títulos y valores individuales emitidos por las entidades que conforman el sistema financiero¹¹, pero en este caso su configuración jurídica es la de un título valor individual. A mayor abundancia, otro ejemplo lo encontramos en el requisito que contempla el artículo 670 inciso d) relativo al nombre y firma de quien lo expide, el cual no es un requisito en el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores y tampoco es exigido a los valores representados por anotaciones en cuenta.

III)- Desmaterialización del título valor y los valores anotados en cuenta

A)- Desmaterialización y Desincorporación

Inicialmente se mencionó que resulta bastante frecuente encontrar opiniones que equiparan el régimen jurídico del valor anotado en cuenta con el del valor desmaterializado. En este sentido, ambos conceptos son diferentes, aunque ciertamente tienen en común la base desmaterializada.

En nuestro criterio, los términos utilizados por la contemporánea doctrina mercantil de **desincorporación y desmaterialización**, hacen referencia a conceptos sinónimos o similares, pero con diferentes acentos. En el tanto que la “**desincorporación**” enfatiza el hecho que el Principio de Incorporación, característico de la teoría tradicional de los títulos valores, modernamente es reestructurado de forma electrónica, -con lo cual fenece la incorporación del derecho en el soporte físico-, la expresión “**desmaterialización**” se refiere a la supresión del papel como soporte material del derecho incorporado en el título valor. En ambos casos el resultado práctico es idéntico: el título valor pierde el sustento documental para dar lugar al “valor” intangible, de carácter informático.

En relación con el concepto y extensión del fenómeno jurídico de la desincorporación, el jurista PAZ-ARES, - en buena medida

11 “...Los valores emitidos individualmente, o emitidos junto con otros pero sin que constituyan propiamente valores en serie, pueden emitirse de conformidad con la legislación mercantil aplicable, pero no podrán ser objeto de oferta pública...”. Art. 9 Reglamento sobre Oferta Pública.

creador intelectual de la normativa de valores representados por medio anotaciones en cuenta en España-, explica el alcance con suma claridad: “...el concepto de desincorporación agruparía *todos aquellos fenómenos, tanto fácticos como normativos, por virtud de los cuales la existencia, la transmisión o el ejercicio del derecho se desgaja o independiza, en mayor o menor medida, de la producción, de la tradición o de la presentación del título en que tradicionalmente se hallaba documentado.*”¹²

Por lo tanto, las expresiones desincorporación y desmaterialización, en términos amplios se refieren al proceso gradual de pérdida del soporte material-documental de los títulos valores, lo cual abarca varias fases que van desde la desincorporación de la circulación de los títulos valores y su representación mediante certificados globales, macrotítulos e instrumentos de representación similares, hasta la desmaterialización total del título valor y su constitución totalmente electrónica.

La desincorporación o desmaterialización es la respuesta contemporánea a la necesidad de los mercados financieros de racionalizar la emisión, tráfico y custodia masiva de los títulos valores. Su carácter es genérico y por lo tanto, pueden existir diversas manifestaciones de la representación electrónica de los títulos valores que encuadran en el concepto de desmaterialización.

B)- El régimen jurídico de los valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta

Una mayor problemática presenta la determinación del alcance del concepto de valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta. ¿Es ésta expresión privativa del régimen establecido en la LRMV o puede ser considerada una denominación genérica? Existen argumentos para sostener ambas posiciones.

La LRMV introduce la primera referencia a la expresión “anotación en cuenta” en el párrafo primero del artículo 115, relativo a las medidas de representación de las emisiones de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (en adelante RNVI), administrado por SUGEVAL:

“Las emisiones de valores inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, *podrán representarse por medio de anotaciones electrónicas en cuenta o mediante títulos (...).* “ (El énfasis es nuestro).

A partir de este artículo, el Capítulo I intitulado Anotaciones en Cuenta, del Título VII sobre Compensación, Liquidación y Custodia de Valores, se dedica a establecer el régimen jurídico que aplica para valores representados por anotaciones en cuenta. Este Capítulo

¹² La desincorporación de los títulos valor (El marco conceptual de las anotaciones en cuenta), Texto de la conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el día 21 de febrero de 1995.

regula la constitución, transmisión, titularidad, gravámenes y acreditación de los dichos valores. Se trata de un régimen jurídico previsto en la LRMV que aplica únicamente a los valores de oferta pública, circunstancia que es ratificada por el artículo 2 del Reglamento del Sistema de Anotación en Cuenta, aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero:

“Ámbito de aplicación

Este reglamento aplica para todos los valores provenientes tanto de emisores públicos como privados, que sean representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta que sean objeto de oferta pública.”

De conformidad con la LRMV, artículo 117. a).1.2., el Sistema Nacional de Registro de Anotaciones en Cuenta, -que tiene carácter único-, está conformado por las denominadas entidades miembro: Banco Central de Costa Rica, responsable de administrar el registro de emisiones del Estado y las instituciones públicas y las Centrales de Valores autorizadas por la Superintendencia, encargadas de administrar el registro de emisiones de valores privados.

Cabe señalar que a la fecha en nuestro país se carece de una Central de Valores (de Anotación en Cuenta) autorizada por la Superintendencia General de Valores como

entidad miembro del Sistema Nacional de Registro de Anotaciones en Cuenta. Actualmente un servicio con características similares, es brindado por la Central de Valores S.A., (CEVAL). A tal efecto se utiliza el macrotítulo, instrumento con soporte documental heredado y reconocido como práctica bursátil de la derogada LRMV No 7091, que elimina la emisión física de los valores y pasan a ser representados globalmente por el macrotítulo abarcando toda la emisión. El macrotítulo es depositado físicamente en la CEVAL, que maneja el registro centralizado del valor y los cambios de titularidad se anotan en el registro de los Puestos de Bolsa.¹³ No obstante, es claro que esta situación constituye un mero paliativo, toda vez que, la intención del legislador fue la constitución de una central de valores en el contexto señalado por el citado artículo 117.

Retomando el análisis sobre el alcance de la expresión valores representados por “anotaciones electrónicas en cuenta”, consideramos que nos encontramos ante un régimen jurídico de carácter especial. Lo anterior, básicamente porque es un sistema de representación de valores desmaterializados regulado por la LRMV, reglamentos y acuerdos emitidos por SUGEVAL y CONASSIF, los cuales son sólo aplicables a valores de oferta pública, negociables en los mercados de valores. Lamentablemente la LRMV no previó una reserva de denominación, con lo

¹³ SGV-A- 32. Instrucciones para la utilización del macrotítulo y el certificado de deuda para representar valores provenientes de una misma emisión.

cual la expresión puede ser equívocamente extendida a figuras similares, generando confusión.

En este sentido, el Sistema Español de valores representados por anotación en cuenta, integrado principalmente por la Ley de Mercado de Valores 24/1988 (modelo inspirador de la actual LRMV) y su Reglamento tuvieron dicha previsión: *“...se prevé una reserva de denominación. En virtud, las expresiones ‘valores representados por medio de anotaciones en cuenta’, ‘anotaciones en cuenta’ u otras que puedan inducir a confusión con ellas ‘sólo podrán utilizarse con referencia a valores negociables que sean objeto de representación por medio de anotaciones en cuenta con arreglo a lo establecido’ por la LMV y su desarrollo reglamentario...”*¹⁴

Recapitulando, en materia de valores representados por anotaciones en cuenta, nos encontramos en el ámbito de emisiones de valores de oferta pública, inscritas en el RNVI de SUGEVAL. Tratándose de cualquier otra modalidad de valores desmaterializados representados por mecanismos electrónicos, es conveniente emplear una denominación diversa.

IV)- El Certificado de Depósito o Inversión Electrónico

En los últimos años, algunas entidades del sistema financiero costarricense han ofrecido

a sus clientes certificados denominados de depósito o inversión “desmaterializados”, “en línea” o “electrónicos”, como una modalidad de inversión más favorable que el tradicional certificado de depósito (inversión) físico. Esto, debido a que desde la perspectiva del cliente los certificados electrónicos cuentan con la ventaja de eliminar el riesgo de pérdida, robo y destrucción del documento, siempre latente en relación con los títulos valores físicos. Por su parte, desde la posición de la entidad financiera oferente este mecanismo reduce los costos operativos, de custodia y los relativos a la emisión de papel.

Ahora bien, para determinar la naturaleza jurídica de este moderno mecanismo de inversión, es necesario estudiar en detalle los aspectos jurídicos y pragmáticos más destacados del certificado electrónico. Analicemos sus características relevantes:

A)- Características del certificado de depósito electrónico

1)- Naturaleza individual: se trata de certificados electrónicos de depósito (o inversión) de naturaleza única, en la medida que son emitidos uno a uno por la entidad financiera, de conformidad con los requerimientos de: plazo, moneda, periodicidad en el pago de intereses, forma de liquidación, etc., que el cliente solicite. De hecho, en la práctica bancaria local las entidades ofrecen un rango diverso de plazos

14 ESPINA (Daniel), Las anotaciones en cuenta, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 220-221

mínimos de inversión¹⁵, tasas de interés y monto a invertir. En consecuencia, estos certificados carecen de estandarización, circunstancia que los excluye de la categoría de “valor”, contemplada en la definición que establece el artículo 2 de la LRMV.

2)- Carencia de negociabilidad en el mercado de valores: por regla general estos certificados desmaterializados o electrónicos no son susceptibles de negociación o transmisión mediante el mecanismo establecido para los valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta en la LRMV o el Código de Comercio. Los valores representados por anotación electrónica en cuenta se transfieren mediante la inscripción en el registro del custodio (Art. 123 LRMV¹⁶ en relación con el Art.16 del Reglamento de Custodia), previa negociación en un mercado de valores organizado.

Ante esta situación, en caso que el depositante –titular del certificado- desee transferirlo, básicamente puede recurrir a las siguientes opciones: la redención anticipada de la operación de depósito -en cuyo caso la entidad emisora puede aplicar un cargo o comisión- o bien, solicitar la cancelación de

la representación electrónica y proceder a su consecuente emisión física con la finalidad de transferirlo.¹⁷

3)- Socialmente típicos: recurriendo a la clasificación elaborada por MARTORANO¹⁸, se trata de títulos socialmente típicos, es decir incorporan una obligación, que aunque no se encuentra expresamente contemplada en la Ley, en la práctica cuentan con una amplia difusión. Es un hecho que tratándose de certificados individuales desmaterializados, estamos ante un instrumento de inversión electrónico cuya creación no es reconocida legalmente, pero goza de amplia aceptación y reconocimiento en medio financiero patrio.

4)- Registro informático de titulares privado: El certificado de inversión o depósito desmaterializado es generado mediante un sistema informático que cuenta con un software diseñado para operar funcionalmente como registro de titulares individuales y es administrado por la propia entidad financiera que ofrece el servicio.

Actualmente no existe interconexión tecnológica entre los diferentes sistemas de registro implementados por las entidades

15 Algunas entidades financieras establecen como plazo mínimo de inversión 31 o 33 días, en el tanto, otras ofrecen depósitos desmaterializados de 1 día plazo. En cuanto a los intereses, en algunas se establece que estos pueden ser depositados en la cuenta corriente o de ahorros del cliente, mientras en otras también se ofrece como opción su capitalización.

16 En lo que interesa el artículo 123 LRMV establece: “La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta, tendrá lugar por inscripción en el correspondiente registro contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos. (...)”

17 Al respecto, cabe aclarar que la redención anticipada se caracteriza porque el monto de la inversión representada en el título valor es cancelada de previo al acaecimiento del plazo de vencimiento de ésta.

18 Op.cit., pág. 26

financieras y tampoco se cuenta con el reconocimiento legal de los cambios de titularidad efectuados mediante los registros electrónicos. Adicionalmente, algunas de las entidades utilizan “portales web” para productos en línea, por medio de los cuales los clientes suscritos al sistema pueden constituir el depósito. Precisamente la necesidad de dotar de seguridad este mecanismo, se constituye en la principal razón por la que carecen de circulación.

5)- Rematerialización de la inversión: es práctica frecuente que ante la solicitud del cliente para transmitir el certificado desmaterializado, la entidad financiera opte por rematerializar la inversión, es decir, emitir de forma física la inversión electrónica del cliente, con el propósito de que pueda ser negociado de conformidad con las reglas aplicables a los títulos valores individuales de carácter físico. En otras ocasiones, ante la necesidad de transferir el certificado electrónico, la institución financiera emisora solicita la presencia del titular actual y el futuro adquirente, se procede a cancelar el registro electrónico del titular actual y abrir uno nuevo a nombre del futuro, prescindiendo de la emisión física. Este trámite es documentado de forma manual. En consecuencia, no existe un régimen uniforme de transferencia de tales instrumentos, éste se encuentra supeditado a los requisitos que establezca cada entidad emisora.

6)- Emisión de documento probatorio: usualmente las inversiones electrónicas vienen acompañadas con la emisión de un documento en el cual consta el número de certificado e información general de la inversión (monto, fecha vencimiento, tasa de interés número de cupones, entre otros). Este documento no es negociable, ni acredita al titular el ejercicio de algún tipo de derecho vinculado a la inversión. En otros términos, las constancias físicas de depósito no comparten las características propias de los títulos valores y a lo sumo, podría identificárseles como “documentos de legitimación físicos y nominales” por su carácter estrictamente probatorio de la inversión y la titularidad del depositante.

B)- Naturaleza Jurídica

Dadas las características descritas, si bien el certificado es una inversión realizada por medios electrónicos, consideramos que su naturaleza jurídica no resulta equiparable *–mutatis mutandi–* a la de un título valor electrónico individual.

Si bien es cierto, existe un soporte electrónico que lógicamente conduce a la aplicación del Principio de Equivalente Funcional que contempla el artículo 3 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, No 8454 (LCFDDE)¹⁹, actualmente no

19 El artículo establece: “Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos. En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular” (lo destacado no es del original).

cumple con todos los requisitos legales para calificarlos como título valor electrónico.

La equivalencia funcional: “...se basa en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones en el contexto tecnológico.”²⁰

En otras palabras, se procura sustituir los requerimientos físicos formales por sucedáneos tecnológicos; por lo tanto, se debe verificar si la inversión electrónica reúne los requisitos de los títulos valores que contempla el artículo 670 del Código de Comercio : “...a)- Nombre del título de que se trate; b)- Fecha y lugar de expedición; c)- Derechos que el título confiere; ch)- Lugar de cumplimiento o ejercicio de tales derechos; d)- Nombre y firma de quien lo expide...” La gran mayoría de las inversiones electrónicas analizadas, no utilizan la firma y certificación digital, que son precisamente los mecanismos jurídico-electrónicos que proporciona la Ley No 8454 para verificar y garantizar la integridad e identificar de forma unívoca al autor (emisor) con el documento electrónico y por lo tanto, validar jurídicamente el requisito relativo al nombre y firma del emisor del artículo 670.

Por otra parte, estas inversiones electrónicas carecen de vocación circulatoria, su

transmisión usualmente conlleva a la rematerialización de la inversión como requisito previo al traslado de titularidad, circunstancias que prácticamente excluyen la aplicación del Principio de Equivalencia Funcional y la eventual equiparación entre el certificado de inversión electrónico y el título valor. En el contexto de la teoría general de los títulos valores, podrían considerarse como un tipo de documento de legitimación electrónico de conformidad con la regulación del artículo 686 del Código de Comercio.²¹

A pesar de lo expuesto, consideramos que una vez que el sistema de registro electrónico utilizado por las entidades financieras habilite el empleo de los mecanismos dispuestos en la LCFDDE, de manera que las inversiones electrónicas puedan circular a salvo de alteraciones, sería factible reubicar su naturaleza jurídica como títulos valores individuales electrónicos.

V)- En particular sobre inversiones electrónicas con transmisibilidad condicionada

En materia de inversiones electrónicas, en algunos supuestos específicos el emisor brinda la posibilidad de transferir la inversión a un tercero bajo ciertas condiciones establecidas por el propio emisor. Tal es el

20 REMOLINA ANGARITA (Nelson), Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro, Comercio Electrónico, Bogotá, Legis, 2005, pág. 145

21 Artículo 686: Salvo las normas relativas a la legitimación, las disposiciones de este título no son aplicables a documentos que sólo sirven para identificar a quien tiene el derecho a una prestación, o para permitir el traspaso del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión, pero con los efectos de ésta.

caso de las inversiones en línea, denominadas instrumentos financieros de inversión o depósitos electrónicos a plazo (en adelante DEPs), ofrecidas por el Banco Central de Costa Rica (en adelante BCCR) a través de la plataforma tecnológica denominada Central Directo, que constituye un mecanismo para la negociación de operaciones monetarias y cambiarias a través de Internet.²²

En lo que interesa el BCCR, ofrece depósitos electrónicos overnight (plazo de un día) y depósitos electrónicos DEP-A y DEP-B.²³ En los depósitos A y B, la diferencia estriba en el plazo de la inversión, el A corresponde a una inversión de 2 a 6 días, en el tanto que el B cubre una inversión de 7 a 1800 días. En todas las modalidades de DEPs, el conjunto obligacional creado entre depositante y depositario que se desarrolla en un ambiente ajeno al soporte físico y el derecho de crédito establecido a favor del depositante se encuentra incorporado en un documento digital.

En relación con estos instrumentos financieros, merece particular atención el criterio de circulación que a la fecha ha sido aplicado a éstos. En un primer momento se consideró que el servicio de Central Directo como

ventanilla electrónica, tenía potencial para ofrecer al público inversionista la posibilidad de negociación en mercado secundario (para lo cual debe cumplir con las disposiciones normativas relativas al tema, especialmente las contenidas en la LRMV). No obstante, al momento de evaluar la factibilidad de introducir un régimen de circulación a los DEPs, la Asesoría Jurídica del BCCR, en el oficio No. AJ-637-2007, del 11 de julio de 2007, argumentó que: “(...) *la inclusión de un régimen de transmisión al DEP, siempre y cuando sea así acordado por la Junta Directiva y se mantenga la imposibilidad de negociación en el mercado de valores, es legal y no riñe con las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 10 de la LRMV, las cuales tienen un objeto diferente de regulación que no calza con la naturaleza del instrumento en estudio.*” En consecuencia, de manera muy acertada no se consideró posible atribuir a los DEPs, la naturaleza de valores negociables en los mercados de valores sujetos a la autorización por parte de la SUGEVAL de previo a realizar su oferta pública.

Sin perjuicio de lo anterior, en materia de transmisibilidad de los depósitos la Junta Directiva del BCCR, en el acta de sesión No. 5335-2007²⁴, acordó implementar al DEP

22 Reglamento de Central Directo. Artículo 1. Aprobado por la junta directiva del Banco Central de Costa Rica, mediante artículo 9 del acta de la sesión No. 5433-2009, celebrada el 12 de agosto del 2009. Publicado en el diario oficial La Gaceta No.168 del 28 de agosto del 2009.

23 www.centraldirecto.fi.cr.

24 Acta de sesión de Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica No. 5335-2007, celebrada el 4 de julio de 2007. En dicha sesión, se acuerda modificar las características del DEP “con el fin de mejorar las condiciones competitivas del DEP, para equiparlo con otras alternativas de captación similares que vienen operando los bancos comerciales en el mercado financiero nacional, pero siempre bajo la figura de depósito a plazo en moneda nacional que establece el artículo 60 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558 del 27 de noviembre del 2005), es necesario incorporar al instrumento un régimen de transmisión, a efectos de que la titularidad de los depósitos con él constituidos pueda ser traspasada a otro inversionista, cuando su propietario así lo determine”.

una modalidad de transmisión que a pesar de no ser negociable en los mercados de valores, resulte susceptible de transmisión mediante instrucción de traslado por parte del inversionista titular a otro cliente inscrito en Central Directo. Así la negociación de valores por medio de Central Directo opera exclusivamente a nivel del emisor, en tanto permite captar recursos financieros mediante la emisión de valores, pero no proporciona la liquidez característica del mercado secundario de valores, al poner en contacto a los ahorradores entre sí para que realicen transacciones de toda índole.²⁵

El régimen de transmisibilidad diseñado por el BCCR para los DEPs requiere del cumplimiento de dos condiciones previas: a)- Girar una instrucción de traslado del DEP al ente emisor (BCCR) y, b)- Que el sujeto receptor de la transferencia, se encuentre inscrito en el sistema de Central Directo. Se trata de un mecanismo de transferencia implementado por el emisor, cuyo ámbito de competencia está circunscrito al propio sistema de inversión electrónico organizado y administrado por el emisor.

Asimismo, es importante analizar el hecho de que la página web de Central Directo indica que la forma de representación de estas inversiones se realiza mediante una "anotación electrónica en el BCCR". La duda que surge es: ¿La anotación electrónica en el

BCCR es una figura análoga a la anotación electrónica en cuenta regulada en la LRMV? La respuesta es negativa. Como se mencionó, la Junta Directiva del BCCR implementó un criterio de transmisión a los DEPs conforme al cual el instrumento no resultaría negociable en los mercados de valores. Esto implica que su emisión no constituye oferta pública de valores en los términos de la LRMV y por ende no requiere la autorización, ni regulación por parte de la SUGEVAL. En consecuencia, el elenco de características asignadas a dichos instrumentos por parte del BCCR, excluye expresamente que sean objeto de regulación por parte de la LRMV, incluyendo las normas del Título VII, Capítulo I relativas a las anotaciones electrónicas en cuenta

A)- Uso del certificado digital

La inversión electrónica mediante el portal financiero que ofrece el BCCR presenta la característica de que el usuario debe poseer un certificado digital, con lo cual se valida la autenticidad del participante y firma electrónicamente el ingreso al sitio web de Central Directo.²⁶ Asimismo, Central Directo cuenta con un certificado digital reconocido internacionalmente, que garantiza que las conexiones a su sitio Web son confidenciales y se encuentran debidamente protegidas contra alteraciones, así como la autenticidad del sitio con el que se realiza la conexión.

²⁵ Asesoría Jurídica del Banco Central. Criterio No. AJ-960-2007 de 16 de noviembre de 2007.

²⁶ Guía de suscripción, central directo, www.centraldirecto.fi.cr

La utilización del certificado electrónico para efectuar inversiones en los productos ofrecidos por el BCCR, como se verá, modifica el régimen jurídico; toda vez, que en este contexto es posible aplicar disposiciones de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documento Electrónico No 8454, para determinar la naturaleza jurídica de la representación de la inversión. De conformidad con el artículo 3 de la LCFDCE, para que un documento electrónico pueda servir de soporte a un título valor desmaterializado debe cumplir con los requisitos y formalidades exigidas por el artículo 670 del Código de Comercio.

En efecto consideramos que dichos requisitos están contenidos en la representación de las inversiones electrónicas del BCCR. El empleo del sistema de firma y certificación digital, aseguran la autenticidad e inalterabilidad del contenido plasmado en la representación electrónica de dichas inversiones y la integridad de su emisión.

B)- La transferencia electrónica

Tradicionalmente en el derecho mercantil, la doctrina explica que los títulos valores nacen con vocación para circular: *“El título de crédito, esta por su naturaleza –o sea, orgánicamente- destinado a la circulación, esto es, al desplazamiento de poseedor a poseedor; por lo cual, debe considerarse que, en la disciplina del título de crédito, reside el denominado favor de la circulación.”*²⁷ Los

títulos valores se transmiten de conformidad con la ley de circulación establecida para las diferentes categorías de títulos. El Código de Comercio costarricense establece que los títulos valores cambiarios se transmiten por tradición (Art.712) y endoso (Art. 694), en el tanto que los títulos valores nominativos, circulan mediante la doble intestación, endoso nominativo e inscripción en el registro del emisor (Art.688). Por su parte, los valores representados mediante anotaciones en cuenta, se transmiten mediante la inscripción en el asiento del registro contable de la entidad de custodia (Art. 123 LRMV). En este sentido, la forma de circulación es establecida por la ley, en el tanto que el emisor eventualmente puede escoger la modalidad aplicable, según la calificación jurídica que atribuya al título al momento de su emisión.

La transmisión de inversiones electrónicas que regula el Central Directo, está condicionada a que el futuro adquirente de la inversión se registre en dicho sistema. Una vez ingresado al sistema, la transferencia opera mediante una instrucción de traslado del inversionista titular. Las características de dicho régimen de transmisión distan de asemejarse a la tradicional vocación circulatoria de los títulos valores, lo que podría generar cuestionamiento sobre si estos instrumentos pueden ser calificados como tales: *“Precisamente esta destinación inicial a la circulación, o sea, desde la*

27 MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1955, pág.234.

creación del título, ínsita en la voluntad del creador del título, constituye la esencia del título de crédito, el elemento discriminante y del cual derivan las características propias de la disciplina.”²⁸

Aunado a lo anterior, la circulación de un título valor debe ser rápida y, en principio, exenta de condiciones, debiendo únicamente respetar los requisitos que establece la ley de circulación respectiva. Cualquier tipo de restricción o condición que tienda a dilatar el proceso circulatorio de un título valor, lo desnaturaliza. Dicha exigencia tiene su asidero lógico en la misma función económica los títulos valores: facilitar el tráfico comercial de la riqueza, representada primordialmente en dinero, créditos o mercancías.

En el caso del DEPs, como se apuntó, su modalidad de transmisión incorpora dos condiciones previas a su circulación: a)- la transmisión sólo puede operar entre clientes de Central Directo y; b)- la notificación al emisor a través de su sistema informático. En relación con la primera, a diferencia de los títulos valores que pueden ser traspasados de conformidad con su ley de circulación a cualquier persona física o jurídica sin limitante alguna,²⁹ los DEP sólo pueden transmitirse entre inversionistas activos del portal Web,

mediante instrucción de traslado por parte del inversionista titular a otro cliente inscrito en Central Directo. En consecuencia, el adquirente puede obtener el crédito derivado del depósito sólo si el transmitente es el efectivo titular del mismo³⁰, con lo cual se traslada el Principio de Tracto Sucesivo característico del derecho registral a un entorno de inversiones electrónicas. Este Principio es reconocido por la Ley Reguladora del Mercado de Valores para los valores anotados en cuenta.³¹

En cuanto notificación que se debe efectuar al emisor –BCCR- a efecto de poder transmitir el DEP, en nuestro criterio, dicho mecanismo presenta alguna semejanza con la cesión de créditos que con la circulación propia de los títulos valores, puesto que es asimilable con el requisito de eficacia que en la cesión debe operar para que el contrato de cesión suscrito entre el cedente y el cesionario tenga efecto ante el deudor. En efecto, el artículo 491 del Código de Comercio establece: *“La cesión de un crédito debe notificarse al deudor, y en tanto no se le notifique el traspaso es ineficaz en cuanto a él (...)”*. Ahora bien, se entiende que es asimilable en el tanto, en el caso de Central Directo, dicha notificación no constituye un requisito de eficacia, sino una consecuencia misma de las condiciones mediante las cuales

28 FERRI (Giuseppe), Títulos de Crédito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires pág.27

29 Con excepción de la transmisión de las acciones nominativas, que puede estar sujeta a la autorización previa del Consejo de Administración, artículo 138 Código de Comercio.

30 Esto significa que no es posible diferenciar entre titularidad y posesión, la adquisición a non domino es improbable.

31 Artículo 124, párrafo final: “Para la transmisión y el ejercicio de los derechos que corresponden al titular, será precisa la inscripción previa a su favor en el respectivo registro contable.”

se transmiten los valores; es decir, que en dicha ventanilla electrónica inevitablemente el emisor – quien es a su vez quien administra dicho centro-, debe enterarse de quienes van a ser sus sucesivos acreedores. En esta hipótesis la instrucción de traslado al BCCR, funcionalmente equivale a la notificación al deudor exigida por el Código de Comercio, pues estructuralmente el depósito electrónico es una deuda que adquiere el emisor con el titular de la inversión, por lo tanto, el BCCR tiene la condición de emisor y deudor. Por lo que no es dable equiparar el mecanismo de transmisión de los DEP con el régimen de circulación tradicional característico de los títulos valores. Recordemos, que este último se creó con el fin de obviar las formalidades propias de la cesión, precisamente la necesidad de notificar al deudor del cambio en la titularidad del crédito cedido.

El hecho de que la inversión electrónica posea un régimen de transmisión, no la califica *per sé* como vocación circulatoria, máxime si se toma en consideración que deben cumplirse requisitos previos para proceder con el cambio del titular. Por ello, en relación con los DEPs, es nuestro criterio que cuenta con un régimen de transmisión, más no de circulación en el sentido tradicional. En efecto, al no ser negociables en el mercado secundario e introducir un régimen de transferencia que retoma aspectos de la cesión de derechos, el emisor resta a estos instrumentos la principal característica de los títulos valores: la de circulación sucesiva, ágil y exenta de formalidades. Por lo tanto, consideramos

que no es factible desde el punto de vista técnico equiparar este medio de transmisión de la inversión electrónica con la circulación propia los títulos valores y la establecida para los valores anotados en cuenta regulados en la LRMV.

Lo anterior, no obsta para plantear la posibilidad de que las inversiones electrónicas creadas por el BCCR cuentan con un régimen de circulación especial, producto exclusivo de los requerimientos operativos propios de un acto de transmisión que se ejecuta de forma electrónica, y utiliza una red pública para su acceso inicial. Es precisamente por esta razón que resulta imposible equipararlo con el concepto tradicional de circulación aplicable a un título valor. Nos encontramos ante un mecanismo de soporte del título valor muy diferente del utilizado como base por la clásica doctrina mercantil; por lo que, de igual forma se deben generar respuestas que se adapten a las exigencias de la nueva tecnología.

VI)- Conclusiones Preliminares

Se trata de conclusiones preliminares porque en materia de inversiones desmaterializadas y títulos valores electrónicos, nos encontramos frente a un proceso de evolución y transformación de la teoría general de los títulos valores que actualmente carece de propuestas definitivas.

De los Principios que de conformidad con la tradicional doctrina mercantil aplican a

los títulos valores, la circulación es muy posiblemente el que experimenta mayores transformaciones producto de la tecnología informática. Es evidente que por razones de seguridad informática e integridad del contenido, la circulación de un valor documentado por medios informáticos requiere de dispositivos electrónicos adicionales: firma y certificado digital. Esto debido a que el entorno electrónico, -sin la adecuada protección-, puede resultar un ambiente mucho más vulnerable que el soporte físico brindado por el papel. Por lo tanto, la construcción de una teoría sobre el título valor electrónico, en nuestro criterio necesariamente conlleva el acompañamiento de la firma y el certificado digital, como mecanismos indispensables para garantizar la identidad del emisor y la autenticación del contenido.

En resumen, la regulación establecida por la Ley No 7732 para valores representados por anotaciones en cuenta, aplica para los títulos estandarizados de oferta pública y negociables en una bolsa de valores. Por su parte, tratándose de inversiones electrónicas individuales, actualmente el sistema financiero costarricense ofrece dos modalidades: las inversiones que no utilizan firma y certificado digital que poseen una naturaleza jurídica cercana al título de legitimación electrónico o documento electrónico impropio, en el tanto, que los instrumentos de inversión que se acompañan de los dispositivos electrónicos (firma y certificado digital), al amparo de la Ley No 8454 y el Principio de Equivalente Funcional tienen la condición de título valor individual electrónico.

ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL VALOR ANOTADO EN CUENTA, TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO E INVERSIONES DESMATERIALIZADAS

Máster Anayansy Rojas Chan

** Especial colaboración en inversiones electrónicas con transmisibilidad condicionada de las Licenciadas María Fernanda Roldán Vives y Adriana Casafont Ortiz.¹*

Actualmente en el ordenamiento jurídico costarricense es factible encontrar dictámenes, resoluciones y estudios que mezclan indistintamente, los conceptos y principios que rigen en materia de títulos valores, valores representados por anotación en cuenta, títulos valores electrónicos e inversiones desmaterializadas, así como el régimen legal vigente para cada una de estas categorías. Este hecho es hartamente comprensible, porque la plataforma regulatoria es confusa y algunos temas carecen de suficiente madurez doctrinaria.

Por lo tanto con el afán de obtener algún nivel de ubicación conceptual y técnica, a efecto de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a los diversos instrumentos desmaterializados que contemporáneamente

ofrece el sistema financiero costarricense, se han elaborado algunas reflexiones básicas con la esperanza de aportar algún nivel de claridad al panorama actual.

I)- El Título Valor

Por supuesto que, no es nuestra intención abordar un tema expuesto ampliamente por la mejor doctrina mercantil; no obstante, recopilamos aspectos indispensables para el desarrollo del presente estudio.

En primer lugar, se adopta como punto de partida la afirmación de MARTORANO², en el sentido de que el concepto de "título valor" no designa una especie concreta, toda vez que no existe el título valor en su estado puro. Con la expresión título valor, la doctrina

1 Las licenciadas Adriana Casafont Ortiz y María Fernanda Roldan Vives elaboraron su trabajo final para optar a la Licenciatura en Derecho sobre: "El certificado electrónico de depósito bancario a plazo: su naturaleza jurídica y régimen legal aplicable", Universidad de Costa Rica, 2011, del cual tuve el agrado de ser lectora y miembro del tribunal evaluador.

2 MARTORANO Federico, Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari, Ed. Morano, 1979, Pág.7

hace referencia a diversos documentos que presentan rasgos comunes a nivel de categoría, pero que al mismo tiempo individualmente considerados contienen elementos estructurales disímiles. Es precisamente por esta razón que documentos tales como: la letra de cambio, la acción, el bono de prenda, la guía porte, el certificado de inversión, la participación de fondos de inversión cerrados, los bonos y el papel comercial, entre muchos otros, forman parte de la categoría de títulos valores.

Tradicionalmente se define el título valor como: *“...ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo.”*³ En este contexto, el título valor, se caracteriza principalmente, por la incorporación de un derecho concreto, inmaterial, (de carácter obligatorio, de participación o real)⁴ a un documento físico, material. De manera que la posesión del documento se convierte en un requisito indispensable para el ejercicio del derecho consignado en éste. Esta unión indisoluble entre el derecho y el documento, se le conoce como incorporación: *“La conexión entre el documento y el derecho, propia de los títulos de crédito, se expresa en la fórmula de la incorporación del derecho en el título. Con ello se expresa que la situación creditoria se*

*relaciona con una posición real respecto del documento, en el sentido de que la propiedad de éste último, deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor.”*⁵

De acuerdo con la clásica teoría general de los títulos valores, de la Incorporación se desgranar otras dos características a saber: la literalidad, entendida como el hecho de que el texto literalmente consignado en el documento determina la extensión del derecho establecido en éste y la autonomía del derecho cartular, por el que, la adquisición del derecho incorporado en el título valor se efectúa a título originario⁶, no derivado como en el caso de la cesión. La doctrina, también destaca el concepto de legitimación, el cual se explica en la necesidad de posesión del título, como condición mínima para ejercer el derecho incorporado⁷ y por ende, reclamar el cumplimiento de lo consignado en el título valor. La legitimación, como característica fundamental del título valor, conlleva —en determinados supuestos— al ejercicio del derecho incorporado en el documento por parte de un sujeto no titular, la adquisición a *non domino*.

En Costa Rica, con ocasión de la aprobación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No 7201 y reformas al Código de Comercio, del 10 de octubre de 1990 (hoy derogada)

3 GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo III, Editorial Temis, 1987, pág. 85

4 HUECK Alfred y CANARIS Claus-Wilhelm, Derecho de los Títulos Valor, Editorial Ariel, 1988, Pág. 2

5 MARTORANO Federico, Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari, Ed. Morano, Nápoles, 1979.

6 MARTORANO Federico, op.cit.

7 GARRIGUES (Joaquín), op.cit., pág. 89

se introducen una serie de artículos dirigidos a construir una parte general aplicable a los títulos valores (Capítulo Primero, Disposiciones Generales, artículo 667 al 686). En este sentido, explica el Dr. Gastón Certad M.⁸, que la reforma operada a la parte general de los títulos valores, comparte las mismas carencias de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mercantiles de México de 1932 (modelo inspirador), toda vez, que las normas se circunscriben al establecimiento de una parte general de títulos valores cambiarios, considerados el “título valor” por aclamación en esa época. Razón por la cual, el legislador no logró elaborar una verdadera parte general de los títulos valores.

Bajo nuestra perspectiva, debido a las diferentes características estructurales que contemporáneamente presentan los instrumentos financieros y los valores, es harto difícil aspirar a la elaboración de una parte general aplicable a la amplia variedad de instrumentos que hoy en día se negocian en los mercados financieros.

II)- El concepto de valor en la Ley No 7732

En el año 1997 se promulga la Ley Reguladora del Mercado de Valores No 7732, vigente a partir del 27 de marzo 1998 (en adelante LRMV). Esta Ley, modifica sustancialmente la

concepción vigente de título valor y regula un concepto más amplio, acorde con la realidad vigente. El artículo 2 establecía: “Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propio y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.”

Posteriormente en el año 2002, bajo una óptica bastante estrecha sobre la futura evolución de los mercados, el concepto de “valor” de este artículo fue modificado en su parte final, con el propósito de eliminar el término alusivo al mercado financiero o bursátil y circunscribirlo a la negociación en un mercado de valores. Actualmente una interpretación restrictiva del concepto de “valor” en los términos de la LRMV es únicamente aquel susceptible de negociación en un mercado de valores.⁹ No obstante, el desarrollo contemporáneo de éstos mercados ha demostrado que dicha reforma resulta lamentable, toda vez que la tendencia mundial se dirige hacia la unificación de los mercados de crédito (dinero) y capitales (valores), bajo el concepto macro de mercado financiero. Por lo tanto, es de esperar que en algún momento futuro el legislador o la jurisprudencia rectifique esta retrocesión conceptual.

8 Comentario a la reforma operada por la Ley Reguladora del Mercado de Valores al Libro III de los títulos-valores del Código de Comercio, IVSTITIA, No 63, Año 6.

9 Actualmente el artículo 2 LRMV establece: “Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propio y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado de valores”.

El cambio que introduce el artículo 2 de la LRMV, consiste en el reconocimiento y regulación del valor no incorporado en un documento (desincorporado), es decir, aquel valor que no está representado en un documento físico o papel. Nótese, que el legislador confiere la condición de “valores”, a aquellos que por su configuración jurídica y régimen de transmisión, resultan susceptibles de negociación en un mercado de valores. Lo anterior, con independencia de que el valor se encuentre materializado en un título o representado por un mecanismo electrónico o similar. De esta forma, el artículo 2 establece una definición más amplia que comprende tanto el valor desmaterializado (desincorporado) como el tradicional título valor representado de forma física. El punto común es la posibilidad de ser negociados en un mercado de valores.

A)- Características del concepto de valor en la LRMV

El concepto de “valor” del artículo 2 establecido en la LRMV, cuenta con un ámbito de aplicación objetivo concreto, representado por la aptitud –jurídica y estructural- para ser negociable en el mercado de valores. Evidentemente todo derecho de carácter patrimonial es susceptible de transmisión mediante la cesión, por lo tanto, el legislador al introducir el concepto del artículo 2 tomó en consideración las características del mercado en el cual serían efectuadas las transacciones.

En otras palabras, la definición de “valor” que contempla el artículo 2 adquiere significado en el contexto de los títulos valores y valores negociables en este mercado. Lo anterior, debido a que el concepto normativo responde a las necesidades económicas que se manifiestan propiamente en los mercados de valores y financieros, donde las transacciones se efectúan de forma masiva, sobre valores fungibles (estandarizados) y de manera impersonal (calces electrónicos, automáticos, mercados ciegos, entre otros mecanismos). Bajo la anterior premisa, las principales características del concepto de “valor” del artículo 2 LRMV son:

a)- Estandarización: los valores negociables en bolsa se caracterizan por ser emitidos de forma estandarizada, cada valor que integra la emisión cuenta con características idénticas, de manera que debido a su homogeneidad son intercambiables entre sí (fungibles).

El artículo 9 del Reglamento sobre Oferta Pública, aprobado por CONASSIF establece que sólo podrán ser objeto de oferta pública los valores estandarizados. Este define la emisión estandarizada como aquella que procede de un mismo emisor, donde los valores que integran la emisión otorgan a su tenedor derechos y obligaciones idénticos. Tratándose de valores de deuda, la identidad debe referirse, entre otros aspectos a la: fecha de emisión, fecha de vencimiento, valor facial, moneda, tasa de interés, periodicidad de pago, ley de circulación, forma de representación, garantías, código de identificación (ISIN).

b)-Negociabilidad en el mercado de valores: es precisamente el carácter estandarizado, que convierte a este tipo de valores en óptimos para ser negociados en un mercado de valores. Lo anterior debido a que su naturaleza fungible facilita y promueve la liquidez y profundidad en el mercado de valores. La posibilidad de negociar en el mercado de valores comprende tanto el mercado primario, donde el emisor de los valores es el oferente, como el mercado secundario (bolsas de valores), caracterizado por proporcionar liquidez a los valores que han sido previamente emitidos y colocados en el mercado primario.

En nuestro criterio, debido a la limitación que establece la norma en comentario, no resulta fácil extender la definición de valor que proporciona el artículo 2 de la LRMV a instrumentos que carecen de la posibilidad de negociación en un mercado de valores, ya sea, bursátil, extrabursátil (OTC/over the counter) o un mercado organizado¹⁰. Lo cual no es obstáculo para que, desde la perspectiva pragmática del mercado financiero costarricense se generen de forma espontánea, -como respuesta a necesidades económicas-, documentos electrónicos que representen un derecho patrimonial o instrumentos desmaterializados con algún grado de negociabilidad, que contengan características similares o comunes con el valor preceptuado en el Art. 2 en comentario.

En relación con el tema de la negociabilidad la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-135-2008 del 23 de abril, se pronuncia muy acertadamente sobre el alcance del artículo 2 de la LRMV:

“Un valor no es negociable si no puede ser transmitido en un mercado organizado, sea este primario (asignación originaria de valores negociables normalmente a través de la emisión) o secundario (mercado de negociación de valores emitidos y artículo 22 de la Ley 7732); en general si no es susceptible de tráfico generalizado e impersonal.

El valor no negociable no es valor en los términos de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, porque el objeto de esta no es regular todo valor, sino regular los mercados de valores, los actos o contratos relacionados con tales mercados y los valores que pueden ser negociados en ellos.

La negociabilidad del valor no significa intransmisibilidad, sino imposibilidad de negociación en un mercado de valores organizado.”

Resulta un equívoco aplicar únicamente el test de los requisitos formales establecidos en el artículo 670 del Código de Comercio a valores susceptibles de negociación en un mercado de valores, sin considerar el

10 El mercado organizado es definido en el artículo 55 del Reglamento General sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión como: “...aquel que cuenta con un conjunto de normas y reglamentos que determinan su funcionamiento, y que cuente con un órgano de regulación que sea miembro de IOSCO.”

contexto económico y jurídico de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y los requisitos reglamentarios establecidos por la Superintendencia General de Valores para los valores susceptibles de oferta pública.

La norma del 670 fue desarrollada para ser aplicada a aquellos títulos valores -en su sentido más tradicional-, concebidos como derechos de crédito incorporados en un documento, especialmente, los títulos valores cambiarios y de emisión individual. Como se mencionó, los requisitos aplicables a los valores susceptibles de negociación en un mercado de valores, se establecen en el artículo 9 del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Un título valor puede cumplir cabalmente con todos los requisitos del artículo 670 del Código de Comercio y no ser susceptible de negociación en los mercados de valores, por carecer de estandarización. En este sentido, el artículo 670 del Código de Comercio, es aplicable a los títulos y valores individuales emitidos por las entidades que conforman el sistema financiero¹¹, pero en este caso su configuración jurídica es la de un título valor individual. A mayor abundancia, otro ejemplo lo encontramos en el requisito que contempla el artículo 670 inciso d) relativo al nombre y firma de quien lo expide, el cual no es un requisito en el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores y tampoco es exigido a los valores representados por anotaciones en cuenta.

III)- Desmaterialización del título valor y los valores anotados en cuenta

A)- Desmaterialización y Desincorporación

Inicialmente se mencionó que resulta bastante frecuente encontrar opiniones que equiparan el régimen jurídico del valor anotado en cuenta con el del valor desmaterializado. En este sentido, ambos conceptos son diferentes, aunque ciertamente tienen en común la base desmaterializada.

En nuestro criterio, los términos utilizados por la contemporánea doctrina mercantil de **desincorporación y desmaterialización**, hacen referencia a conceptos sinónimos o similares, pero con diferentes acentos. En el tanto que la “**desincorporación**” enfatiza el hecho que el Principio de Incorporación, característico de la teoría tradicional de los títulos valores, modernamente es reestructurado de forma electrónica, -con lo cual fenece la incorporación del derecho en el soporte físico-, la expresión “**desmaterialización**” se refiere a la supresión del papel como soporte material del derecho incorporado en el título valor. En ambos casos el resultado práctico es idéntico: el título valor pierde el sustento documental para dar lugar al “valor” intangible, de carácter informático.

En relación con el concepto y extensión del fenómeno jurídico de la desincorporación, el jurista PAZ-ARES, - en buena medida

11 “...Los valores emitidos individualmente, o emitidos junto con otros pero sin que constituyan propiamente valores en serie, pueden emitirse de conformidad con la legislación mercantil aplicable, pero no podrán ser objeto de oferta pública...”. Art. 9 Reglamento sobre Oferta Pública.

creador intelectual de la normativa de valores representados por medio anotaciones en cuenta en España-, explica el alcance con suma claridad: “...el concepto de desincorporación agruparía *todos aquellos fenómenos, tanto fácticos como normativos, por virtud de los cuales la existencia, la transmisión o el ejercicio del derecho se desgaja o independiza, en mayor o menor medida, de la producción, de la tradición o de la presentación del título en que tradicionalmente se hallaba documentado.*”¹²

Por lo tanto, las expresiones desincorporación y desmaterialización, en términos amplios se refieren al proceso gradual de pérdida del soporte material-documental de los títulos valores, lo cual abarca varias fases que van desde la desincorporación de la circulación de los títulos valores y su representación mediante certificados globales, macrotítulos e instrumentos de representación similares, hasta la desmaterialización total del título valor y su constitución totalmente electrónica.

La desincorporación o desmaterialización es la respuesta contemporánea a la necesidad de los mercados financieros de racionalizar la emisión, tráfico y custodia masiva de los títulos valores. Su carácter es genérico y por lo tanto, pueden existir diversas manifestaciones de la representación electrónica de los títulos valores que encuadran en el concepto de desmaterialización.

B)- El régimen jurídico de los valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta

Una mayor problemática presenta la determinación del alcance del concepto de valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta. ¿Es ésta expresión privativa del régimen establecido en la LRMV o puede ser considerada una denominación genérica? Existen argumentos para sostener ambas posiciones.

La LRMV introduce la primera referencia a la expresión “anotación en cuenta” en el párrafo primero del artículo 115, relativo a las medidas de representación de las emisiones de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (en adelante RNVI), administrado por SUGEVAL:

“Las emisiones de valores inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, *podrán representarse por medio de anotaciones electrónicas en cuenta o mediante títulos (...).* “ (El énfasis es nuestro).

A partir de este artículo, el Capítulo I intitulado Anotaciones en Cuenta, del Título VII sobre Compensación, Liquidación y Custodia de Valores, se dedica a establecer el régimen jurídico que aplica para valores representados por anotaciones en cuenta. Este Capítulo

¹² La desincorporación de los títulos valor (El marco conceptual de las anotaciones en cuenta), Texto de la conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el día 21 de febrero de 1995.

regula la constitución, transmisión, titularidad, gravámenes y acreditación de los dichos valores. Se trata de un régimen jurídico previsto en la LRMV que aplica únicamente a los valores de oferta pública, circunstancia que es ratificada por el artículo 2 del Reglamento del Sistema de Anotación en Cuenta, aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero:

“Ámbito de aplicación

Este reglamento aplica para todos los valores provenientes tanto de emisores públicos como privados, que sean representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta que sean objeto de oferta pública.”

De conformidad con la LRMV, artículo 117. a).1.2., el Sistema Nacional de Registro de Anotaciones en Cuenta, -que tiene carácter único-, está conformado por las denominadas entidades miembro: Banco Central de Costa Rica, responsable de administrar el registro de emisiones del Estado y las instituciones públicas y las Centrales de Valores autorizadas por la Superintendencia, encargadas de administrar el registro de emisiones de valores privados.

Cabe señalar que a la fecha en nuestro país se carece de una Central de Valores (de Anotación en Cuenta) autorizada por la Superintendencia General de Valores como

entidad miembro del Sistema Nacional de Registro de Anotaciones en Cuenta. Actualmente un servicio con características similares, es brindado por la Central de Valores S.A., (CEVAL). A tal efecto se utiliza el macrotítulo, instrumento con soporte documental heredado y reconocido como práctica bursátil de la derogada LRMV No 7091, que elimina la emisión física de los valores y pasan a ser representados globalmente por el macrotítulo abarcando toda la emisión. El macrotítulo es depositado físicamente en la CEVAL, que maneja el registro centralizado del valor y los cambios de titularidad se anotan en el registro de los Puestos de Bolsa.¹³ No obstante, es claro que esta situación constituye un mero paliativo, toda vez que, la intención del legislador fue la constitución de una central de valores en el contexto señalado por el citado artículo 117.

Retomando el análisis sobre el alcance de la expresión valores representados por “anotaciones electrónicas en cuenta”, consideramos que nos encontramos ante un régimen jurídico de carácter especial. Lo anterior, básicamente porque es un sistema de representación de valores desmaterializados regulado por la LRMV, reglamentos y acuerdos emitidos por SUGEVAL y CONASSIF, los cuales son sólo aplicables a valores de oferta pública, negociables en los mercados de valores. Lamentablemente la LRMV no previó una reserva de denominación, con lo

¹³ SGV-A- 32. Instrucciones para la utilización del macrotítulo y el certificado de deuda para representar valores provenientes de una misma emisión.

cual la expresión puede ser equívocamente extendida a figuras similares, generando confusión.

En este sentido, el Sistema Español de valores representados por anotación en cuenta, integrado principalmente por la Ley de Mercado de Valores 24/1988 (modelo inspirador de la actual LRMV) y su Reglamento tuvieron dicha previsión: *“...se prevé una reserva de denominación. En virtud, las expresiones ‘valores representados por medio de anotaciones en cuenta’, ‘anotaciones en cuenta’ u otras que puedan inducir a confusión con ellas ‘sólo podrán utilizarse con referencia a valores negociables que sean objeto de representación por medio de anotaciones en cuenta con arreglo a lo establecido’ por la LMV y su desarrollo reglamentario...”*¹⁴

Recapitulando, en materia de valores representados por anotaciones en cuenta, nos encontramos en el ámbito de emisiones de valores de oferta pública, inscritas en el RNVI de SUGEVAL. Tratándose de cualquier otra modalidad de valores desmaterializados representados por mecanismos electrónicos, es conveniente emplear una denominación diversa.

IV)- El Certificado de Depósito o Inversión Electrónico

En los últimos años, algunas entidades del sistema financiero costarricense han ofrecido

a sus clientes certificados denominados de depósito o inversión “desmaterializados”, “en línea” o “electrónicos”, como una modalidad de inversión más favorable que el tradicional certificado de depósito (inversión) físico. Esto, debido a que desde la perspectiva del cliente los certificados electrónicos cuentan con la ventaja de eliminar el riesgo de pérdida, robo y destrucción del documento, siempre latente en relación con los títulos valores físicos. Por su parte, desde la posición de la entidad financiera oferente este mecanismo reduce los costos operativos, de custodia y los relativos a la emisión de papel.

Ahora bien, para determinar la naturaleza jurídica de este moderno mecanismo de inversión, es necesario estudiar en detalle los aspectos jurídicos y pragmáticos más destacados del certificado electrónico. Analicemos sus características relevantes:

A)- Características del certificado de depósito electrónico

1)- Naturaleza individual: se trata de certificados electrónicos de depósito (o inversión) de naturaleza única, en la medida que son emitidos uno a uno por la entidad financiera, de conformidad con los requerimientos de: plazo, moneda, periodicidad en el pago de intereses, forma de liquidación, etc., que el cliente solicite. De hecho, en la práctica bancaria local las entidades ofrecen un rango diverso de plazos

14 ESPINA (Daniel), Las anotaciones en cuenta, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 220-221

mínimos de inversión¹⁵, tasas de interés y monto a invertir. En consecuencia, estos certificados carecen de estandarización, circunstancia que los excluye de la categoría de “valor”, contemplada en la definición que establece el artículo 2 de la LRMV.

2)- Carencia de negociabilidad en el mercado de valores: por regla general estos certificados desmaterializados o electrónicos no son susceptibles de negociación o transmisión mediante el mecanismo establecido para los valores representados por anotaciones electrónicas en cuenta en la LRMV o el Código de Comercio. Los valores representados por anotación electrónica en cuenta se transfieren mediante la inscripción en el registro del custodio (Art. 123 LRMV¹⁶ en relación con el Art.16 del Reglamento de Custodia), previa negociación en un mercado de valores organizado.

Ante esta situación, en caso que el depositante –titular del certificado- desee transferirlo, básicamente puede recurrir a las siguientes opciones: la redención anticipada de la operación de depósito -en cuyo caso la entidad emisora puede aplicar un cargo o comisión- o bien, solicitar la cancelación de

la representación electrónica y proceder a su consecuente emisión física con la finalidad de transferirlo.¹⁷

3)- Socialmente típicos: recurriendo a la clasificación elaborada por MARTORANO¹⁸, se trata de títulos socialmente típicos, es decir incorporan una obligación, que aunque no se encuentra expresamente contemplada en la Ley, en la práctica cuentan con una amplia difusión. Es un hecho que tratándose de certificados individuales desmaterializados, estamos ante un instrumento de inversión electrónico cuya creación no es reconocida legalmente, pero goza de amplia aceptación y reconocimiento en medio financiero patrio.

4)- Registro informático de titulares privado: El certificado de inversión o depósito desmaterializado es generado mediante un sistema informático que cuenta con un software diseñado para operar funcionalmente como registro de titulares individuales y es administrado por la propia entidad financiera que ofrece el servicio.

Actualmente no existe interconexión tecnológica entre los diferentes sistemas de registro implementados por las entidades

15 Algunas entidades financieras establecen como plazo mínimo de inversión 31 o 33 días, en el tanto, otras ofrecen depósitos desmaterializados de 1 día plazo. En cuanto a los intereses, en algunas se establece que estos pueden ser depositados en la cuenta corriente o de ahorros del cliente, mientras en otras también se ofrece como opción su capitalización.

16 En lo que interesa el artículo 123 LRMV establece: “La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones electrónicas en cuenta, tendrá lugar por inscripción en el correspondiente registro contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos. (...)”

17 Al respecto, cabe aclarar que la redención anticipada se caracteriza porque el monto de la inversión representada en el título valor es cancelada de previo al acaecimiento del plazo de vencimiento de ésta.

18 Op.cit., pág. 26

financieras y tampoco se cuenta con el reconocimiento legal de los cambios de titularidad efectuados mediante los registros electrónicos. Adicionalmente, algunas de las entidades utilizan “portales web” para productos en línea, por medio de los cuales los clientes suscritos al sistema pueden constituir el depósito. Precisamente la necesidad de dotar de seguridad este mecanismo, se constituye en la principal razón por la que carecen de circulación.

5)- Rematerialización de la inversión: es práctica frecuente que ante la solicitud del cliente para transmitir el certificado desmaterializado, la entidad financiera opte por rematerializar la inversión, es decir, emitir de forma física la inversión electrónica del cliente, con el propósito de que pueda ser negociado de conformidad con las reglas aplicables a los títulos valores individuales de carácter físico. En otras ocasiones, ante la necesidad de transferir el certificado electrónico, la institución financiera emisora solicita la presencia del titular actual y el futuro adquirente, se procede a cancelar el registro electrónico del titular actual y abrir uno nuevo a nombre del futuro, prescindiendo de la emisión física. Este trámite es documentado de forma manual. En consecuencia, no existe un régimen uniforme de transferencia de tales instrumentos, éste se encuentra supeditado a los requisitos que establezca cada entidad emisora.

6)- Emisión de documento probatorio: usualmente las inversiones electrónicas vienen acompañadas con la emisión de un documento en el cual consta el número de certificado e información general de la inversión (monto, fecha vencimiento, tasa de interés número de cupones, entre otros). Este documento no es negociable, ni acredita al titular el ejercicio de algún tipo de derecho vinculado a la inversión. En otros términos, las constancias físicas de depósito no comparten las características propias de los títulos valores y a lo sumo, podría identificárseles como “documentos de legitimación físicos y nominales” por su carácter estrictamente probatorio de la inversión y la titularidad del depositante.

B)- Naturaleza Jurídica

Dadas las características descritas, si bien el certificado es una inversión realizada por medios electrónicos, consideramos que su naturaleza jurídica no resulta equiparable *–mutatis mutandi–* a la de un título valor electrónico individual.

Si bien es cierto, existe un soporte electrónico que lógicamente conduce a la aplicación del Principio de Equivalente Funcional que contempla el artículo 3 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, No 8454 (LCFDDE)¹⁹, actualmente no

19 El artículo establece: “Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos. En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular” (lo destacado no es del original).

cumple con todos los requisitos legales para calificarlos como título valor electrónico.

La equivalencia funcional: “...se basa en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones en el contexto tecnológico.”²⁰

En otras palabras, se procura sustituir los requerimientos físicos formales por sucedáneos tecnológicos; por lo tanto, se debe verificar si la inversión electrónica reúne los requisitos de los títulos valores que contempla el artículo 670 del Código de Comercio : “...a)- Nombre del título de que se trate; b)- Fecha y lugar de expedición; c)- Derechos que el título confiere; ch)- Lugar de cumplimiento o ejercicio de tales derechos; d)- Nombre y firma de quien lo expide...” La gran mayoría de las inversiones electrónicas analizadas, no utilizan la firma y certificación digital, que son precisamente los mecanismos jurídico-electrónicos que proporciona la Ley No 8454 para verificar y garantizar la integridad e identificar de forma unívoca al autor (emisor) con el documento electrónico y por lo tanto, validar jurídicamente el requisito relativo al nombre y firma del emisor del artículo 670.

Por otra parte, estas inversiones electrónicas carecen de vocación circulatoria, su

transmisión usualmente conlleva a la rematerialización de la inversión como requisito previo al traslado de titularidad, circunstancias que prácticamente excluyen la aplicación del Principio de Equivalencia Funcional y la eventual equiparación entre el certificado de inversión electrónico y el título valor. En el contexto de la teoría general de los títulos valores, podrían considerarse como un tipo de documento de legitimación electrónico de conformidad con la regulación del artículo 686 del Código de Comercio.²¹

A pesar de lo expuesto, consideramos que una vez que el sistema de registro electrónico utilizado por las entidades financieras habilite el empleo de los mecanismos dispuestos en la LCFDDE, de manera que las inversiones electrónicas puedan circular a salvo de alteraciones, sería factible reubicar su naturaleza jurídica como títulos valores individuales electrónicos.

V)- En particular sobre inversiones electrónicas con transmisibilidad condicionada

En materia de inversiones electrónicas, en algunos supuestos específicos el emisor brinda la posibilidad de transferir la inversión a un tercero bajo ciertas condiciones establecidas por el propio emisor. Tal es el

20 REMOLINA ANGARITA (Nelson), Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro, Comercio Electrónico, Bogotá, Legis, 2005, pág. 145

21 Artículo 686: Salvo las normas relativas a la legitimación, las disposiciones de este título no son aplicables a documentos que sólo sirven para identificar a quien tiene el derecho a una prestación, o para permitir el traspaso del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión, pero con los efectos de ésta.

caso de las inversiones en línea, denominadas instrumentos financieros de inversión o depósitos electrónicos a plazo (en adelante DEPs), ofrecidas por el Banco Central de Costa Rica (en adelante BCCR) a través de la plataforma tecnológica denominada Central Directo, que constituye un mecanismo para la negociación de operaciones monetarias y cambiarias a través de Internet.²²

En lo que interesa el BCCR, ofrece depósitos electrónicos overnight (plazo de un día) y depósitos electrónicos DEP-A y DEP-B.²³ En los depósitos A y B, la diferencia estriba en el plazo de la inversión, el A corresponde a una inversión de 2 a 6 días, en el tanto que el B cubre una inversión de 7 a 1800 días. En todas las modalidades de DEPs, el conjunto obligacional creado entre depositante y depositario que se desarrolla en un ambiente ajeno al soporte físico y el derecho de crédito establecido a favor del depositante se encuentra incorporado en un documento digital.

En relación con estos instrumentos financieros, merece particular atención el criterio de circulación que a la fecha ha sido aplicado a éstos. En un primer momento se consideró que el servicio de Central Directo como

ventanilla electrónica, tenía potencial para ofrecer al público inversionista la posibilidad de negociación en mercado secundario (para lo cual debe cumplir con las disposiciones normativas relativas al tema, especialmente las contenidas en la LRMV). No obstante, al momento de evaluar la factibilidad de introducir un régimen de circulación a los DEPs, la Asesoría Jurídica del BCCR, en el oficio No. AJ-637-2007, del 11 de julio de 2007, argumentó que: “(...) *la inclusión de un régimen de transmisión al DEP, siempre y cuando sea así acordado por la Junta Directiva y se mantenga la imposibilidad de negociación en el mercado de valores, es legal y no riñe con las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 10 de la LRMV, las cuales tienen un objeto diferente de regulación que no calza con la naturaleza del instrumento en estudio.*” En consecuencia, de manera muy acertada no se consideró posible atribuir a los DEPs, la naturaleza de valores negociables en los mercados de valores sujetos a la autorización por parte de la SUGEVAL de previo a realizar su oferta pública.

Sin perjuicio de lo anterior, en materia de transmisibilidad de los depósitos la Junta Directiva del BCCR, en el acta de sesión No. 5335-2007²⁴, acordó implementar al DEP

22 Reglamento de Central Directo. Artículo 1. Aprobado por la junta directiva del Banco Central de Costa Rica, mediante artículo 9 del acta de la sesión No. 5433-2009, celebrada el 12 de agosto del 2009. Publicado en el diario oficial La Gaceta No.168 del 28 de agosto del 2009.

23 www.centraldirecto.fi.cr.

24 Acta de sesión de Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica No. 5335-2007, celebrada el 4 de julio de 2007. En dicha sesión, se acuerda modificar las características del DEP “con el fin de mejorar las condiciones competitivas del DEP, para equiparlo con otras alternativas de captación similares que vienen operando los bancos comerciales en el mercado financiero nacional, pero siempre bajo la figura de depósito a plazo en moneda nacional que establece el artículo 60 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558 del 27 de noviembre del 2005), es necesario incorporar al instrumento un régimen de transmisión, a efectos de que la titularidad de los depósitos con él constituidos pueda ser traspasada a otro inversionista, cuando su propietario así lo determine”.

una modalidad de transmisión que a pesar de no ser negociable en los mercados de valores, resulte susceptible de transmisión mediante instrucción de traslado por parte del inversionista titular a otro cliente inscrito en Central Directo. Así la negociación de valores por medio de Central Directo opera exclusivamente a nivel del emisor, en tanto permite captar recursos financieros mediante la emisión de valores, pero no proporciona la liquidez característica del mercado secundario de valores, al poner en contacto a los ahorradores entre sí para que realicen transacciones de toda índole.²⁵

El régimen de transmisibilidad diseñado por el BCCR para los DEPs requiere del cumplimiento de dos condiciones previas: a)- Girar una instrucción de traslado del DEP al ente emisor (BCCR) y, b)- Que el sujeto receptor de la transferencia, se encuentre inscrito en el sistema de Central Directo. Se trata de un mecanismo de transferencia implementado por el emisor, cuyo ámbito de competencia está circunscrito al propio sistema de inversión electrónico organizado y administrado por el emisor.

Asimismo, es importante analizar el hecho de que la página web de Central Directo indica que la forma de representación de estas inversiones se realiza mediante una "anotación electrónica en el BCCR". La duda que surge es: ¿La anotación electrónica en el

BCCR es una figura análoga a la anotación electrónica en cuenta regulada en la LRMV? La respuesta es negativa. Como se mencionó, la Junta Directiva del BCCR implementó un criterio de transmisión a los DEPs conforme al cual el instrumento no resultaría negociable en los mercados de valores. Esto implica que su emisión no constituye oferta pública de valores en los términos de la LRMV y por ende no requiere la autorización, ni regulación por parte de la SUGEVAL. En consecuencia, el elenco de características asignadas a dichos instrumentos por parte del BCCR, excluye expresamente que sean objeto de regulación por parte de la LRMV, incluyendo las normas del Título VII, Capítulo I relativas a las anotaciones electrónicas en cuenta

A)- Uso del certificado digital

La inversión electrónica mediante el portal financiero que ofrece el BCCR presenta la característica de que el usuario debe poseer un certificado digital, con lo cual se valida la autenticidad del participante y firma electrónicamente el ingreso al sitio web de Central Directo.²⁶ Asimismo, Central Directo cuenta con un certificado digital reconocido internacionalmente, que garantiza que las conexiones a su sitio Web son confidenciales y se encuentran debidamente protegidas contra alteraciones, así como la autenticidad del sitio con el que se realiza la conexión.

²⁵ Asesoría Jurídica del Banco Central. Criterio No. AJ-960-2007 de 16 de noviembre de 2007.

²⁶ Guía de suscripción, central directo, www.centraldirecto.fi.cr

La utilización del certificado electrónico para efectuar inversiones en los productos ofrecidos por el BCCR, como se verá, modifica el régimen jurídico; toda vez, que en este contexto es posible aplicar disposiciones de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documento Electrónico No 8454, para determinar la naturaleza jurídica de la representación de la inversión. De conformidad con el artículo 3 de la LCFDCE, para que un documento electrónico pueda servir de soporte a un título valor desmaterializado debe cumplir con los requisitos y formalidades exigidas por el artículo 670 del Código de Comercio.

En efecto consideramos que dichos requisitos están contenidos en la representación de las inversiones electrónicas del BCCR. El empleo del sistema de firma y certificación digital, aseguran la autenticidad e inalterabilidad del contenido plasmado en la representación electrónica de dichas inversiones y la integridad de su emisión.

B)- La transferencia electrónica

Tradicionalmente en el derecho mercantil, la doctrina explica que los títulos valores nacen con vocación para circular: *“El título de crédito, esta por su naturaleza –o sea, orgánicamente- destinado a la circulación, esto es, al desplazamiento de poseedor a poseedor; por lo cual, debe considerarse que, en la disciplina del título de crédito, reside el denominado favor de la circulación.”*²⁷ Los

títulos valores se transmiten de conformidad con la ley de circulación establecida para las diferentes categorías de títulos. El Código de Comercio costarricense establece que los títulos valores cambiarios se transmiten por tradición (Art.712) y endoso (Art. 694), en el tanto que los títulos valores nominativos, circulan mediante la doble intestación, endoso nominativo e inscripción en el registro del emisor (Art.688). Por su parte, los valores representados mediante anotaciones en cuenta, se transmiten mediante la inscripción en el asiento del registro contable de la entidad de custodia (Art. 123 LRMV). En este sentido, la forma de circulación es establecida por la ley, en el tanto que el emisor eventualmente puede escoger la modalidad aplicable, según la calificación jurídica que atribuya al título al momento de su emisión.

La transmisión de inversiones electrónicas que regula el Central Directo, está condicionada a que el futuro adquirente de la inversión se registre en dicho sistema. Una vez ingresado al sistema, la transferencia opera mediante una instrucción de traslado del inversionista titular. Las características de dicho régimen de transmisión distan de asemejarse a la tradicional vocación circulatoria de los títulos valores, lo que podría generar cuestionamiento sobre si estos instrumentos pueden ser calificados como tales: *“Precisamente esta destinación inicial a la circulación, o sea, desde la*

27 MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1955, pág.234.

creación del título, ínsita en la voluntad del creador del título, constituye la esencia del título de crédito, el elemento discriminante y del cual derivan las características propias de la disciplina.”²⁸

Aunado a lo anterior, la circulación de un título valor debe ser rápida y, en principio, exenta de condiciones, debiendo únicamente respetar los requisitos que establece la ley de circulación respectiva. Cualquier tipo de restricción o condición que tienda a dilatar el proceso circulatorio de un título valor, lo desnaturaliza. Dicha exigencia tiene su asidero lógico en la misma función económica los títulos valores: facilitar el tráfico comercial de la riqueza, representada primordialmente en dinero, créditos o mercancías.

En el caso del DEPs, como se apuntó, su modalidad de transmisión incorpora dos condiciones previas a su circulación: a)- la transmisión sólo puede operar entre clientes de Central Directo y; b)- la notificación al emisor a través de su sistema informático. En relación con la primera, a diferencia de los títulos valores que pueden ser traspasados de conformidad con su ley de circulación a cualquier persona física o jurídica sin limitante alguna,²⁹ los DEP sólo pueden transmitirse entre inversionistas activos del portal Web,

mediante instrucción de traslado por parte del inversionista titular a otro cliente inscrito en Central Directo. En consecuencia, el adquirente puede obtener el crédito derivado del depósito sólo si el transmitente es el efectivo titular del mismo³⁰, con lo cual se traslada el Principio de Tracto Sucesivo característico del derecho registral a un entorno de inversiones electrónicas. Este Principio es reconocido por la Ley Reguladora del Mercado de Valores para los valores anotados en cuenta.³¹

En cuanto notificación que se debe efectuar al emisor –BCCR- a efecto de poder transmitir el DEP, en nuestro criterio, dicho mecanismo presenta alguna semejanza con la cesión de créditos que con la circulación propia de los títulos valores, puesto que es asimilable con el requisito de eficacia que en la cesión debe operar para que el contrato de cesión suscrito entre el cedente y el cesionario tenga efecto ante el deudor. En efecto, el artículo 491 del Código de Comercio establece: *“La cesión de un crédito debe notificarse al deudor, y en tanto no se le notifique el traspaso es ineficaz en cuanto a él (...)”*. Ahora bien, se entiende que es asimilable en el tanto, en el caso de Central Directo, dicha notificación no constituye un requisito de eficacia, sino una consecuencia misma de las condiciones mediante las cuales

28 FERRI (Giuseppe), Títulos de Crédito, Abeledo-Perrot, Buenos Aires pág.27

29 Con excepción de la transmisión de las acciones nominativas, que puede estar sujeta a la autorización previa del Consejo de Administración, artículo 138 Código de Comercio.

30 Esto significa que no es posible diferenciar entre titularidad y posesión, la adquisición a non domino es improbable.

31 Artículo 124, párrafo final: “Para la transmisión y el ejercicio de los derechos que corresponden al titular, será precisa la inscripción previa a su favor en el respectivo registro contable.”

se transmiten los valores; es decir, que en dicha ventanilla electrónica inevitablemente el emisor – quien es a su vez quien administra dicho centro-, debe enterarse de quienes van a ser sus sucesivos acreedores. En esta hipótesis la instrucción de traslado al BCCR, funcionalmente equivale a la notificación al deudor exigida por el Código de Comercio, pues estructuralmente el depósito electrónico es una deuda que adquiere el emisor con el titular de la inversión, por lo tanto, el BCCR tiene la condición de emisor y deudor. Por lo que no es dable equiparar el mecanismo de transmisión de los DEP con el régimen de circulación tradicional característico de los títulos valores. Recordemos, que este último se creó con el fin de obviar las formalidades propias de la cesión, precisamente la necesidad de notificar al deudor del cambio en la titularidad del crédito cedido.

El hecho de que la inversión electrónica posea un régimen de transmisión, no la califica *per sé* como vocación circulatoria, máxime si se toma en consideración que deben cumplirse requisitos previos para proceder con el cambio del titular. Por ello, en relación con los DEPs, es nuestro criterio que cuenta con un régimen de transmisión, más no de circulación en el sentido tradicional. En efecto, al no ser negociables en el mercado secundario e introducir un régimen de transferencia que retoma aspectos de la cesión de derechos, el emisor resta a estos instrumentos la principal característica de los títulos valores: la de circulación sucesiva, ágil y exenta de formalidades. Por lo tanto, consideramos

que no es factible desde el punto de vista técnico equiparar este medio de transmisión de la inversión electrónica con la circulación propia los títulos valores y la establecida para los valores anotados en cuenta regulados en la LRMV.

Lo anterior, no obsta para plantear la posibilidad de que las inversiones electrónicas creadas por el BCCR cuentan con un régimen de circulación especial, producto exclusivo de los requerimientos operativos propios de un acto de transmisión que se ejecuta de forma electrónica, y utiliza una red pública para su acceso inicial. Es precisamente por esta razón que resulta imposible equipararlo con el concepto tradicional de circulación aplicable a un título valor. Nos encontramos ante un mecanismo de soporte del título valor muy diferente del utilizado como base por la clásica doctrina mercantil; por lo que, de igual forma se deben generar respuestas que se adapten a las exigencias de la nueva tecnología.

VI)- Conclusiones Preliminares

Se trata de conclusiones preliminares porque en materia de inversiones desmaterializadas y títulos valores electrónicos, nos encontramos frente a un proceso de evolución y transformación de la teoría general de los títulos valores que actualmente carece de propuestas definitivas.

De los Principios que de conformidad con la tradicional doctrina mercantil aplican a

los títulos valores, la circulación es muy posiblemente el que experimenta mayores transformaciones producto de la tecnología informática. Es evidente que por razones de seguridad informática e integridad del contenido, la circulación de un valor documentado por medios informáticos requiere de dispositivos electrónicos adicionales: firma y certificado digital. Esto debido a que el entorno electrónico, -sin la adecuada protección-, puede resultar un ambiente mucho más vulnerable que el soporte físico brindado por el papel. Por lo tanto, la construcción de una teoría sobre el título valor electrónico, en nuestro criterio necesariamente conlleva el acompañamiento de la firma y el certificado digital, como mecanismos indispensables para garantizar la identidad del emisor y la autenticación del contenido.

En resumen, la regulación establecida por la Ley No 7732 para valores representados por anotaciones en cuenta, aplica para los títulos estandarizados de oferta pública y negociables en una bolsa de valores. Por su parte, tratándose de inversiones electrónicas individuales, actualmente el sistema financiero costarricense ofrece dos modalidades: las inversiones que no utilizan firma y certificado digital que poseen una naturaleza jurídica cercana al título de legitimación electrónico o documento electrónico impropio, en el tanto, que los instrumentos de inversión que se acompañan de los dispositivos electrónicos (firma y certificado digital), al amparo de la Ley No 8454 y el Principio de Equivalente Funcional tienen la condición de título valor individual electrónico.

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO.

“SE HA ENCONTRADO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, EXPRESIÓN DESDE LUEGO DE UNA JUSTICIA MATERIAL”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA.

*M. Sc. Eric Briones Briones.
Especialista en Derecho Laboral.*

INTRODUCCIÓN.

El presente tratará lo atinente a los Principios Generales del Derecho Público y su impacto dentro del ámbito administrativo público, específicamente dentro de la Inspección de Trabajo, como ente en primera instancia llamado a la protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, dentro de este mundo tan complejo que se está desarrollando a inicios del Siglo XXI. Específicamente se analizarán dos votos constitucionales (4298-97 y 3320-11), los cuales han provocado un giro copernicano en la actuación de la misma, bajo los principios sustantivos y procesales de publicidad, transparencia, celeridad y economía procesal, sin dejar asimismo de lado los derechos (justicia pronta y cumplida) que los informan y complementan, haciéndolos palpables en la cotidianeidad.

SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES.

Principios Generales del Derecho¹ son los

valores éticos y morales que se encuentran dentro de la conciencia social en un determinado momento histórico, los cuales si son positivizados, llegan a convertirse en normas que surgieron de principios básicos o bien si no se llegan a convertir en norma, continúan siendo principios que informan en cualquier momento al ordenamiento jurídico, en procura de resolver cualquier necesidad que demande la sociedad. Es decir, son aquéllos que se encuentran fuera del derecho mismo, se llegan a suscitar dentro de las mismas relaciones humanas, nacen y sirven dentro de la misma colectividad social, adhiriéndose y adquiriendo legitimidad por medio del derecho. Así, si una situación está descrita o presupuestada, se está ante una norma, si es algo abierto, indeterminado, es un principio (Moderne, 2005: p. 31). No obstante dentro de la doctrina, se han suscitado distintos conceptos, por ejemplo: El tratadista Costarricense, Dr. Ernesto Jinesta Lobo

¹ La doctrina también los denomina: principios jurídicos (Beladiez, 1994: p. 17) y principios directores (Moderne, 2005: p. 60). Para efectos del presente, entendido el término principio (del latín principium), no como algo que inicia o que empieza, sino como consecuencia o resultado de algo, sea de la realidad social.

señala que, al conceptualizar los principios generales del derecho, se debe tomar en cuenta que son una categoría abierta y flexible, puesto que, su contenido es mutable y pueden crearse nuevos. Siendo aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico determinado estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas ético-jurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación o interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico. Tomando en cuenta que en muchas ocasiones, es la jurisprudencia la que desarrolla su contenido, alcance y límites de los principios generales del derecho (2002: p. 172-173). Por su parte, De Castro, son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una determinada comunidad; García de Enterría y Fernández Rodríguez, sostienen que son los que expresan los valores materiales básicos de un orden jurídico, aquellas sobre las cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas de una comunidad; el Alemán Esser, los considera como postulados éticos que se abren paso en la conciencia jurídica en general y encuentran su expresión en la ley y en la jurisprudencia; y finalmente, Betti, sostiene que son valores éticos que se encuentran

en la conciencia social de un determinado momento histórico (Beladiez, 1994: p. 31). Sin embargo, todos señalan una idea en común y que estriba precisamente en la tendencia espiritual, más allá de lo meramente positivo, con la función de informar, integrar, interpretar, forjar coherencia, legitimidad funcional, llenar las lagunas del derecho, servir de mandato imperativo y fundamento.²

Dentro de la misma concepción están los principios de tipo sustantivo, que informan precisamente al ordenamiento jurídico y los de tipo procesal, que determinan cuál es la estructura, cómo se forma el objeto procesal y por ende cuáles son las facultades de los administrados sobre dicho objeto, junto con la forma de actuación procesal de la Administración. Sin olvidar que en los mismos o detrás de ellos, existe una previa y determinada concepción política social y sin soslayar –asimismo- el hecho que los mismos conllevan un componente técnico o práctico, que encierra la efectividad, la seguridad y eficacia (Gimeno Sendra y otros, 1994: p. 79). Así departir sobre Principios Generales del Derecho a nivel procesal, significa saber que los mismos cumplen la protección procesal de los particulares afectados por actos administrativos o reglamentos violatorios de algún principio general del derecho, dentro del orden jurídico (Cassagne, 1992: p. 97).

2 El Dr. Jinesta Lobo, señala en general, 4 funciones: a-) directiva: la creación del derecho es moldeado en su contenido; b-) interpretativa: sirven para precisar el sentido y significado de una norma; c-) integradora: le permite al órgano jurisdiccional, resolver en ausencia de una norma escrita; d-) constructiva: sistematizan la ciencia jurídica dentro del ámbito doctrinal o dogmático (2002: p. 174).

Teniendo como finalidad esencial, posibilitar la aplicación del derecho sustantivo.

IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Bajo la perspectiva, general que los principios son el fundamento del derecho (Beladiez, 1994: p. 99), no se puede obviar que los públicos, específicamente tratados por la Jurisprudencia tanto de la Sala 2 como de la constitucional, han influido dentro de la materia laboral, que en muchos casos se encuentra alicaída a raíz de contar -normativamente- con presupuestos que no se adaptan a la realidad del presente siglo. En donde la mundialización o globalización ha conllevado -como lo dice el profesor Franck Moderne- a erosionar el principio mayor del de soberanía del Estado. Provocando un debilitamiento en beneficio de instituciones pluriestatales o supraestatales, que muchas veces tienen intereses muy particulares distintos a los de la nación a la que van dirigidos (2005: p. 57). El Estado del siglo XXI o neomodernismo³ se está haciendo cómplice con las grandes empresas, perdiéndose así la soberanía y permitiendo que se provoque la desregulación, la flexibilización legal⁴ dentro

de los mercados nacionales y proporcionando mediante políticas sociales destinadas a la educación, mano de obra calificada dentro de la competitividad comercial. La empresa pareciera que ya no está subordinada al Estado, en cuanto al cumplimiento de los fines del mismo, sino todo lo contrario, se invierten los papeles y mediante políticas internacionales prohijadas por las grandes transnacionales, el Estado pasa a ser el principal cliente y proveedor de recursos humanos. Es decir, se está perdiendo la naturaleza por el que fue concebido el funcionamiento Estatal. Igual tesis sostiene María Eugenia Gayo, al señalar con respecto a este debilitamiento:

Por lo que se refiere al ámbito jurídico-político, es indudable que uno de los rasgos más destacados de la nueva situación es el debilitamiento del concepto de Estado-nación (ámbito político) y la correlativa transformación del concepto de soberanía (ámbito jurídico) en un intento por construir una democracia cosmopolita. Indudablemente en el nuevo escenario jurídico-político que la globalización nos plantea, los Estados han perdido el papel protagonista que desempeñaron durante los últimos siglos y

3 Este concepto junto con el de postmodernismo es utilizado por Franck Moderne, para explicar, lo que se ha suscitado después del modernismo, apegado a conceptos legalistas, sin inclusión de valoraciones. Hoy a raíz de la globalización se hace necesario la introducción de valores que desencadenen en principios que puedan resolver las situaciones que generan los tiempos neomodernos (2005: p.54).

4 Dentro de esta corriente dúctil o de flexibilidad, se están perdiendo a nivel procesal principios tradicionales tales como el del "onus probandi", quien acusa o alega, prueba; suscitándose la teoría de la "carga dinámica de la prueba", la cual propone que la carga recaiga en quien esté en mejores condiciones de producirla, bajo la premisa de que el juez debe llegar a la verdad, por lo que puede discrecionalmente revertirla (Revista Ivstitia, 2011: p. 42).

se han convertido en actores secundarios imprescindibles. En un mundo en el que las decisiones son adoptadas por y desde instancias supraestatales, en que día a día aumentan los ámbitos de “soberanía compartida” con otros poderes y otras entidades, se hace necesario redefinir el propio concepto de Estado y las funciones atribuidas a los poderes estatales, y parece que estas transformaciones en las funciones que el Estado cumple van en la línea de convertirlos en eficaces gestores de las políticas adoptadas en los formas supraestatales...los individuos son los que se encuentran más desprotegidos frente al sistema (Varios autores, homenaje a Gregorio Peces-Barba Gregorio Peces-Barba, 2008: pp. 655-656).

Esto dentro del terreno laboral, ha provocado un desmejoramiento de los mismos, pues se ha pensado que a costa de los derechos laborales, se puede obtener mejores ganancias, optando muchos por contratar de manera verbal, incluso vía telefónica, para que nunca se sepa quién fue el patrono o por el contrario, bajo un poder de dirección

torticero o ilegal, pretendiendo que el mismo trabajador, sea quien provea de sustituto en caso de una eventual ausencia temporal, cuando no es que optan por contratos de servicios profesionales o sociedades de hecho, contratos a plazo fijo, con el fin de birlar los derechos de la clase trabajadora. Todo esto, pone al Estado en una encrucijada en donde con los instrumentos que tiene a nivel legal y formal, no da a vasto en procura de la armonía y equilibrio que debe proveer al ciudadano. Lo cual incluso lo pone en entredicho en cuanto a su subsistencia y legitimidad, para cumplir con los fines. De allí la necesidad de buscar alternativas que complementen el sistema legal y que más que consolidar principios de derecho en general dentro del ámbito tanto judicial laboral, como administrativo laboral (administración del trabajo), por ser éste último, el que en primera instancia interviene en la protección de los derechos de la clase trabajadora y bajo la premisa de la armonía obrero patronal, dentro de un ámbito de democracia alterna.

Es por lo anterior, que tanto la doctrina laboral⁵, la jurisprudencia⁶ y consecuentemente la

-
- 5 Entre algunas lecturas a nivel dogmático que hacen mención sobre la aplicabilidad de nuevos paradigmas del derecho laboral, bajo la utilización de principios generales del derecho público, se pueden citar: Bautista Vivas, O. (2006). Curso de Derecho Laboral Costarricense. Publicaciones Jurídico Sociales S.A. pp. 794. Blanco Vado, M. (1994). Ensayos sobre Derecho Laboral Costarricense. Editorial Juritexto. Blanco Vado, M. (1996). Relaciones Laborales y Globalización Económica: Principios, Regulaciones y Tendencias. 1 ed. San José: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. pp128. Revista de Ciencias Jurídicas (2004). La Dimensión social de la Globalización: Cláusulas sociales, código de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado. Infracciones Laborales. Procedimiento en sede administrativa y judicial. Briones Briones, E. No. 179-180, p. 26-32. Revista Ivstitia (2004). Los procedimientos en la Inspección de Trabajo. Briones Briones, E & Ramírez M. No. 211-212, p.25-31. Revista Real Card (2010). La Inspección de Trabajo Costarricense: El Deber de Tutelar Imparcialmente. Briones Briones, E. 3 edición, editorial Proyecto Real Card, ASIES, Guatemala, p. 9-28. Van Der Laat Echeverría, Bernardo. No. 103, enero-abril. Litografía e Imprenta LIL, S.A. Pp.228. Revista Ivstitia (2001).
- 6 Votos Constitucionales 4298-97, 3320-2011; referidos a principios de publicidad, transparencia, celeridad, economía procesal, razonabilidad, todos cobijados por el precepto constitucional de justicia pronta y cumplida.

legislación⁷, se han puesto a tono con los principios generales del derecho público, los cuales dimanar en muchos casos de la misma Constitución Política del país.

ALGUNOS EJEMPLOS DEL IMPACTO A NIVEL ADMINISTRATIVO LABORAL.

A continuación se señalan a modo de ejemplo, 2 principios generales del derecho enmarcados dentro de lo sustantivo como lo procesal, sean el de transparencia y su correlativo de la publicidad, como el de celeridad y su relación con el de economía procesal. Los cuales han impactado de manera positiva dentro del ordenamiento nacional, específicamente dentro de la actuación de la Inspección de Trabajo, al ser la llamada a relacionarse en una primera instancia dentro del campo de la cotidianidad con las relaciones laborales. El profesor Eduardo García de Enterría, considera que la aplicación de los principios por parte de la Administración, en la interrelación con los administrados, se puede dar de la mejor manera que otros entes, fundamentalmente, por los siguientes motivos:

a-) Su acercamiento con la vida social y su constantes variables a las cuales debe satisfacerle las necesidades; b-) La administración cuenta con poderes normativos propios, de fácil y rápido uso para intentar solucionar problemas específicos (v.gr. decretos, directrices, circulares, resoluciones, etc); c-) En la responsabilidad de la administración, se encuentra precisamente la adopción e imposición de medidas para atender situaciones específicas y singulares (catástrofes, planes de desarrollo urbanístico, económico, etc). Ante lo anterior, no sería posible la aplicación del derecho administrativo sin un esqueleto de principios generales capaces de insertar y articular un sistema fluido (1986: p. 38).

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - PUBLICIDAD.

Se debe reseñar que la actuación de la Inspección está regulada por los Convenios 81 (relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, 1947) y 129 (relativo a la inspección del trabajo en la agricultura, 1969) OIT, con valor superior a la ley de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política.⁸

7 V.gr. Manuales de Procedimientos de la Inspección de Trabajo nos, 1677 del año 2001, 13 de enero del año 2004 y 023-2008. Los anteriores dictados como consecuencia de la aplicación de los principios generales del derecho público.

8 La Sala de lo constitucional ha referido que ésta (normativa internacional), posee no solamente un valor similar a la Constitución Política; sino, que en la medida en que otorgue mayores derechos o garantías a las personas, prima por sobre la constitución y que aún los instrumentos internacionales no ratificados pueden ser utilizados por los operadores del derecho como guías (votos 1319-97, 9685-00 Y 6446-06); sin olvidar, que tanto los pronunciamientos, como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también no sólo son aplicables en el país, en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución, sino que en la medida en que brindan mayor cobertura o protección de los derechos aludidos, priman por sobre la Norma Fundamental (votos 2313-95, 3220-00, 1682-07, 4276-07). Todo lo cual viene a reflejar el sentido democrático y progresista del sistema no solo jurídico, sino también social de Costa Rica.

Dentro de los mismos existe la siguiente normativa: artículo 15 del Convenio 81 y artículo del Convenio 129, que en lo que interesa respectivamente estipula:

Art. 15 ...b) los inspectores del trabajo estarán obligados, so pena de sufrir sanciones o medidas disciplinarias apropiadas, a no revelar, aun después de haber dejado el servicio, los secretos comerciales o de fabricación o los métodos de producción de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones; c) los inspectores del trabajo deberán considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja que les dé a conocer un defecto o una infracción de las disposiciones legales, y no manifestarán al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por haberse recibido dicha queja.

Art. 20... b) los inspectores del trabajo en la agricultura estarán obligados, so pena de sanciones o medidas disciplinarias apropiadas, a no revelar, ni aun después de haber dejado el servicio, los secretos comerciales o de fabricación o los métodos de producción de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones; y c) los inspectores del trabajo en la agricultura deberán considerar como absolutamente confidencial el origen de cualquier queja que les dé a conocer un defecto, un peligro en los métodos de trabajo o una infracción de las disposiciones legales, y no deberán revelar al empleador o a su representante

que la visita de inspección se efectúa por haberse recibido dicha queja (Destacados no son del original).

Y a nivel de legislación nacional, precisamente el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del año 1955, señala en lo que interesa:

Queda prohibido a los Inspectores, bajo pena de suspensión hasta por un mes sin goce de sueldo, o de destitución de su cargo, según la gravedad del quebrantamiento:

a) Divulgar los datos que obtengan con motivo de las inspecciones, sin perjuicio de cualesquiera otras responsabilidades, penales o civiles (Destacado no es del original).

Como se aprecia en torno al funcionamiento de la Inspección de Trabajo, ha existido un halo de secretismo y confidencialidad, desde su mismo nacimiento, que como lo explica el Dr. Jinesta Lobo, hoy no tiene razón de ser. Dicha concepción, de la impenetrabilidad de las administraciones del secreto, está superada y obsoleta dentro de un Estado Democrático. Así Arcuri y Fusaroli, señalan como se viene abriendo el mundo al cambio de dicha concepción, aunque sea de manera tímida:

En el mundo el secreto administrativo es la regla, mientras la excepción es el derecho del ciudadano a acceder a la información y documentación en manos públicas (o, en ciertos casos, privadas). En cambio el acceso

es ya regla, y el secreto administrativo la excepción, en al menos doce países: Suiza (desde 1766), Costa Rica (1949), Finlandia (1951), Estados Unidos (1966), Noruega y Dinamarca (1970), Francia (1978), Holanda (1980), Canadá (1983), Australia (1984, Islandia y Nueva Zelanda). Por acceso a la información, en estos países se entiende que el ciudadano puede dirigirse a las oficinas públicas, y , sin ninguna necesidad de declarar el motivo de su solicitud, obtener aquellas noticias, aquellos datos o aquellos actos que le interesan, a menos que se trate de documentos cubiertos por específicas leyes sobre el secreto (citado en Jinesta Lobo, 2006: p. 30).

Bajo el anterior halo, conllevó a que se negara la Administración del Trabajo (Ministerio de Trabajo por medio de la Inspección) a brindar la lista completa de las personas jurídicas y físicas que desde el 6 de agosto hasta el 14 de diciembre del año 2010, hubieren presentado infracciones por incumplimiento de pago a los salarios mínimos, a petición de un Semanario nacional, bajo la premisa del secretismo y la eventual responsabilidad de la Inspección ante la publicidad de sus datos que hasta ese entonces, consideraba de carácter estrictamente confidencial, debido a que se encontraba en una fase preventiva. Ante este rechazo administrativo el Semanario, recurrió ante la Sala Constitucional, dando lugar a un amparo que le fue declarado con lugar (voto 3320-2011), bajo los principios de

la transparencia y publicidad administrativas, con su correlativo derecho a la información administrativa.

Ha señalado el Dr. Jinesta, desarrollando los alcances y matices protegidos en el artículo 30 constitucional, referido a la transparencia - publicidad y su "herramienta indispensable"⁹, para la vigencia plena, como resulta ser el derecho de acceso a la información administrativa, lo siguiente:

I.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación

9 Así señalado por el Magistrado suplente Enrique Ulate Chacón, en Voto constitucional no. 3320-2011.

de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación—publicación y notificación—, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa (Voto constitucional, no. 2120-2003) ¹⁰.

De lo que se infiere que el principio de transparencia consiste en la tónica o regla que debe tener toda actuación de la Administración Pública, siendo la excepción el secretismo o como refiere el artículo 30 constitucional, “los secretos de Estado”, bajo

la premisa –entonces- del deber de mantener informado al administrado de manera pública y transparente. Así dicho principio, lejos de representar un instituto jurídico preciso, es una forma de ser o un parámetro para medir el desempeño de los entes públicos (Jinesta Lobo, 2006: p. 22).

PRINCIPIO DE CELERIDAD - ECONOMIA PROCESAL.

La Administración Pública Laboral, específicamente la Inspección de Trabajo ventilaba sus procedimientos laborales (Acoso Laboral, Acoso Sexual, Prácticas Laborales Desleales, Suspensiones de Contratos de Trabajo, etc) siguiendo las reglas del procedimiento ordinario administrativo, dispuesto por el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, lo cual traía aparejado un formalismo excesivo y posibilidades para las partes de provocar una litigiosidad que provocaba en la solución efectiva de los casos, tardanza, poca rapidez y costos excesivos tanto para la administración como para el administrado durante la tramitación de los procedimientos, lo cual a su vez generaba violación al precepto constitucional de justicia pronta y cumplida e ineficacia a la hora de dar una respuesta a las quejas planteadas. En el ambiente se respiraba la eminente necesidad de un cambio; la justicia cumplida, no llegaba

10 En igual sentido, se pueden ver los votos constitucionales nos.09234 - 2004, 14563- 2005, 011455- 2007, 2010-010982 -2010.

pronta, la celeridad no era el parámetro más sí la tardanza, el desgaste de todos los actores era la tónica y no la economía procesal.

Ante esta situación que estaba aconteciendo, se hizo necesaria la interposición de un recurso de amparo por parte de un Sindicato en contra de la Inspección de Trabajo, en donde los motivos que se alegaron consistieron básicamente en la existencia de una política administrativa de dilatar los procesos de investigación, contradiciendo el principio constitucional de justicia pronta y cumplida. Por ejemplo, indicó el recurrente a la sazón, que la administración había variado el procedimiento de investigación, ya que cualquier nuevo hecho denunciado se acumulaba al expediente original, lo que provocaba una multiplicidad de causas en una sola, dificultando su resolución. Que con ello se afectaba el derecho a la igualdad, ya que no obstante la premura de las solicitudes de cambio de audiencia realizadas por la parte patronal, éstas se habían atendido satisfactoriamente. Alegó que su caso denunciado desde 1995 a la fecha (1997) pese a haberse aportado toda la prueba necesaria no había sido resuelto, resultado de la ineficiencia del sistema de trabajo aplicado en la dependencia accionada, para esa fecha.

De allí que la Sala de lo constitucional, consideró basada en el precepto constitucional de justicia pronta y cumplida y correlacionada por supuesto con los principios procesales de celeridad - economía procesal, un cambio

de concepción dentro del procedimiento administrativo laboral, específicamente referido a las prácticas laborales desleales (Persecución Sindical), por lo que dispuso en lo que interesa:

Por lo expuesto, estamos frente a un procedimiento no sujeto a un término expreso, pero ello no obsta para que sean aplicados los principios generales del derecho laboral, como lo es la razonabilidad, derivado de lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo. Así tenemos que, en el caso en concreto, según se ha podido determinar del estudio de los dos tomos del expediente administrativo enviado con ocasión de este recurso de amparo, la tramitación del asunto ante la Inspección Nacional de Trabajo data de julio de 1995, y a partir de esa fecha, al menos en dos ocasiones, se acumularon otras denuncias planteadas por el mismo Sindicato SITAGAH en favor de otros empleados de la empresa Bananera Guapinol S.A., mediante las cuales se alegó la persecución sindical. En cuanto a las mencionadas acumulaciones, se debe hacer notar que no aparecen en el expediente resoluciones formales mediante las cuales se dispusiera tal acto, lo que a todas luces produce una incertidumbre y además atraso, ya que si bien se trata de denuncias que en el fondo se asemejan en cuanto a la infracción alegada, lo cierto es que su tramitación conjunta en un espacio de tiempo amplio, desnaturaliza el principio constitucional

de justicia pronta y cumplida. Se ha podido denotar además, que no es sino hasta en enero de 1997, sea un año y seis meses después de la primera denuncia, que la Inspección Nacional de Trabajo procede a nombrar un tipo de "Organo Director del Procedimiento", a los efectos de que éste reciba las pruebas pertinentes, realice la audiencia de ley y proceda a rendir el informe respectivo. Si bien, el Organo Director convocó a las partes para el 19 de febrero anterior, lo cierto es que la diligencia se llevó a cabo sin la participación del Sindicato denunciante, pese a que éste solicitó el traslado de la fecha inicialmente señalada, error administrativo que provocó la anulación de lo actuado, generando a su vez el atraso sustentado en aspectos procesales (recursos e incidentes). Por otra parte, no puede ser de recibo el argumento de la parte accionada en el sentido de que la Inspección cuenta con pocos funcionarios, escasos viáticos y medios de transporte, razones no atendibles, tal y como lo ha indicado esta Sala en otros casos en que se ha argumentado dicha situación por parte del Estado, pues sería justificar indebidamente el mal servicio prestado por la administración y al cual está obligado por ley. Si bien como se indicó líneas arriba no puede aplicarse supletoriamente la normativa de la ley administrativa a este tipo de procedimiento laboral, lo cierto es que por razones de seguridad jurídica, no puede dejarse sin establecer un límite en el tiempo que circunscriba la actuación

de la administración. Por lo que, ante la omisión legislativa y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo, debe aplicarse en el caso bajo examen el principio general laboral de razonabilidad. Así, si la Ley General de la Administración Pública establece un plazo de dos meses para dar por concluido el procedimiento ordinario que resuelve en el fondo un conflicto, ponderando dicha situación, en la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo, el cual como se indicó, no resuelve el conflicto suscitado sino que se trata de una investigación, es razonable entender que la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo deberá respetar un plazo idéntico al mencionado para dar por concluido su intervención administrativa (desde la debida presentación de la denuncia ante ese órgano y hasta la decisión de denunciar en sede judicial o el archivo del expediente) (El resaltado no es del original).

La resolución constitucional, resalta en un primer momento, elementos claves como "Justicia Pronta y Cumplida"; "Seguridad Jurídica"; "atraso"; "límites de tiempo" y "plazo de dos meses"; éstos en su conjunto permiten entender que bajo la premisa de que en todo ordenamiento jurídico en primera instancia debe existir "seguridad jurídica" para el administrado sus demandas así van a ser resueltas por el Estado; llegando las respuestas del mismo de manera ágil, oportuna, sin "atrasos", de manera célere y

al menor costo procesal, todo con el fin de hallar una “justicia pronta y cumplida”.

distinta su intensidad, por los bienes jurídicos que están en juego.

En cuanto a los principios procesales de celeridad y economía procesal, se debe aclarar que éstos hacen dable que haya seguridad jurídica¹¹ y además se cumpla el mandato constitucional de la Justicia Pronta y Cumplida:

La doctrina, lo ha visto como un principio que deriva en derecho pasivo dentro de un determinado proceso:

Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Por dicho derecho podemos entender el derecho fundamental de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todo administrado constituido en parte procesal a obtener, dentro de un “plazo razonable”, de los Tribunales administrativos la resolución definitiva de su conflicto. Nos encontramos en este caso ante un “derecho pasivo” cuyo incumplimiento se genera siempre por la “omisión” o mera inactividad del órgano judicial en no satisfacer la pretensión “dentro de un plazo razonable” (Gimeno Sendra y otros, 1994: p.93).

Lo anterior, significa que ambos principios procesales han terminado incorporándose dentro de la misma constitución política y específicamente dentro del precepto de justicia pronta y cumplida.¹²

Sin embargo, y a pesar de considerarse un derecho pasivo del administrado frente a la Administración, se podría dar el caso de que sean los mismos administrados los que provoquen de una u otra manera el atraso; en este caso la Administración no sería responsable en cierta medida de tal dilatación.

Entendiendo celeridad o aceleración del proceso, como un asunto sin dilaciones indebidas, repercutiendo así sobre toda forma de actividad pública sea judicial o extrajudicial, aunque con diversa intensidad, por ejemplo, tratándose de procesos judiciales penales, es

11 Waldemar Nuñez , señala en su tesis “Los principios del derecho disciplinario sancionador”: La doctrina y la propia jurisprudencia conectan el cumplimiento de los plazos y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al principio de seguridad jurídica (2000:p.165).

12 Vicente Gimeno y otros, destacan la incorporación también de otros principios, como el de la eficacia (1994: p.92).

Se dice en “cierta medida”, por cuanto con base en los principios de oficiosidad y bajo la norma establecida en el artículo 292 de la Ley General de la Administración Pública¹³ y lo atinente a la normativa judicial (v.gr. artículo 9 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), bien se podrían rechazar las gestiones impertinentes que tiendan a entorpecer los principios en tratamiento.¹⁴ En este sentido opinan Gimeno y otros:

Por consiguiente, si el litigio administrativo adolece de una especial complejidad que hace necesario un tratamiento más dilatado del objeto procesal o si el demandante ha ocasionado tales dilaciones mediante el planteamiento de recursos improcedentes (vgr: el planteamiento abusivo de recursos de amparo o acciones de inconstitucionalidad y el simultáneo o sucesivo planteamiento del recurso ordinario) o de incidentes intempestivos o dilatorios (vgr: el de nulidad de actuaciones), constituirán todas estas circunstancias causas de justificación suficientes para no estimar vulnerado el artículo 24.2 C.E. Por el contrario,

hay que estimar dicha violación cuando el órgano judicial pretenda escudarse exclusivamente en la “sobrecarga de trabajo”, porque, tal y como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha sobrecarga no exime al Estado de su deber de proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios necesarios para la efectividad del derecho (Gimeno Sendra y otros, 1994: p.93-95).

Entiende por su parte, el Dr. Hernández Valle, que al ser una de las finalidades principales de la jurisdicción constitucional, la efectiva tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es por ello que bajo el principio de celeridad¹⁵, se debe prohiar por establecer que los procesos se resuelvan en plazos breves, sin existencia de trámites innecesarios, que alarguen injustificadamente el dictado de las resoluciones (1995: p.96-97).

De conformidad con la legislación nacional,¹⁶ el mismo va de la mano con la eficiencia, con el fin de que mediante la celeridad no se reste eficiencia a la gestión administrativa pública

13 Señala el artículo 292 inc. 3 de la Ley General de la Administración Pública: La Administración rechazará de plano las peticiones que fueren extemporáneas, impertinentes, o evidentemente improcedentes. La resolución que rechace de plano una petición tendrá los mismos recursos que la resolución final.

14 El Tribunal de Trabajo, Sección Segunda, del Segundo Circuito Judicial, mediante sentencias nos. 231 y 777, sendas del año 1997, ha indicado que una de las manifestaciones del principio de celeridad, se presenta cuando los juzgadores, deniegan toda gestión improcedente que tienda a dilatar el proceso.

15 A nivel laboral y bajo la misma perspectiva, se pronunció el maestro Américo Pla: En el caso del proceso laboral la rapidez es, más que un ideal, una necesidad, ya que el carácter alimenticio de los beneficios que se pretenden, las dificultades económicas que por lo regular tiene que afrontar el trabajador, le impiden (a éste) sobrellevar todas las dilaciones y demoras de un juicio prolongado (citado en Olaso, 2009: p. 42).

16 El artículo 225 de su ley general le señala a la Administración Pública, su deber de conducir los procedimientos de manera célere y eficiente, siendo responsable junto con el servidor por cualquier tardanza injustificada.

Finalmente en cuanto a este principio, exponen los autores Haba y Barth, que ha sido utilizado por los jueces nacionales¹⁷, como regla que les indica cómo interpretar las disposiciones sobre las defensas previas (2004:p. 256).

El principio de economía procesal anda también con el de celeridad, pues al ser más rápida una diligencia procedimental, le va a resultar menos dispendioso tanto a las partes como a la administración de justicia, el mantener la disputa. Al haber mayor rapidez, menos gasto en todas las esferas, llega más rápido la justicia de forma cumplida. Haba y Barth, no consideran la economía procesal como un principio, sino una idea o rasgo fundamental del orden jurídico nacional, con el fin de que el sistema funcione como se espera.

Corresponde a una idea general que preside el conjunto de normas procesales... evitar toda actuación innecesaria es un imperativo para el juez (2004: p. 251)

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia patria, lo entiende como principio y en este sentido lo enunció el Tribunal Segundo Civil, Sección primera:

Aquel principio tiende a que los procesos inútiles, donde lo solicitado tiene señalada

expresamente la vía donde reclamar, pueden ser rechazados de plano o ab-initio, porque no es que se le esté denegando a la parte el derecho constitucional de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, sino que lo haga correctamente donde corresponde (Voto no. 469 de las 10:05 hrs del 20 de septiembre de 1991).

REDIMENSIONAMIENTO POR PARTE DE LA INSPECCION DE TRABAJO.

Sin reparo y como de seguido se analizará estas sentencias que cobijan los principios tanto sustantivos como procesales, vinieron a provocar un redimensionamiento¹⁸ dentro del ámbito laboral administrativo, en pro de la satisfacción misma de los principios en mención, que en última instancia vienen a ser no solo sus beneficiados los administrados, sino la Administración misma del trabajo, al poder ejercer su función dentro de un marco normativo de transparencia y celeridad, lo cual por otro lado le genera ser más eficiente y eficaz dentro de su quehacer cotidiano.

En el plano de la transparencia ha significado un total remozamiento en su actuar. Así se ha generado a lo interno de la Inspección de Trabajo, la sistematización de manera electrónica de los datos, un manejo más controlado por parte de las Jefaturas de la actuación de sus funcionarios y por de

17 Ver Resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, no. 660 de las 15:00 hrs 30/10/91.

18 Entendido éste concepto como, el establecimiento de nuevas medidas o valores de una situación preestablecida, mediante cambios suscitados, sean de forma dirigida o casual.

las autoridades superiores, una constante preocupación y ocupación por capacitar y concertar entre sus servidores más manejo oportuno del conocimiento técnico, ideando nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo móvil inspectivo, todo con el fin de que se proyecte ante la sociedad una administración inspectiva de trabajo, eficaz, celeré, eficiente y sostenible.

Definitivamente el hecho de que la Inspección de Trabajo, haya dejado de creer ser un ente de la administración que debía resguardar la información de manera secreta para lo externo y solo abierta dentro del plano ad intra¹⁹, la ha venido a transformar en un ente más diáfano, más profesionalizado en cuanto a sus actuaciones se refiere y más riguroso y estricto en cuanto a la información que está entregando de manera pública y oficiosa a la ciudadanía.

Con lo que la predicción del Magistrado Jinesta, en el sentido de que: ***Es evidente que frente al principio secular y tradicional del secreto, la transparencia presupone un replanteamiento de las relaciones Administración-administrado que incide, necesariamente, en la función, la organización, los medios y la formación del personal*** (p. 21), se materializó -dentro

de la Inspección de Trabajo-, mediante el deber de la aplicación de los principios de la Publicidad y Transparencia dentro de su actuación. Así se empieza a dejar entrever precisamente dentro de su funcionamiento interno, el replanteamiento en su actuación e incluso en cuanto a la formación de personal que se está fraguando, aumentando la responsabilidad de la administración frente al ciudadano, con lo cual se espera fortalecer la confianza entre ésta y los administrados.

Ahora bien, en cuanto a la celeridad, resulta que la Inspección de Trabajo, redimensionó su actuación no solo al procedimiento que versaba sobre libertad sindical, que era la base que dio origen al amparo, sino que fue más allá provocando que todos sus procedimientos, a partir de dicha resolución se adecuaran a un procedimiento especial, sin que se obviara el principio del debido proceso pero con plazo no más allá de 2 meses, con el fin de agilizar los mismos y que los administrados encontraran una satisfacción formal a la hora de la interposición de sus reclamos dentro de esta sede.

Para cumplir lo anterior, se tuvo que idear -bajo la seguridad jurídica, justicia pronta y cumplida, celeridad, economía procesal, junto con el principio de razonabilidad que rige para

19 El voto 3320-2011, concluyó que la información pedida no era algo interno o propio de acceso intra que dependiera de un procedimiento administrativo; sino por el contrario, de acceso ad extra: Desde ningún punto de vista son admisibles para esta Jurisdicción Constitucional, las razones mencionadas por la autoridad recurrida en su informe. Tales argumentos contradicen la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en esta materia, parcialmente transcritas ut supra. La información requerida reviste un claro interés público, por referirse a infracciones por incumplimiento del pago a los salarios mínimos. Ello inmiscuye tanto a trabajadores como a patronos, máxime que no se solicitó información de un sujeto determinado, sino a manera general.

la materia laboral, como administrativa- un procedimiento base, para lo cual hasta la fecha ha significado la confección de 3 manuales de procedimientos²⁰, con el fin de que se le resuelva al administrado su queja en el menor tiempo posible. Su impacto ha provocado que mediante la aplicabilidad de los mismos, se haya descongestionado el circulante activo y se resuelva más expedita la gestión, dando respuesta oportuna al administrado por parte de la administración laboral. Pasando el plazo de 2 años en el año 1997 (como lo expuso a la sazón el recurrente) a la fecha, a un plazo de 2 meses, como máximo.²¹

CONCLUSIONES

Como se desprende, lo que se busca –con la aplicación, creación y redimensión- de los principios, es que dentro del ámbito laboral específicamente, se cierre esa brecha de inequidad que “per se”, existe como consecuencia natural, en donde los trabajadores son dueños solo de su fuerza de trabajo, mientras los patronos del capital y las herramientas. Siguiendo esta tesis, desde la misma promulgación del Código de Trabajo, tanto el Poder Ejecutivo, presidido por el Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, como

el mismo Congreso, hicieron referencia de estos principios, sin saber si conscientemente los determinaban como tales; no obstante lo cierto, es que se preocuparon señalarlos:

Es nuestro deseo dotar al país de un sistema de tribunales especializados en cuestiones de trabajo, pues queremos que los conflictos entre patronos y trabajadores hallen justa solución. Ya dijimos en otra oportunidad que estos litigios no deben someterse a conocimiento de los Jueces Civiles, porque la vía ordinaria a menudo resulta tardía y cara. El obrero a quien se niegan sus descansos, que se enferma o que ve incumplido su contrato de trabajo, no está en capacidad de esperar largos meses a que se reconozca su derecho, por la muy comprensible razón de que su única entrada es el salario. Precisa, por lo tanto, que haya una jurisdicción especial que desate prontamente la controversia, con un procedimiento rápido y barato (citado en Olaso, 2009: p. 43).

Entonces con la inclusión de estos principios dentro del ordenamiento jurídico laboral, lo que se vino fue a compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero,

20 Manuales de Procedimientos de la Inspección de Trabajo nos. 1677 del año 2001, 13 de enero del año 2004 y 023-2008. En la actualidad se espera la confección de un cuarto Manual en donde se introduzca, la discriminación por razón de preferencia sexual; un acoso laboral y sexual remozado y adaptado a la nueva legislación; el trabajo adolescente bajo el concepto de trabajo decente y un componente de género.

21 De acuerdo con estadísticas que lleva el Departamento de Asesoría en Investigación y Calidad de la Gestión de la Inspección de Trabajo, en el año 1997 tan solo un porcentaje de un 4% de los casos que se presentaron por Prácticas Laborales Desleales (Persecución Sindical) eran resueltos en menos de 2 meses, pasando en el año 1998, a un porcentaje de un 29,6% de los casos resueltos dentro de dicho rango. Lo que reflejó un porcentaje de casi un 25% de aumento, como consecuencia de la disposición de la Sala Constitucional (<http://www.mtssinspeccion.go.cr/publicaciones.php>. p.20).

trabajador, hoy llamado “colaborador”, bajo la nueva redimensión de los principios procesales, que vienen a contribuir a hacer dable que se cumplan los sustantivos.

Todo lo hasta aquí tratado, demuestra como la concepción de Ihering y Kelsen, hoy no es dable asimilarla al ordenamiento del país, por cuanto no todo se encuentra plasmado positivamente, sino que definitivamente los principios contribuyen a ennoblecer al ordenamiento jurídico, el cual debe tener como único norte la satisfacción de los intereses de sus ciudadanos dentro de la concepción de la dignidad humana.

Ejemplos prácticos y reales los aquí tratados, de cómo Principios Generales de Derecho, pueden contribuir positivamente en el desempeño de la Administración, en pro de los derechos de los administrados; sin dejar de lado – por lógica- que a nivel interno de la administración, conlleva presiones a todo nivel, en pro de la satisfacción de los principios tratados, ya que en verdad todo cambio genera consecuencias de todo tipo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

LIBROS

Beladiez Rojo, M (1994). Los principios jurídicos. Editorial Tecnos. Madrid, España. Pp.152.

Blasco Pellicer y otros (2005). El proceso laboral. Editorial Tirant Lo Blanch, volumen 2, Valencia, España. Pp.2094.

Briones Briones, E. (2011). Comentarios de Derecho Laboral, Editorial Ivstia, 1 edición, San José, Costa Rica. Pp.116.

Cabanellas, G (2001) Diccionario de Derecho Laboral. Editorial Heliasta S.R.L. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina. Pp. 739.

Cassagne, J.C (1992) Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo. Reimpresión, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. pp. 111.

De la Cueva, M. (1975). El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa, 3 ed. pp.633.

García de Enterría, E (1986). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Madrid, España. Editorial Civitas, S.A. 1 reimpresión. Pp. 182.

Gimeno Sendra, V; Saborío Valverde, R; Garberí Llobregat, J y González-Cuellar Serrano, N (1994). Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro. 1 edición. San José, Costa Rica. Pp. 524.

Haba, P.E y Barth, J.F (2004). Los principios Generales del Derecho, según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses. Investigaciones Jurídicas, S.A. 1 edición, San José, Costa Rica. Pp.362.

Hernández Valle, R (1995). Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. 1 edición. San José, Costa Rica. Pp. 463.

Jinesta Lobo, J (1996). La tutela cautelar atípica. En el Proceso Contencioso Administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica . Primera Edición. San José, Costa Rica. Pp. 385.

Jinesta Lobo, J (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo 1. Primera Edición, Biblioteca Jurídica Dike. San José, Costa Rica. Pp. 471.

Jinesta Lobo, J (2006). Transparencia administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa. Parte General. Primera Edición, Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. Pp. 256.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dirección de Relaciones Públicas. (1988). Seis décadas de Historia Laboral. Departamento de Reproducciones INA. San José, Costa Rica. mayo, pp. 94.

Moderne, F (2005). Principios Generales del Derecho Público. Traducción de Alejandro Vérgara Blanco. 1 ed. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 301.

Kelsen, H (2009). Teoría Pura del Derecho. 4 ed, 8 reimpresión. Buenos Aires, Eudeba. Pp. 224.

Olaso Alvarez, J (2009). La prueba en materia laboral. 1 ed, San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. Pp. 288.

Ossorio M (1984). Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales. Editorial Claridad, S.A. Argentina. Pp. 797.

Plá Rodríguez, A. (1990). Los principios del Derecho del Trabajo. 2 edición actualizada. Editorial Depalma. Buenos Aires. Pp. 331.

Varios autores (2008). Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, 3 volumen. Jacaryan, S.A. Madrid. 2008.

ANTOLOGIA

Varios autores (2011). Antología del Curso Estado Social de Derecho. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Miguel Mondol Velásquez. pp. 212.

REVISTAS

Revista Ivstitia (1996). La interpretación y aplicación directas del derecho de la Constitución por el juez ordinario. Jinesta Lobo, E. No. 118-119, p. 34-44.

Revista Ivstitia (2009). Medidas Alternas a la flexibilidad laboral. Briones Briones, E. No. 267-268, p. 18-22.

Revista Ivstitia (2009). Las fronteras del Derecho del Trabajo. ¿Cuándo existe o no relación laboral?. Briones Briones, E. No. 275-276, p.29-33.

Revista Real Card (2010). La Inspección de Trabajo Costarricense: El Deber de Tutelar Imparcialmente. Briones Briones, E. 3 edición, editorial Proyecto Real Card, ASIES, Guatemala, p. 9-28.

Revista Ivstitia (2011). Teoría de la carga dinámica de la prueba y activismo judicial. Castro Loría, JC. No. 291-292, p.38-50.

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional. Voto 7190 de las 15:24 hrs del 6 de diciembre del año 1994.

Sala Constitucional. Voto 2313 de las 16:16 hrs del 9 de marzo del año 1995.

Sala Constitucional. Voto 1319 de las 14:51 hrs del 4 de marzo del año 1997

Sala Constitucional. Voto 4298 de las 16:45 hrs del 23 de julio del año 1997

Sala Constitucional. Voto 652 de las 18:24 hrs del 4 de febrero del año 1998

Sala Constitucional. Voto 1415 de las 9:00 hrs del 26 de febrero del año 1999.

Sala Constitucional. Voto 9874 de las 15:45 hrs del 15 de diciembre del año 1999.

Sala Constitucional. Voto 3220 de las 10:30 hrs del 18 de abril del año 2000.

Sala Constitucional. Voto 9685 de las 14:56 hrs del 1 de noviembre del año 2000.

Sala Constitucional. Voto 3074 de las 15:24 hrs del 2 de abril del año 2002.

Sala Constitucional. Voto 2120 de las 13:30 hrs del 14 de marzo del año 2003.

Sala Constitucional. Voto 2682 de las 12:01 hrs del 12 de marzo del año 2004.

Sala Constitucional. Voto 9234 de las 15:42 hrs del 25 de agosto del año 2004.

Sala Constitucional. Voto 6446 de las 10:05 hrs del 12 de mayo del año 2006.

Sala Constitucional. Voto 16.001 de las 9:04 hrs del 3 de noviembre del año 2006.

Sala Constitucional. Voto 1682 de las 10:34 hrs del 9 de febrero del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 5924 de las 12:28 hrs del 27 de abril del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 4276 de las 14:49 hrs del 27 de marzo del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 1505 de las 18:14 hrs del 29 de enero del año 2008.

Sala Constitucional. Voto 10.553 de las 14:54 hrs del 1 de julio del año 2009.

Sala Constitucional. Voto 10685 de las 9:29 hrs del 18 de junio del año 2010.

Sala Constitucional. Voto 10967 de las 14:42 hrs del 22 de junio del año 2010.

Sala Constitucional. Voto 3320 de las 8:47 hrs del 18 de marzo del año 2011.

Sala Segunda. Voto 69 de las 9:55 hrs del 15 de febrero del año 1995.

Sala Segunda. Voto 381 de las 10:20 hrs del 10 de diciembre del año 1999.

Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Voto 660 de las 15:00 hrs del 30 de octubre del año 1991.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Voto 469 de las 10:05 hrs del 20 de septiembre de 1991.

Tribunal de Trabajo, Sección Segunda. Voto 231 de las 10:25 hrs del 12 de marzo de 1997. Tribunal de Trabajo, Sección Segunda. Voto 777 de las 8:35 hrs del 21 de agosto de 1997

LEYES

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789 (versión electrónica). Recuperada el día 31 de julio de 2011, desde http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el día 17 de octubre de 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el día 17 de octubre de 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por el país mediante ley no. 7670 del 17 abril 1997). Recuperada el día 31 de julio de 2011, desde <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Código Civil de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 21 de julio de 2011, desde <http://www.cendeiss.sa.cr/etica/codcivil.pdf>.

Código Procesal Contencioso Administrativo. Recuperado el día 21 de julio de 2011, desde http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=63015&strTipM=TC.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el día 31 de julio de 2011, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf>.

Ley No. 7135. De la Jurisdicción Constitucional (versión electrónica). Recuperada el día 16 de abril de 2011, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>.

Ley No. No. 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (versión electrónica) .Recuperado el día 21 de junio de 2011, desde <http://www.reglatec.go.cr/decretos/7472.pdf>

Ley No. 8292. Sobre control interno (versión electrónica). Recuperado el día 2 de agosto de 2011, desde <http://www.sugef.fi.cr/servicios/documentos/marcolegal/leyes/8292.htm>

Ley No. 8422 Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (versión electrónica). Recuperado el día 31 de julio de 2011, desde <http://www.bccr.fi.cr/documentos/secretaria/archivos/Ley%20Contra%20la%20Corrupcion%20Enriquecimiento%20Illicito%20N%C2%B0%208422m1.pdf>

Directriz N. 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en la gaceta No. 166 de 28 agosto del año 2008. Manual del Procedimiento de Inspección Laboral. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

DIRECCIONES WEB SITE

<http://www.mtssinspeccion.go.cr/publicaciones.php>.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/45.pdf>

<http://costaricahoy.info/opinion/editorial/editorial-salario-minimo-%C2%BFrepresion-o-accion-publica-integral/62355/>.

http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2010/diciembre/19/economia2614350.html.

<http://informe21.com/salario-minimo/30-ciento-los-trabajadores-reciben-menos-del-salario-minimo-costa-rica>.

http://www.iice.ucr.ac.cr/Salarios%20minimos_Costa%20Rica.pdf

http://www.google.co.cr/search?hl=es&source=hp&biw=1419&bih=691&q=debido+proceso+en+la+jurisprudencia+de+la+corte+interamericana+de+derechos+humanos&rlz=1R2GGLR_es&oq=debido+proceso+en+la+jurisprudencia+de+la+corte+interamericana+de+derechos+humanos&aq=f&aql=&gs_sm=e&gs_upl=6093921624692101625017186180121621115241314212-3.4.1.111010

ANTOLOGIA

Varios autores (2011). Antología del Curso Estado Social de Derecho. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Miguel Mondol Velásquez. pp.212.

OTROS

Carta Encíclica: Caritas In Veritate, del sumo pontífice, Benedicto XVI. Dado en Roma, junto a San Pedro, el 29 de junio, solemnidad de San Pedro y San Pablo, del año 2009, quinto de su Pontificado.

TESIS

Nuñez López, W (2000). Tesis para optar por el grado de Licenciatura. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO SANCIONADOR. Universidad Escuela Libre de Derecho. San José, Costa Rica. Pp. 299.

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.

*M.Sc. Mario Peña Chacón*¹

El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente

mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Principios Rectores del Derecho Ambiental

El Diccionario de la Lengua Española en su vigésima segunda edición² le otorga varios significados al vocablo "*Principio*", entre ellos: base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; y norma o

1 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de 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).

2 Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>

idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanelas edición 2003³ al definir “*Principios Generales del derecho*” expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mu-ger).

En doctrina a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para Jaquenod de Zsogon se entiende por *Principio* (del latín

principium), aquella “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”, y por *Rector* (del latín *rector*), lo que ‘rige o gobierna’, por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho.⁴

El jurista argentino Cafferatta⁵ citando a Vigo y a Cañiza-Merlo destaca que “A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar”⁶. En ese mismo sentido, “tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la

3 Disponible en: <http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw>

4 Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

5 Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

6 Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares”.⁷

Lorenzetti, destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas”.⁸

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan,

integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.⁹

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del Derecho Ambiental Internacional se ha creado una gran gama de *soft law* que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados).¹⁰

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas Resoluciones y Declaraciones de Principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Se trata de principios que se proponen en

7 Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

8 Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.

9 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

10 Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece

que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;

- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de los costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación

ciudadana, cooperación internacional, no sólo ha reconocido la función de notificación previa, entre otros.¹¹ integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y

11 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán mobilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad.¹²

A partir de la sentencia constitucional 1993-6240 se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.¹³

Aplicando el anterior criterio y en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional costarricense¹⁴, al resolver recursos de amparo por violaciones al derecho a un

ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha procedido a fundamentar sus fallos por medio del derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de *soft law* antes citadas, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible¹⁵.

Principio de No Regresión, contenido y alcances.

Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por

12 "Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales" Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

13 "De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional" Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

14 Para efectos de este artículo los términos: Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad y Corte Constitucional se utilizan indistintamente al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, haciendo hincapié en que el nombre oficial es Sala Constitucional según la Ley de Jurisdicción Constitucional.

15 A manera de ejemplo, la sentencia constitucional número 1250 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 14524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

A primera luz no aparece expresa o taxativamente plasmado en ninguna de las Declaraciones de Principios, Convenios o Tratados ambientales, sin embargo, encuentra su mayor desarrollo y aplicación a nivel internacional a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como contracara del principio de progresión.

Como bien lo afirma Prieur¹⁶, la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, antidegradation policy, standstill, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección

ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el “dar un paso hacia atrás”.¹⁷

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia delante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonadas cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales. Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando

16 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

17 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por sí misma constituye una regresión.

El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente. Por medio de este tipo de procesos, y en muchos casos por razones eminentemente

políticas y económicas (tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas) grupos de presión pretenden romper el equilibrio óptimo entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible, en favor del crecimiento económico a través de la derogación o modificación de normativa ambiental. La ideología desreguladora se suele centrar en la ciencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social. Se resume en la máxima de que los controles gubernamentales sólo estaban justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad.¹⁸

La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente en pro de un supuesto “mejoramiento” o “incremento” de la eficacia del derecho y la tutela de los consumidores y usuarios de servicios¹⁹. De

18 Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection, Washington and Lee Law Review, vol. 45, no. 3, Summer 1988.

19 “El impacto de la desregulación no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado-intervención. La desregulación-liberalización impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho Ambiental o los principios constitucionales; Koepfer ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de Ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos” En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, D.A., 1993, citado por Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

esta forma, escudándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente²⁰, fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que “la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental”.²¹

Fundamentos de la no regresión ambiental.

Además de lo ya expuesto respecto al carácter finalista del derecho ambiental, es posible también derivar y fundamentar el contenido, alcance y limitaciones del principio de no regresión basado en el Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como en la misma Constitución Política y en especial, en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Fundamentación basada en el Derecho Internacional Ambiental y sus principios rectores.

Es posible sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (*soft law*) como en los convenios ambientales vinculantes (*hard law*).

En un primer orden de ideas, resultaría imposible interpretar el concepto del desarrollo sostenible desvinculándolo del principio de no regresión. Tal y como fue concebido en el Informe Brundtland el desarrollo sostenible consiste en aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de la generaciones presentes sin menoscabar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades, y derivado de este precepto nace el precepto de equidad intergeneracional recogido en el principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Coincidiendo con Prieur²², al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia con el principio de equidad

20 Prieur, Michel, La déréglementation en matière d'environnement, Revue juridique de l'environnement, n.º 3, 1987.

21 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

22 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.²³

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2010-18202, único precedente existente a la fecha sobre la aplicación directa del principio de progresión y no regresión en materia ambiental:

“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 puede 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

23 “La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión” Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

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”.

Por su parte, también es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.

Afirma Prieur que en materia de medio ambiente no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que de lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan el Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el

Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

Entre ellos, y a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y por tanto, se descarta la regla de “*lex posterior derogat priori*”, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Descartadas las regresiones a nivel estrictamente del derecho internacional

ambiental, reviste interés destacar el rol de “*dique de contención*” que asumen los convenios ambientales en pro de evitar regresiones a nivel del derecho interno.

Especial atención merece el Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, también conocido como Convenio de Washington, el cual en su artículo III prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos sino por acción de autoridad legislativa competente.

A la luz del Convenio de Washington toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas sería considerado una regresión en materia ambiental y por tanto queda expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Esta disposición debe complementarse con el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que además de exigir norma de rango legal para reducir los límites de un Área Silvestre Protegida, obliga también a realizar estudios técnicos que justifiquen la medida. Sobre el aumento y/o disminución de los límites territoriales del patrimonio forestal y en aplicación de la no regresión prevista en el Convenio de Washington, la Sala Constitucional en la sentencia 1999-5399 señaló:

“V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América

-aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”.

Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado. Este artículo debe completarse con el artículo 40 de la Ley Forestal que dice:

“El área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida”.

Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el "recurso forestal", término que "significa la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural," (resolución de la Sala Constitucional número 2233-93, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo) que existe en la zona declarada como parque nacional, y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes especiales dictadas al efecto, como por los textos de las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución Política es que habla de "explotación racional de la tierra", constituyéndose un principio fundamental su protección (...)."

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales".

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por otro lado, la derogatoria del artículo 6º del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida

Silvestre de Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este".

Es importante considerar que excepcionalmente algunos convenios en materia ambiental permiten ciertas formas de "regresión" que no podrían equipararse al concepto de regresión desarrollado en este trabajo, ya que necesariamente deben ser interpretadas a la luz de las distintas disposiciones y obligaciones contraídas en otros convenios ambientales y en la legislación nacional. Bajo esta óptica la Convención Ramsar permite en su artículo 2.5, por motivos urgentes de interés nacional, retirar un humedal de la Lista Oficial, o bien reducir su extensión siempre que se informe de inmediato sobre estas modificaciones a la Secretaría del Convenio. Por su parte, el Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna silvestre en su artículo XVI faculta a las Partes de la Convención a retirar cualquier especie previamente insertada en el Apéndice III, previa comunicación de dicho retiro a la Secretaría respectiva.

Por lo anterior, si bien es posible la exclusión de un humedal de la lista Ramsar por motivos urgentes de interés nacional, también es cierto que de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente los humedales que forman parte del Patrimonio Natural del Estado ostentan categoría de Áreas Silvestres Protegidas, y en virtud de ello, les asiste la protección especial prevista en la Convención de Washington

y por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que impiden su desafectación, disminución o alteración de límites sin previa ley que así lo autorice, o bien sin estudios científicos y técnicos que lo justifiquen. De igual forma, la exclusión de una especie de flora y fauna silvestre del apéndice III de la Convención CITES no excluye al Estado Parte de sus obligaciones internacionales y nacionales respecto a la protección de la flora y fauna y de la biodiversidad, por lo que subsistirían siempre las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, Ley de Biodiversidad, Ley de Conservación de la Vida Silvestre y demás normativa que tutele a este bien jurídico.

Fundamentación basada en el Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones.

También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR.²⁴

Manifiesta Cabrera²⁵ que la principal obligación contenida en el Capítulo 17 del CAFTA-DR consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de

establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 17.1:

Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.

Del artículo anterior se interpreta que cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único condicionante que dichas reformas busquen lograr “*altos niveles de protección*” concepto que evidentemente se opone a la idea de la regresión. A la anterior disposición hay que sumarle la obligación de aplicar de manera sostenida y recurrente la legislación ambiental contenida en el artículo 17.2.1.a:

Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre

²⁴ Ratificado por Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007

²⁵ Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, 2011.

las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Esta segunda obligación busca evitar la ineficacia en la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental, ineficacia que por sí misma constituye una regresión ambiental. Según Cabrera, no cualquier incumplimiento conlleva la posibilidad de iniciar el proceso de solución de controversias que establece el CAFTA-DR, sino únicamente aquellos que califiquen como recurrentes, sostenidos y que además afecten el comercio entre las Partes. Otro aspecto a considerar respecto a esta obligación es la restrictiva definición de legislación ambiental que ofrece el Tratado en el artículo 17.13.1, y que excluye toda aquella normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales:

Para los efectos de este Capítulo:

Legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

(a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

(b) el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o

(c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, “legislación ambiental” no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales;

Para los efectos de la definición de “legislación ambiental”, el propósito primario de una disposición particular de una ley o regulación se deberá determinar por referencia a su propósito primario en vez del propósito primario de la ley o regulación de la que es parte.

Aunada a las anteriores obligaciones se encuentra aquella contemplada en el artículo 17.2.2 que con el fin de evitar “*dumping ambiental*” y la existencia de “*paraísos de contaminación*”, taxativamente

prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental:

Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Sobre esta disposición expresa de no regresión, única dentro del bloque de legalidad ambiental costarricense, es importante tomar en cuenta los siguientes aspectos:

Al estar establecida en un tratado internacional ostenta rango superior a la ley ordinaria y demás normas infralegales;

La normativa ambiental que estaría protegida de la no regresión sería únicamente aquella que se ajuste a la definición restrictiva de

“legislación ambiental” según el artículo 17.13.1, excluyendo la legislación relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales;

Debe considerarse la intención o “*animus*” de la regresión, tomando en cuenta que únicamente estarían vedadas aquellas derogatorias, reducciones o debilitamientos normativos cuyo fin sea incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o pretendan otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.

Las obligaciones establecidas en el capítulo 17 del CAFTA-DR, incluyendo por supuesto la prohibición expresa de no regresión, fueron objeto de una consulta preceptiva de constitucionalidad²⁶ por parte de la Defensoría de los Habitantes y un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual, mediante el voto de mayoría 2007-9469, les otorgó la viabilidad constitucional disponiendo al efecto:

26 Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional.

“En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 “Obstáculos Técnicos al Comercio”, en el Capítulo 9 “Contratación Pública”, en el Capítulo 10 de “Inversiones” y en Capítulo 21 “Excepciones”. Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna”, por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas,

no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto”.

Sin embargo, en voto de minoría los magistrados Fernando Cruz y Gilbert Armijo no sólo encontraron vicios de constitucionalidad en el Tratado de Libre Comercio objeto de estudio, sino que además determinaron dentro del mismo violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente:

“En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, 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. De hacerlo, se trataría entonces de una violación al derecho a la salud. En cuanto a la protección de este derecho no se puede retroceder en la implementación, o tomar medidas que disminuyan este derecho. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciante.”

“Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que

es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna” esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión”.

Por todo lo anteriormente manifestado, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se

encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental prevista en el artículo 17.13.1. y al “*animus*” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio. De esta forma, el Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren “*altos niveles de protección ambiental*” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. Pero a la vez, y al amparo del voto de minoría de la consulta preceptiva de constitucionalidad antes citado, de ese mismo Tratado se podrían deducir violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente.

Fundamentación basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Donde mayor desarrollo ha encontrado el principio de no regresión en Costa Rica es en materia de derechos humanos, en especial como contracara del principio de progresión, siendo la Sala Constitucional, por medio de

sus fallos, quien ha ejercido el rol de garante de los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.²⁷

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Corte Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.²⁸

En la sentencia 1995-2313,²⁹ el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al Derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al Derecho Internacional, y dentro de éste, al Derecho Ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado

27 Así lo dispone expresamente el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

28 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

29 “... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución” .

un singular enfoque de identificación entre Derecho Humano y Derecho Fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los Derechos Humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de Derechos Humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.³⁰

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.³¹ Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por

la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de derechos humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793³² el primer precedente al establecer que “una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”, debido a que como afirma Prieur “la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado”.³³

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, contracara de la no regresión, mismo que reza:

30 Jiménez Meza, Manrique, *Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental*, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

31 “De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional” Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

32 Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigente.

33 Prieur, Michel, “El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

34 El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ ratifica la visión de progresividad de los derechos humanos iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, visión que quedó plasmada en los siguientes artículos:

Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos

humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Artículo 12. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶ en su artículo 5.2 dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Convención Americana de Derechos Humanos³⁷ abre la vía de la progresividad dentro del Sistema Interamericano de

35 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

36 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

37 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Derechos Humanos por medio de su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Además, su numeral 29 establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. *permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan

de la forma democrática representativa de gobierno, y

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por último el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador,³⁸ no sólo reconoce expresamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente sano y a su protección, preservación y mejoramiento (Artículo 11), sino que además ratifica la idea de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de su numeral 1:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

38 Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recocado en instrumentos internacionales se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Es a partir del año 2001 que la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los derechos humanos. De esta forma, al referirse sobre la normatividad de los derechos prestacionales en el voto 2001-3825 dispuso:

“La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son

los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada”.

Siempre en el tema de los derechos fundamentales prestacionales, mediante la sentencia 2007-1378 la Sala Constitucional estableció su necesario vínculo con el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio- económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción”.

Fundamentándose en el numeral 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo Corte Constitucional reconoció la progresividad y no regresión del derecho fundamental a la educación:

“Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la

Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para “(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”. Voto 2002-11515.

“En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión”. Voto 2003-2443.

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto 2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

“Bajo esta tesitura, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se exceptiona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jefes institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración . Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo,

con las consecuencias que a continuación se detallarán”.

Siempre respecto al derecho fundamental al trabajo, el salario y la seguridad, en el voto 2009-10553 la Corte Constitucional realizó un análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con el principio de progresividad haciendo énfasis en que debe evitarse todo género de medidas de regresión de los derechos económicos, sociales y culturales:

“De otra parte, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968, consagra, igualmente, los derechos al trabajo, al salario y a la seguridad social, en los artículos 6, 7 y 9 respectivamente. De igual modo y en relación al desarrollo progresivo de estos derechos sociales o prestacionales, el artículo 2, párrafo primero, dispone lo siguiente:

“(…) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (…)” (Lo resaltado no corresponde al original).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, señala lo siguiente:

“(...) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” –aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999-, estatuye que los Estados parte

“(...) se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Siendo que los artículos 7°, inciso a), y 9°, de ese protocolo contemplan, respectivamente, el derecho el derecho a un salario que consista

en “Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” y a la seguridad social que proteja “(...) contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (...)”.

De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción.

En criterio de este Tribunal, en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en aras de reconocer y garantizar la progresiva tutela de los derechos fundamentales económicos y sociales, no resulta conforme con el Derecho de la Constitución dictar medidas que supongan un retroceso en la tutela y efectividad de un derecho social, máxime, cuando éste ha sido potenciado por la jurisprudencia del máximo”.

En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales:

“La Sala nos señala que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”.

En la sentencia 2010-14467 el Tribunal Constitucional otorgó carácter de mínimo o “piso” a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico:

“Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la citada Convención, imponen la obligación al Estado, de adoptar en forma progresiva medidas que garanticen la plena efectividad de tales derechos. La doctrina habla de “obligaciones mínimas” de los Estados, que pueden ser ampliadas de acuerdo con los recursos disponibles y tomando en cuenta el grado de desarrollo de los Estados, conceptos presentes también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

Naciones Unidas. De manera que, si el grado de protección de los derechos es ampliado en el ordenamiento interno, los poderes públicos no podrían luego desconocerlos o restringirlos a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente”.

Los más recientes fallos ratifican el carácter progresivo de los derechos humanos así como la prohibición de adopción de medidas restringidas sobre lo ya logrado.

Tampoco se trata de convertir «deseos» en derechos de una manera irracional, pues debe comprenderse que cuando se opera jurídicamente con derechos fundamentales, se está en el ámbito de los derechos humanos, siendo que una de sus características elementales es la progresividad, entendida esta como el proceso constantemente inacabado de conformación y consolidación del reconocimiento de un derecho humano determinado; de esta manera, se impone al Estado el deber de brindar respeto y garantía a todos los derechos humanos, obligación que es paulatinamente creciente y absolutamente exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento. Voto: 2011-6329.

Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo

ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso. Voto 2011-1985.

De los sentencias constitucionales antes expuestos 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 que 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 todas los estadios de su desarrollo y crecimiento.

Esta misma línea jurisprudencial que reconoce la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones

legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente.

Fundamentación basada en el Derecho de la Constitución.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a estar reconocido expresamente por el numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica y ostentar estatus de derecho humano fundamental³⁹, se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley, reconocidos a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional:

“Efectivamente, a la luz del principio de la supremacía constitucional, los derechos y garantías -éstas últimas, entendidas como instrumentos de servicio y eficacia de los primeros- sociales, son irrenunciables; sin embargo, esta especial condición debe entenderse referida a todos los derechos fundamentales (concepto más amplio que “constitucionales), independientemente de la clasificación o categorización que se haga de ellos, precisamente en virtud de su especial

39 “Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto”. Voto 2006-1109.

naturaleza, al conformarse de la esencia y condición del ser humano y su dignidad, en tanto los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a la libre disposición de su beneficiario. Se entiende que la renuncia se configura en la manifestación expresa de abandono del derecho y su absoluta prescindencia. De manera que hay un interés público en la intangibilidad de los derechos fundamentales, en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido". Voto 2000-878.

"Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica.

En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De

lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la "rigidez", es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. Voto 2003-2771.

A la luz de ambas sentencias resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.

De esta forma, a partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto al Poder

Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley.⁴⁰ Al amparo de este criterio jurisprudencial la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar tanto la Ley de Pesca y Acuicultura como el artículo 71 de la Ley Orgánica del ambiente sobre contaminación visual:

“El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental. En el presente asunto, los recurrentes cuestionan la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual fue publicada

en la Gaceta 78 del veinticinco de abril de dos mil cinco. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 175 de la norma de cita establece que el Poder Ejecutivo debía emitir el reglamento respectivo para dicha ley, dentro del plazo de noventa días a partir de su publicación, no obstante del informe rendido por las propias autoridades recurridas se desprende que a la fecha no se procedió a cumplir con lo dispuesto por dicho ordinal. A criterio de este Tribunal la inactividad del Poder Ejecutivo constituye una clara violación de los recurridos a lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, omisión que es susceptible de ser conocida por vía del amparo, al estar en peligro el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la falta de emisión del reglamento antes mencionado. Lo anterior, por cuanto la norma que se echa de menos debe regular una serie de puntos relacionados con la pesca y la explotación

40 “...distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio”. De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)” Sentencia número 1990-101.

adecuada de los recursos marítimos, conforme lo dispone la propia Ley 8436, tales como: a) la garantía económica que deberán rendir las entidades y empresas nacionales o extranjeras a las que se otorgue permiso de pesca con fines exploratorios -artículo 18-; b) las especies de tiburón carentes de valor comercial y el aprovechamiento que se dará a éstas para otros fines de la actividad pesquera -artículo 40-; c) el tamaño y pesos proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97- ; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.- artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos

mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo. Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia". Voto: 2009-8065.

"Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: "Si el amparo hubiere sido establecido para que

una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención”; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554”. Voto número 2008-11696.

Además, del principio constitucional de reserva de ley de los derechos fundamentales⁴¹ es posible también derivar la obligación de no regresión en materia ambiental. Del principio de reserva de ley se extrae la obligación negativa, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de no restringir o limitar el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, restricciones o limitaciones que de darse implicarían ineludiblemente regresiones en materia ambiental.

Por último, del propio artículo 50 constitucional también es posible interpretar la imposibilidad de regresiones relativas a este derecho fundamental, dicho numeral reza:

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

A todas luces, la obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias

41 “En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley”. Voto: 1992-3550.

que por ende se oponen a cualquier idea de regresión. Respecto a estos deberes el Tribunal Constitucional ha dicho:

“La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales”. Voto 1999-644.

Fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) el Tribunal Constitucional mediante un reciente primer precedente, reconoció por primera vez el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas, al efecto expuso lo siguiente:

“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 puede 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". Voto 2010-18702.

Un aspecto a resaltar es que ese mismo primer precedente sobre la progresión y no regresión del derecho fundamental al ambiente contó con un voto salvado por parte de los magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes a diferencia del pronunciamiento de mayoría, le dieron una connotación de temporalidad a las medidas ambientales a adoptarse a favor del ambiente, disponiendo que éstas no deberían ser extremas e inmediatas sino graduales, escalonadas y progresivas cuando puedan afectar otros derechos fundamentales,⁴² al efecto se transcribe un extracto del voto de minoría:

"El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el

principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales, evitando medidas drásticas en pro de la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad". Voto 2010-18702.

Límites y excepciones permitidas al principio de no regresión.

Si bien la principal obligación que conlleva la correcta aplicación del principio de no regresión es la de no retroceder, no afectar el nivel de protección ambiental adquirido y no derogar o modificar normativa vigente

⁴² La connotación de temporalidad del principio de progresividad de los derechos fundamentales ya había encontrado eco anteriormente en la jurisprudencia constitucional aplicada en materia de eliminación de discriminación y promoción de las personas con discapacidad en el voto 2006-1344.

siempre que esto pueda afectar, disminuir o menoscabar el nivel actual de protección, bajo ciertas circunstancias, condiciones y excepciones, actos que podrían calificarse a priori como regresiones ambientales resultarían lícitos.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.⁴³

Como lo señala Cabrera⁴⁴, la Sala Constitucional ha sido conteste que con respecto a la materia ambiental se debe de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general, de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la ciencia y a la técnica, con lo cual se condiciona la discrecionalidad

de la Administración. Al respecto el voto constitucional 2006-17126 dispuso: ⁴⁵

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior, en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura),

43 Al respecto puede consultarse el voto 2006-17126.

44 Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010

45 También pueden consultarse las sentencias constitucionales: 2006-11562, 2008-18529 y 2009-1056, entre otras.

que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente”.

Bajo el anterior enfoque, la desafectación o disminución de los límites geográficos de áreas silvestres protegidas encontrarían validez jurídica siempre que se encuentren fundamentadas y justificadas en estudios técnicos y científicos, y se realicen a través de ley de la República, tal y como lo exige el Convenio de Washington y el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, y por tanto, tales casos no podrían ser calificadas de regresiones ambientales.

A contrario sensu, los decretos ejecutivos 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008 que modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre San Lucas; 34043-MINAE del 11 de setiembre de 2007 que modificó el área del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo y el Decreto Ejecutivo 35748-MP-MINAET-MIVAH del 08 de enero de 2010 que reformó el Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana, sí constituyeron abiertas regresiones ambientales al no contar con justificación técnica ni científica que permitiera sustentar los fines propuestos en cada uno de ellos, siendo así reconocido por la Sala Constitucional al declararlos inconstitucionales mediante los votos 2009-1056, 2010-13099 y 2011-13436 respectivamente.

En otro orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, e que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables proporcionadas. Sobre este tipo de situaciones excepcionales en materia ambiental ha sostenido la Sala:

“De la vinculatoriedad de la normativa ambiental, como consecuencia directa del principio de legalidad regulado en el artículo 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública está obligada a cumplir con el bloque de legalidad; sujeción que tiene especial connotación en relación con la tutela del ambiente, en tanto, al tenor de la obligación impuesta al Estado en su conjunto en el artículo 50 constitucional, es que se denota su indisponibilidad respecto de las instituciones públicas –condición que también se da respecto de los particulares–, esto es, no está sujeto a pacto o convenio en razón de la trascendencia que tiene para la vida y sobrevivencia de la humanidad; lo que hace imposible su excepción, salvo claro está, en situaciones de urgencia o emergencia, que en sí mismo, es una condición de fuente de derecho (al respecto consultar la sentencia 2340-92). Es así como resultan

vinculantes para las instituciones públicas el conjunto que conforma el Derecho Ambiental, formado tanto los principios constitucionales ambientales –que delimitan el contenido de este derecho fundamental–, como las diversas disposiciones normativas sobre la materia (legales y reglamentarias), así como los estándares ambientales, y requisitos dispuestos para la realización de proyectos que incidan sobre el ambiente; y que, están inmersos en la gestión pública encomendada a cada una. Por ello, es que son exigibles la realización de estudio de impacto ambiental, la conformidad de los proyectos con los planes reguladores (en las municipalidades donde hay), la adecuación del funcionamiento de las plantas y proyectos a los estándares ambientales, etc.; caso contrario, sería admitir un “derecho del Estado a contaminar”, lo que es imposible en atención al contenido del propio artículo 50 constitucional, según se ha indicado anteriormente, y como lo ha entendido este Tribunal (entre otras, consultar las sentencias número 5668-94, 5654-95, 8001-97, 2004-1923, 2005-15769, 2006-1963, y 2006-4497), al haber exigido a diversas instituciones públicas el cumplimiento de esa normativa a fin de tutelar de la manera debida el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Voto 2006-17126.

“El “estado de necesidad” permite al Poder Ejecutivo excepcionar cualquier área de actividad del trámite ordinario y ese ejercicio conlleva, en algunos casos, un desplazamiento y otros un acrecentamiento de competencias;

el derecho excepción -formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- deviene en inconstitucional en caso de normalidad, precisamente por ello, esta Sala estima que debe ser reflejo cierto de una realidad fáctica excepcional; otra de las características esenciales del estado de emergencia es su transitoriedad, no es admisible un trámite de excepción para realizar actividad ordinaria de la administración, aunque ésta sea de carácter urgente; además, la medida de emergencia para que se entienda como de desarrollo constitucional debe tener como propósito el bien común, debe ser justa y razonable(proporcionada en sentido estricto). Es decir, no basta con que se justifique el accionar administrativo en un estado de necesidad, la actuación material o normativa de la administración -en casos de necesidad- siempre podrá ser enjuiciada a luz de los principios que se han señalado y de ello nos ocuparemos a continuación”. Voto 2001-6503.

A manera de conclusión, y tal como quedó plasmado en el Documento de Convocatoria adoptado en la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental de los estados participantes de la Conferencia de Río+20 y en la resolución del Parlamento Europeo B7-0522-11 del 20 de setiembre de 2011, se hace necesaria la consagración expresa del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente en la medida que si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible es esencial hacer progresar el

derecho ambiental e integrarlo mejor en las otras ramas de nuestra disciplina jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010.

CabreraMedaglia, Jorge, "Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional", 2011.

Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en: http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

López Ramón, Fernando, Introducción General: Regresiones del Derecho Ambiental, disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf

Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.

Piza Escalante, Rodolfo "La Justicia Constitucional en Costa Rica" Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

Prieur, Michel, La déréglementation en matière d'environnement, Revue juridique de l'environnement, n.º 3, 1987.

Valls, Mario Francisco, Presupuestos Mínimos Ambientales, 2011.

Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

“OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN EN COSTA RICA”

*Licda. Ana Elena Castillo Chaves
Especialista en Derecho Comercial*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN

- I. Definición y Naturaleza Jurídica
Definición
Régimen y Naturaleza Jurídica
- II. Regulación de las OPAS
- III. Elementos
Elementos Subjetivos
Elementos Objetivos
- IV. Modalidades de Ofertas Públicas de Adquisición

CAPÍTULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO DE OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN

- I. Procedimiento

CAPÍTULO TERCERO

LA NOCIÓN DE CONTROL

- El Control de las Sociedades
- El Control en Costa Rica

CAPÍTULO CUARTO

CASO ARCELOR MITTAL

- Caso Arcelor Mittal
- OPAS en Costa Rica

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El derecho es un fenómeno cambiante y flexible que, continuamente, debe adaptarse a la realidad y los cambios sociales. En este desarrollo constante, los hombres de negocios han ideado mecanismos que les permiten aumentar el tamaño de sus empresas u obtener el control de las sociedades.

Dentro de estos mecanismos encontramos las adquisiciones, fusiones y otros mecanismos de concentración empresarial, los cuales cada día son más comunes en nuestro medio. Las ofertas públicas de adquisición, constituyen un mecanismo más de toma de control, que el Derecho, específicamente el Derecho Bursátil se ha preocupado de regular dada su trascendencia en el ámbito jurídico, financiero y bursátil.

En términos generales, la oferta pública de adquisición consiste en un procedimiento por el cual una persona, física o jurídica, anuncia públicamente a los accionistas de una sociedad, cuyo capital se encuentra admitido a cotización en una bolsa de valores, su interés de adquirir sus acciones, durante un tiempo determinado y por un precio determinado.

El crecimiento de estos fenómenos de concentración empresarial, así como el aumento de la inversión extranjera en nuestro país, han contribuido a la regulación de las ofertas públicas de adquisición en nuestro país. Si bien, este instrumento de toma de control, en el ámbito internacional data de

varias décadas, en Costa Rica, no es sino hasta la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732, en el año 1990, que se entra a regular esta figura.

Como veremos en el desarrollo del presente trabajo, las ofertas públicas de adquisición son una figura poco desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico dado lo reducido del Mercado de Valores costarricense, en comparación con los mercados sofisticados, lo cual constituye, precisamente, la hipótesis propuesta en esta investigación.

Para la prueba de la hipótesis planteada, el objetivo general de este trabajo consiste en sentar las bases para entender el concepto de las ofertas públicas de adquisición, para posteriormente entrar al análisis de sus aspectos prácticos en el medio costarricense.

Asimismo, como objetivos específicos se proponen los siguientes: i) Estudiar el concepto y la naturaleza jurídica de las ofertas públicas de adquisición; ii) Estudiar las partes que participan dentro de una oferta pública de adquisición; iii) Estudiar los elementos que conforman las ofertas públicas de adquisición; iv) Reseñar las modalidades o tipos de ofertas públicas de adquisición; v) Analizar el procedimiento establecido en nuestro ordenamiento jurídico para el desarrollo de una oferta pública de adquisición; vi) Delimitar la noción de control en el derecho mercantil costarricense y vii) Estudiar un caso práctico de una Oferta Pública de Adquisición en un mercado desarrollado.

La metodología utilizada consiste en el método hipotético deductivo y el método analítico descriptivo. El primero basado en el planteamiento de una hipótesis como consecuencia de los datos y conceptos estudiados y el segundo basado en el análisis de los diferentes institutos que conforman la oferta pública de adquisición.

Para desarrollar los objetivos, anteriormente planteados, en el presente trabajo analizaremos las nociones fundamentales de las Ofertas Públicas de Adquisición, para lo cual en un primer capítulo se estudiarán algunos aspectos generales que nos permitan un mejor entendimiento de esta figura. En el segundo capítulo, se analizará el procedimiento legal y reglamentario establecido por el Ordenamiento Jurídico costarricense para la celebración de una oferta pública de adquisición. En el tercer capítulo, se hará un análisis del concepto de control en el derecho societario a efectos de intentar determinar la noción de control en nuestro Ordenamiento Jurídico. Finalmente en el cuarto capítulo se analizará un caso práctico de una oferta pública de adquisición.

De esta manera, con el presente trabajo se procura establecer un planteamiento general de las nociones fundamentales que caracterizan a las ofertas públicas de adquisición, de modo que constituya un pequeño aporte para el estudio de esta figura, que ha sido poco desarrollada en nuestro

medio y que, sin embargo, su utilidad práctica en el comercio internacional es ampliamente rescatable.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Definición

De manera preliminar, podemos decir que las ofertas públicas de adquisición (en adelante "OPAS") consisten en un procedimiento por el cual una persona, física o jurídica, anuncia públicamente a los accionistas de una sociedad, cuyo capital se encuentra admitido a cotización en una bolsa de valores, su interés de adquirir sus acciones, durante un tiempo determinado y por un precio determinado.

En palabras del autor Hernández Aguilar, las ofertas públicas de adquisición *"constituyen una operación del mercado de valores mediante la cual una persona ofrece la adquisición, durante un plazo determinado, de las acciones de una sociedad con el capital cotizado en bolsa a un precio superior al del mercado."*¹

Por su parte, en el Glosario de la Bolsa de Valores de Madrid, encontramos la siguiente definición: *"La OPA es una operación que se realiza en el mercado de valores, a través de*

1 HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Derecho Bursátil: Mercado de Valores. Tomo I. San José, Costa Rica: IJSA, 2002. P.310

la que una sociedad expresa públicamente su deseo de adquirir una parte o la totalidad de los títulos de una compañía que cotiza en bolsa. La operación va dirigida a todos aquellos que posean acciones de la compañía, a los que se ofrece un precio determinado de adquisición para cada uno de los títulos. El objetivo de la OPA es la toma de control de la sociedad objeto de la oferta.”²

En este mismo sentido, la Superintendencia General de Valores, en su página oficial propone la siguiente definición: *“Oferta pública de compra de acciones de una sociedad cuyo capital se encuentra inscrito en bolsa. La regulación de estas ofertas tiene el objetivo de impedir la discriminación de los inversionistas minoritarios a través de una serie de procedimientos que garantizarán una distribución equitativa de la prima de control (sobrepeso que el comprador está dispuesto a pagar por adquirir el control de la empresa) entre todos los inversionistas que desean vender sus acciones en el momento de la toma de control.”³*

Según el autor Cachón Blanco las OPAS son *“mecanismos de apelación pública al mercado de valores y en particular, a los accionistas de*

una sociedad cotizada, para que vendan sus valores a la entidad que formula la oferta, con la finalidad de obtener o reforzar el control de la citada sociedad.”⁴

Las Dirección de Asesoría Legal de la Bolsa Nacional de Valores, en su dictamen AL-099-01, definió las OPAS de la siguiente manera: *“Las ofertas públicas de adquisición (OPAs) han sido formuladas primordialmente para controlar y ordenar el proceso de la toma de control que se produce, al adquirir una sociedad, el poder sobre otra empresa de su interés. Toma de control que se instrumenta por medio de la adquisición de acciones en el mercado de valores. Las ofertas públicas de adquisición constituyen mecanismos específicos de toma de control de una sociedad cotizada, a través de la adquisición de un determinado porcentaje de acciones, atendiendo principalmente a la protección de los intereses de los accionistas no mayoritarios de la sociedad afectada”.*⁵

En el derecho anglosajón, se les conoce a las OPAS bajo la denominación de *takeover bids*, que consisten en *“... una invitación publicitada de compra de acciones a los accionistas de sociedades abiertas...”*⁶ En palabras más sencillas, podemos decir que una takeover

2 <http://www.bolsamadrid.es/esp/bolsamadrid/cursos/dicc/o.asp>

3 <http://www.sugeval.fi.cr/esp/serinv/serglosario2.html>

4 CACHON BLANCO, José Enrique. Derecho del Mercado de Valores. Madrid, España: Editorial Dykinson, 1992. P. 303. Citado por COLE HERNÁNDEZ, María José. Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: San José, Costa Rica, 1999. P. 22

5 Bolsa Nacional de Valores, Dirección de Asesoría Legal. Dictamen AL-099 -01 2001. Tomado de <http://www.bnv.co.cr/documentos/dictamenesLegales/2001/AL-099-01%20OFERTAS%20PUBLICAS%20DE%20ADQUISICION.doc>.

6 BOLLINI SHAW, Carlos y GOFFAN, Mario. Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1995. P. 151. Citado por COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 24

bid consiste en *“una oferta para comprar suficientes acciones de una compañía para adquirir la mayoría accionaria.”*⁷

En términos generales, puede concluirse que la mayor parte de las definiciones de qué es una oferta pública de adquisición, la relacionan con el concepto de toma de control de una sociedad, concepto que analizaremos con mayor detenimiento en un capítulo posterior.

De las anteriores definiciones, podemos concluir que son tres los elementos característicos de una oferta pública de adquisición:⁸

1. La publicidad de la oferta, en el sentido de que el anuncio de la oferta se debe hacer público.
2. La generalidad de la oferta, en tanto esta debe dirigirse a todos los accionistas de la sociedad afectada.
3. La finalidad de obtener o reforzar el control de la sociedad, elemento que se analizará con mayor detenimiento en un apartado posterior.

Nuestro legislador no establece un concepto de oferta pública de adquisición, sino que se limita a señalar su ámbito de aplicación, remitiéndonos al Reglamento de Oferta Pública de Valores. De esta forma en el artículo 37 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (en adelante la “LRMV”) se establece:

“Quien pretenda adquirir, directa o indirectamente, en un solo acto o actos sucesivos, un volumen de acciones u otros valores de una sociedad inscrita en Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y alcanzar así una participación significativa en el capital social, deberá promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos los tenedores de acciones de esta sociedad. La Superintendencia reglamentará las condiciones de las ofertas públicas de adquisición en los siguientes aspectos por lo menos:

- a) *La participación considerada significativa para efectos de las ofertas públicas de adquisición.*
- b) *Las reglas y los plazos de cómputo del porcentaje de participación señalado, de acuerdo con las participaciones directas o indirectas.*
- c) *Los términos en que la oferta será irrevocable o podrá someterse a condición y las garantías exigibles según que la contraprestación ofrecida sea en dinero, valores ya emitidos o valores cuya emisión aún no haya sido acordada por la sociedad o entidad oferente.*
- d) *La modalidad de control administrativo a cargo de la Superintendencia y, en general, el procedimiento por el cual se realizarán las ofertas públicas de adquisición.*
- e) *Las limitaciones a la actividad del órgano de administración de la sociedad cuyas acciones sean objeto de la oferta.*

⁷ <http://www.wisageek.com/what-is-a-takeover-bid.htm>

⁸ Cf. COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 23

f) *El régimen de las posibles ofertas competidoras.*

g) *Las reglas de prorrateo, si fueren pertinentes.*

h) *El precio mínimo al que debe efectuarse la oferta pública de adquisición.*

i) *Las operaciones exceptuadas de este régimen por consideraciones de interés público y los demás extremos cuya regulación se juzgue necesaria.”*

Por su parte el artículo 77 del Reglamento de Oferta Pública de Valores (en adelante “ROPV”) establece que: *“Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir a título oneroso, acciones de una sociedad cuyo capital esté autorizado para oferta pública y admitido a negociación en una bolsa de valores, u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción o la adquisición de acciones, y que le permita alcanzar una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad emisora de esos valores, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 80 de este Reglamento, deberá promover una oferta pública de adquisición en los términos previstos en este Título.”*

De las disposiciones anteriores, podemos extraer cinco elementos que deben estar presentes en una OPA, según la legislación costarricense:

Existencia de un oferente, al indicarse *“toda persona física o jurídica que pretenda adquirir”*.

Que la adquisición vaya a ser a título oneroso, es decir que el oferente deba pagar un precio por las acciones que desea adquirir.

Que el capital de la sociedad se cotice en bolsa.

Que la oferta tenga por objeto alcanzar una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad.

La oferta debe dirigirse a la totalidad de tenedores de acciones de la sociedad objetivo.

Régimen Jurídico y Naturaleza Jurídica

El régimen jurídico de las OPAS responde a dos objetivos distintos, resultado de que en él confluyen intereses regulados tanto por el derecho de sociedades como por el derecho bursátil: la protección del accionista y la protección al inversionista. Por un lado, se busca proteger a los accionistas asegurando a los accionistas minoritarios su participación en la distribución de la prima de control, que en palabras sencillas corresponde al precio que paga el oferente por la adquisición del control de la sociedad; y, por otro, se busca premiar al ahorrante que ha invertido en acciones, protegiendo de este modo la confianza del público en el mercado de valores.⁹

Las OPAS son un fenómeno de concentración empresarial, que, como vimos, inciden en dos ámbitos jurídicos: el Derecho de Sociedades y el Derecho del Mercado de Valores. Sin embargo, según el autor Tapia

9 Cf. HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Ob. Cit. P. 313.

Hermida, el régimen jurídico de las OPAS, en tanto operaciones bursátiles, corresponde al derecho bursátil, por cuanto la sociedad afectada por la OPA es una sociedad cotizada.¹⁰

Para entender la naturaleza jurídica de las ofertas públicas de adquisición es necesario atender a la finalidad de esta figura. La posición dominante en la doctrina, como vimos anteriormente, sostiene que la finalidad primordial de las OPAS consiste en obtener o reforzar el control de una sociedad. Sin embargo, algunos autores, entre ellos, Cole Hernández, sostienen que no siempre la obtención del control, será la finalidad perseguida por una OPA, sino que existen finalidades específicas dependiendo del tipo de OPA que se pretenda llevar a cabo,¹¹ como por ejemplo la OPA por modificación de estatutos y la OPA de exclusión, reguladas en los artículos 78 y 111 del ROPV, respectivamente.

La oferta por modificación de estatutos es la oferta pública de adquisición que debe realizar aquel accionista titular de un volumen de acciones que representen más del cincuenta por ciento del capital social, cuando pretenda por primera vez desde que adquirió ese porcentaje, modificar los estatutos de la sociedad.

En el caso de la OPA de exclusión, la oferta es promovida por la propia sociedad para obtener así la exclusión de la negociación de sus acciones en bolsa.

Ahora, si bien las OPAS pueden tener distinta finalidad, se enmarcan siempre dentro del tráfico bursátil y, en palabras llanas, consisten en una oferta de compra de acciones que vinculará al oferente desde el momento en que es aceptada por sus destinatarios. De modo que, su naturaleza jurídica, en primera instancia, descansa en la autonomía unilateral generadora de obligaciones.

Atendiendo a la teoría general de los contratos, podemos ubicar la OPA como una especie de *precontrato*, concebido como una *promesa de compra o de adquisición*, por virtud de la cual una empresa se compromete a adquirir aquellos valores cuyos titulares manifiesten su aceptación dentro de un plazo preestablecido. Como característica propia de este tipo de actos jurídicos, la perfección de las compraventas se produce a partir del momento en que se producen las respectivas aceptaciones, siendo en este instante cuando se produce la traslación del dominio sobre los títulos.¹²

10 TAPIA HERMIDA. Derecho del Mercado de Valores. P. 251. Citado por HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Ob. Cit. P. 310

11 Cf. COLE HERNÁNDEZ. Ob. Cit. P. 34

12 Cf. Bolsa Nacional de Valores, Dirección de Asesoría Legal. Ob. Cit.

REGULACIÓN DE LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN

Partiendo de que el objetivo principal de una OPA es la adquisición del control de una sociedad, entiéndase de una sociedad cotizada en bolsa, se considera que uno de los objetivos principales de la regulación de las ofertas públicas de adquisición es asegurar el principio de igualdad de trato de todos los accionistas destinatarios de la oferta, especialmente a fin de proteger a los accionistas minoritarios.

Para entender el régimen legal de las OPAS, resulta necesario diferenciar los tipos de intereses que confluyen en las modernas sociedades anónimas cotizadas:¹³

1. El interés social, que corresponde al interés de la propia sociedad en el éxito de sus negocios y, en consecuencia, la consecución de su objeto social. Para ello debe atenderse a los proyectos productivos o comerciales en los que está comprometida la sociedad.
2. El interés de los gestores o administradores de la sociedad, que en tesis de principio debe coincidir con el interés social, pero que en la práctica también encierra el interés de los administradores de perpetuar sus cargos dentro de la sociedad.

3. El interés de los accionistas, el cual generalmente adquiere distintos matices, según se trate de accionistas mayoritarios o minoritarios. Los primeros tienen intereses tanto políticos como económicos, políticos en tanto inciden en la dirección de la sociedad mediante la designación de los administradores y económicos en cuanto, evidentemente, también procuran su participación en los dividendos. Los accionistas minoritarios, son en tesis de principio, meros inversores que valoran sus acciones como una simple inversión.

Precisamente, la existencia de este conflicto de intereses dentro de las sociedades cotizadas ha sido reconocido por los ordenamientos jurídicos de mercados sofisticados en procura de establecer claramente las reglas del juego dentro de un procedimiento de oferta pública de adquisición, de modo que los intereses de las partes involucradas no sean atropellados, especialmente respecto de los accionistas minoritarios, quienes son los que se encuentran en una posición más débil dentro de esta ecuación.

Cabe destacar que, además del principio de igualdad, en general, a las OPAS les resultan aplicables los principios fundamentales del mercado de valores, tales como el principio de información, el principio de transparencia y el principio de publicidad.

13 Cf. HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Ob. Cit. P. 314.

Principios Generales que fundamentan la normativa jurídica en materia de OPA

Los principios generales del moderno mercado de valores, fundamentan el marco jurídico de regulación de las OPAS y en particular los siguientes:¹⁴

1. Principio de Protección a los Ahorrantes: Se busca establecer un esquema de garantías, publicidad y seguridad que evite la lesión de los intereses legítimos de los accionistas de la sociedad afectada, a través del control de estas operaciones por parte de la entidad reguladora, que en nuestro país corresponde a la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL). Cabe destacar que uno de los principales objetivos de la regulación de OPAS es precisamente, proteger al accionista minoritario.¹⁵ En este sentido, podemos citar la siguiente nota de un medio de comunicación en materia de bolsa:

“Los derechos del accionista minoritario se encuentran resguardados por la ley frente a un proceso de toma de control de la compañía en la que tiene acciones, por cuanto, éste y todos los accionistas de la sociedad, tendrán la posibilidad de vender sus acciones al oferente, y de este modo, recibir la proporción correspondiente del “premio

de control” que éste está dispuesto a pagar por acceder al control de esa compañía. De este modo, frente a un nuevo controlador al accionista minoritario se le otorga la posibilidad de decidir si vende todo o parte de sus acciones, recibiendo dentro del precio el “premio de control” correspondiente, o si se mantiene con todo o parte de sus acciones en esa compañía.

Lo anterior, siempre en igualdad de condiciones ofrecidas a todos los accionistas de una misma de serie de acciones de la sociedad, ya que uno de los principios fundamentales establecidos por la ley, es el trato igualitario entre los accionistas, lo que significa, una la igualdad de tratamiento para todos y la repartición del “premio de control” entre todos los accionistas de la sociedad al momento de producirse un cambio de control en la compañía, señaló la Superintendencia de Valores y Seguros.”¹⁶

2. Principio de Igualdad o *equality of information*: Procura evitar que unos accionistas se vean beneficiados en detrimento de otros, dirigiéndose a todos los accionistas en igualdad de condiciones (o mediante un mecanismo de prorrateo que beneficia precisamente al pequeño accionista).

14 Cf. Bolsa Nacional de Valores. Asesoría Legal. Ob. Cit.

15 Sobre este tema se puede consultar la Directiva 2004/25/CE de la Unión Europea que establece: “Cuando una persona física o jurídica posea, tras una adquisición hecha por sí misma o por personas que actúen de concierto con ella, valores de una sociedad que le confieran un porcentaje determinado de derechos de voto en esta sociedad y le otorguen el control de esta sociedad, los Estados miembros velarán por que esta persona esté obligada a presentar una oferta con el fin de proteger a los accionistas minoritarios de dicha sociedad.”

16 http://www.terra.cl/finanzas/index.cfm?pag=bolsa&id_reg=478991

3. Principio de Información: Su principal aplicación se da en el prospecto o folleto que la sociedad oferente ha de presentar a la SUGIVAL y posteriormente difundir tras la aprobación de la oferta.

4. Principio de Transparencia o *full disclosure*: El mecanismo de la OPA evita que estas operaciones tengan lugar sin conocimiento por parte del mercado de valores en general, como sucedería a través de operaciones directas y sucesivas u otros procedimientos. Debe asegurarse una información amplia y completa que permita a los accionistas, en tanto que destinatarios de la oferta, tomar una decisión fundada sobre sus valores cuando se vean confrontados a una operación de toma de control de la sociedad a la que pertenece.

Una manifestación de la aplicación de estos principios la encontramos en la Directiva Comunitaria de la Unión Europea 2004/25/CE, que entre los principios que promueve establece:

“Los Estados miembros velarán por que se respeten los principios siguientes:

- *todos los titulares de valores de la sociedad afectada deberán recibir un trato equivalente; si una persona adquiere el control de una sociedad, los demás titulares deben ser protegidos;*
- *los destinatarios de la oferta deberán disponer de tiempo e información suficientes para poder adoptar una*

decisión respecto a la oferta con pleno conocimiento de causa; a la hora de asesorar a los titulares de valores, el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada presentará un dictamen relativo a las repercusiones de la aplicación de la oferta en el empleo, las condiciones de trabajo y los centros de actividad de la sociedad;

- *el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada deberá actuar en interés de la sociedad en su conjunto y no podrá denegar a los titulares de valores la posibilidad de decidir sobre la idoneidad de la oferta;*
- *no deberán crearse falsos mercados para los valores de la sociedad afectada, la sociedad oferente o de cualquier otra sociedad interesada por la oferta de forma que el alza o baja de las cotizaciones de los valores se torne artificial y se falsee el normal funcionamiento de los mercados;*
- *un oferente no deberá anunciar una oferta hasta después de haber garantizado que puede proporcionar enteramente la contraprestación en efectivo, si se ofreció tal contraprestación, y después de haber adoptado todas las medidas razonables para garantizar el suministro de cualquier otro tipo de contraprestación;*
- *la sociedad afectada no deberá ver sus actividades obstaculizadas durante más tiempo del razonable por el hecho de que sus valores sean objeto de una oferta.”¹⁷*

¹⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/l26012a_es.htm

Etapas de las Ofertas Públicas de Adquisición

De acuerdo con Cachón Blanco, las Ofertas Públicas de Adquisición tienen cuatro etapas en su preparación y desarrollo, las cuales se detallan a continuación:¹⁸

1. Fase Preparatoria: La entidad oferente, toma la decisión de formular una oferta pública de adquisición.
2. Fase de Formulación de la oferta: Comprende la presentación, difusión y desarrollo de las OPAS.
3. Fase de Defensa por parte de la sociedad afectada por la oferta: Esta fase puede ir precedida de medidas de protección o defensas previas a la existencia de una OPA.
4. Fase de Ejecución o Liquidación de la Oferta Pública de Adquisición: Esta comprende la ejecución de las operaciones bursátiles de compraventa entre el oferente y los accionistas que aceptan la oferta y se efectúa a través de los procedimientos bursátiles ordinarios.

Estas cuatro etapas se encuentran reguladas, en mayor o menor medida, por los diferentes cuerpos normativos reguladores de las OPAS en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Marco Regulatorio de las OPAS en Costa Rica

En este apartado haremos referencia a las disposiciones, que de forma general, regulan las ofertas públicas de adquisición en el mercado de valores costarricense, haciendo la aclaración de que la parte procedimental será estudiada en un capítulo posterior.

El artículo 36 de la LRMV dispone que:

“Quien pretenda adquirir, directa o indirectamente, en un solo acto o actos sucesivos, un volumen de acciones u otros valores de una sociedad inscrita en Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y alcanzar así una participación significativa en el capital social, deberá promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos los tenedores de acciones de esta sociedad. La Superintendencia reglamentará las condiciones de las ofertas públicas de adquisición en los siguientes aspectos por lo menos:

- a) La participación considerada significativa para efectos de las ofertas públicas de adquisición.*
- b) Las reglas y los plazos de cómputo del porcentaje de participación señalado, de acuerdo con las participaciones directas o indirectas.*
- c) Los términos en que la oferta será irrevocable o podrá someterse a condición*

¹⁸ CACHON BLANCO, José Enrique. Ob. Cit. Citado por Bolsa Nacional de Valores, Dirección de Asesoría Legal. Ob. Cit.

y las garantías exigibles según que la contraprestación ofrecida sea en dinero, valores ya emitidos o valores cuya emisión aún no haya sido acordada por la sociedad o entidad oferente.

d) La modalidad de control administrativo a cargo de la Superintendencia y, en general, el procedimiento por el cual se realizarán las ofertas públicas de adquisición.

e) Las limitaciones a la actividad del órgano de administración de la sociedad cuyas acciones sean objeto de la oferta.

f) El régimen de las posibles ofertas competidoras.

g) Las reglas de prorrateo, si fueren pertinentes.

h) El precio mínimo al que debe efectuarse la oferta pública de adquisición.

i) Las operaciones exceptuadas de este régimen por consideraciones de interés público y los demás extremos cuya regulación se juzgue necesaria.”

En caso de que no se siga el procedimiento de OPA, según lo establecido en el artículo 36 transcrito anteriormente, la ley establece como consecuencia la imposibilidad de ejercer los derechos de voto y la nulidad de los acuerdos tomados en esas circunstancias:

“Artículo 37: Quien adquiera el volumen de acciones y alcance el porcentaje de participación referido en el artículo anterior, sin haber promovido la oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos de voto derivados de las acciones así adquiridas. Además, los acuerdos adoptados con su participación serán nulos.”

Igualmente el artículo 38 de la LRMV señala que quien adquiera un volumen de acciones que, directa o indirectamente, puedan dar derecho a la suscripción o adquisición de acciones de una sociedad inscrita en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y representen más del cincuenta por ciento (50%) del total de los votos de los socios de la sociedad emisora, sin seguir el procedimiento de OPA no podrá modificar los estatutos de la sociedad, salvo lo expresamente permitido por la SUGIVAL.

Por su parte el artículo 38 de la citada ley, exige que la OPA cuando sea voluntaria, deba dirigirse a la totalidad de titulares de acciones de la sociedad afectada.

Como se desprende del artículo 36, la regulación de las OPAS se haría vía reglamento. El Reglamento de Oferta Pública de Valores es el cuerpo normativo que, en su Título V, regula las ofertas públicas de adquisición.

En relación con el ámbito de aplicación de las OPAS el ROPV establece los siguientes supuestos, dentro de los cuales debe presentarse una OPA:

- Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir a título oneroso, acciones de una sociedad cuyo capital esté autorizado para oferta pública y admitido a negociación en una bolsa de valores, u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción o la adquisición

de acciones, y que le permita alcanzar una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad emisora de esos valores deberá promover una oferta pública de adquisición.

- En caso de reducción de capital de una sociedad que se realice mediante la compra por ésta de sus propias acciones, deberá de una oferta pública de adquisición.
- Toda persona física o jurídica titular de acciones que representen más del cincuenta por ciento (50%) de los votos de una empresa cuyas acciones se encuentren autorizadas para oferta pública, que pretenda por primera vez desde que hubiera alcanzado ese porcentaje, modificar cláusulas de los estatutos de la sociedad en las que se hayan acordado derechos en beneficio de los accionistas minoritarios, estará obligada a promover una oferta pública de adquisición dirigida al resto del capital social.

Como punto fundamental establece los porcentajes de participación significativa, a partir de los cuales resulta necesario realizar el procedimiento de OPA:

“Se entenderá por participación significativa aquella que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital en circulación y con derecho a voto de la sociedad afectada.

Cuando el oferente pretenda alcanzar una participación igual o superior al veinticinco

por ciento (25%), pero inferior o igual al cincuenta por ciento (50%), la oferta deberá realizarse sobre una cantidad de valores que represente como mínimo el diez por ciento (10%) del capital de la sociedad afectada.

Cuando el oferente pretenda alcanzar una participación superior al cincuenta por ciento (50%), la oferta deberá realizarse sobre una cantidad de valores que le permita al adquirente alcanzar, al menos, el setenta y cinco por ciento (75%) del capital de la sociedad afectada.”

Para efectos de realizar el cómputo de participaciones de modo que se pueda determinar cuando una persona va a sobrepasar el umbral del 25% el ROPV establece las siguientes reglas:

“Se considerarán poseídas por una misma persona física o jurídica las acciones u otros valores pertenecientes a un mismo grupo de interés económico, así como las acciones u otros valores poseídos por las demás personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta o en forma concertada con aquélla.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta o en forma concertada con aquélla los miembros de su órgano de administración.

Para efectos del cómputo de la participación se considerarán tanto las acciones que se posean a título de dominio, como los derechos de voto que se disfruten por concepto de usufructo o prenda o en virtud de cualquier otro título de naturaleza contractual.

En el caso de valores que den derecho a

la suscripción o adquisición de acciones o convertibles en acciones, al capital social poseído se sumará el capital teórico al que potencialmente den derecho tales valores y al total de acciones en circulación se sumará el capital teórico máximo a que pueda dar lugar el conjunto de dichos valores; excluyéndose del cómputo aquellos valores que den derecho a la adquisición o suscripción de acciones ya existentes.”

El artículo 79 establece los casos de excepción en los cuales no es necesaria la celebración de una OPA:

- Adquisiciones que se produzcan como consecuencia de un contrato de suscripción en firme o en garantía, siempre y cuando el suscriptor venda cualquier porcentaje que posea igual o superior al veinticinco (25%) en el plazo máximo de seis meses contados a partir de la ejecución del contrato de suscripción.
- Redistribución de valores ya poseídos entre los miembros de un mismo grupo de interés económico.
- Cuando todos los accionistas de la sociedad afectada acuerden por unanimidad la venta o permuta de las acciones.
- Programas u otros mecanismos de recompras de acciones.

El artículo 82 del ROPV, establece que la oferta deberá dirigirse a los titulares de todas las acciones de la sociedad afectada con derecho a voto y a los titulares de todos los

derechos de adquisición o suscripción de acciones con derecho a voto, así como los titulares de bonos convertibles en acciones con derecho a voto.

Por su parte, el artículo 83 dispone que la contraprestación ofrecida podrá consistir en dinero en efectivo o acciones de otra sociedad, debiendo asegurarse la igualdad de trato de los valores que se encuentran en iguales circunstancias.

La OPA debe ser garantizada por el Oferente mediante la constitución de garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que resulten de la oferta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 del ROPV. En el caso de contraprestación en dinero, las garantías podrán constituirse en dinero o mediante aval a satisfacción de la Superintendencia, siempre que éste cubra el cien por ciento (100%) de la oferta. En el caso de canje de acciones, la garantía se constituirá mediante el depósito de éstas ante una entidad de custodia autorizada

Según el artículo 85 del ROPV la oferta pública de adquisición estará sujeta a la autorización previa de la SUGEVAL, para lo cual debe seguirse el procedimiento que analizaremos más adelante.

ELEMENTOS

Elementos Subjetivos

En el procedimiento de oferta pública de adquisición, generalmente participan dos

sujetos principales: el oferente y los titulares de los valores de la sociedad afectada.

El **Oferente** puede ser cualquier persona física o jurídica, que de conformidad con el artículo 77 del ROPV pretenda adquirir, a título oneroso, una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad emisora de esos valores, según los parámetros establecidos en el Reglamento. Es decir, el oferente puede ser cualquier persona, física o jurídica que se encuentre en alguno de los supuestos indicados por la normativa vigente como presupuesto para la presentación de una OPA.

Asimismo, como veremos más adelante, el ROPV exige que el oferente presente toda la información necesaria para su identificación al momento de presentar la OPA, incluyendo información del grupo económico al que pertenece si es del caso.

La otra parte esencial de la oferta pública de adquisición son los **titulares de las acciones**, pues es a estos a quienes va dirigida la oferta y, por lo tanto son ellos quienes deben aceptarla o no. No debe confundirse que la oferta va dirigida a los accionistas y no a la sociedad afectada.

En el proceso de OPA intervienen o pueden intervenir otros sujetos, tales como la **Superintendencia General de Valores**, quien de conformidad con lo establecido en el reglamento es el ente responsable de autorizar las ofertas.

Adicionalmente la **sociedad afectada** participa en el proceso de OPA, entre otras cosas comunicando a sus accionistas la existencia de una oferta. Asimismo, los administradores de la sociedad afectada también se involucran en el proceso, quienes, como veremos, tienen varias obligaciones, tanto de carácter pasivo como activo. Así por ejemplo, por un lado el órgano de administración debe abstenerse de realizar operaciones fuera del giro ordinario de los negocios que puedan entorpecer la oferta, y por otro, deben rendir un informe sobre la valoración de las ofertas presentadas (artículos 96 y 95 del ROPV, respectivamente).

Por último, además del primer oferente pueden intervenir en un proceso de OPA otros **oferentes competidores**, quienes se encuentran sujetos a las mismas regulaciones y deben cumplir los mismos requisitos establecidos en el ROPV, que el primer oferente.

Elementos Objetivos

En la formulación de una OPA, podemos destacar los siguientes elementos esenciales:

- Valores a los que va dirigido la oferta: Los valores a los que va dirigida la oferta, se acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del ROPV pueden ser acciones de la sociedad afectada con derecho a voto, o bien derechos de adquisición o suscripción de acciones con derecho a voto, bonos

convertibles en acciones con derecho a voto o en general, cualquier valor que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción o la adquisición de acciones con derecho a voto de la sociedad afectada, que evidentemente debe ser una sociedad cuyo capital esté autorizado para oferta pública y admitido a negociación en una bolsa de valores.

- Contraprestación: La contraprestación ofrecida, de conformidad con el artículo 83 del ROPV, puede consistir en dinero en efectivo o acciones de otra sociedad. La Contraprestación generalmente consiste en un precio mayor al precio de mercado de las acciones que se pretenda adquirir, pues se considera que esta incluye una especie de sobreprecio o premio, denominado prima de control, que es el precio que el oferente debe pagar por obtener el control de la sociedad.¹⁹
- Garantía: Como veremos cuando estudiemos el procedimiento de OPA, las OPAS constituyen un compromiso irrevocable por parte del oferente, por lo que, generalmente, no se admite su desistimiento o modificación, salvo en los casos expresamente autorizados por la normativa. Por esta razón, suele exigirse al oferente la constitución de una garantía suficiente que garantice el cumplimiento de su compromiso. La garantía puede

ser de variada naturaleza, atendiendo al tipo de contraprestación ofrecida. Así por ejemplo, en nuestra regulación, el artículo 84 del ROPV requiere que la garantía consista en dinero o aval para el caso de la contraprestación en dinero y, cuando la contraprestación consista en acciones se exige el depósito de éstas ante una entidad de custodia autorizada.

MODALIDADES DE OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN

En la práctica existen diversos tipos o modalidades de ofertas públicas de adquisición, a continuación se expone algunos de los criterios de clasificación más utilizados.²⁰

1. Por la posición que adopte el órgano de administración de la sociedad afectada, las OPAS suelen clasificarse en **hostiles y amistosas**. La *hostilidad* es característica de las operaciones en las que el oferente busca rentabilizar su inversión mediante el desplazamiento de los antiguos órganos directivos y la puesta en práctica de un cambio radical en la gestión social. La *amistosa o negociada* generalmente es motivada por la simple búsqueda de sinergias y de los beneficios que habitualmente acompañan a la integración de dos empresas.

¹⁹ Cf. HERNÁNDEZ AGUILAR, Álvaro. Ob. Cit. P. 316

²⁰ DE CARDENAS SMITH, Carlos. Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición. Madrid, España: Editorial Civitas, 1993. P.35

Siguiendo a García de Enterría²¹, la gran mayoría de las Opas suelen presentar elementos de ambos tipos, en el sentido de que tanto la operación puramente amistosa, en la que falta cualquier tipo de presión más o menos encubierta, como la absolutamente hostil, en la que no hay línea de comunicación alguna entre las dos partes, son supuestos extremos difíciles de encontrar en estado puro. Con frecuencia, también, adquisiciones que empiezan presentando notas de clara hostilidad se convierten con el tiempo en operaciones negociadas de carácter amistoso, que acaban realizándose con el apoyo y respaldo de los órganos gestores de la sociedad afectada.

En palabras sencillas, podemos decir que una OPA hostil se define como un intento de compra de otra empresa sin haber recibido el visto bueno y el acuerdo de la alta dirección de la empresa que se quiere comprar.²²

En relación con las OPAS hostiles, resulta necesario hacer una breve referencia al tema de las llamadas **medidas anti-OPA**:

Cuando una empresa es objeto de una oferta pública de adquisición de carácter hostil, puede defenderse utilizando algunas estrategias.

Esta serie de estrategias se conocen como Medidas Anti-OPA, que consisten en una serie de acciones cuyo objetivo no es otro que frenar el intento de adquisición.

La aceptación de este tipo de medidas es distinta según el ordenamiento jurídico del que se trate. Así por ejemplo en los Estados Unidos estas medidas son ampliamente utilizadas y aceptadas, mientras que en algunos países de Europa la aplicación de estas medidas es limitada.

Así por ejemplo, en España el artículo 60 bis de la Ley del Mercado de Valores, limita la aplicación de estas medidas, en los siguientes términos: *“Durante el plazo y en los términos que se determinen reglamentariamente, los órganos de administración y dirección de la sociedad afectada o de las sociedades pertenecientes a su mismo grupo deberán obtener la autorización previa de la junta general de accionistas según lo dispuesto en el artículo 103 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, antes de emprender cualquier actuación que pueda impedir el éxito de la oferta, con excepción de la búsqueda de otras ofertas”*²³, y en particular antes de iniciar

21 GARCIA DE ENTERRIA, Mercado de Control, Medidas Defensivas y Ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs, Madrid, España: Civitas Ediciones, S.L., 1999. Pp. 71-72.

22 <http://www.elblogsalmon.com/entorno/como-se-define-opa-hostil>

23 Esta medida de buscar otra oferta se conoce como “Caballero Blanco” o “White Knight”. Por ejemplo, mientras que un “caballero negro” representa a la sociedad que lanza una OPA hostil, el “caballero blanco” es la imagen de una tercera sociedad que evita que la empresa afectada sea absorbida por el temido “caballero negro” (<http://ciberconta.unizar.es/bolsa/23asp.htm>).

cualquier emisión de valores que pueda impedir que el oferente obtenga el control de la sociedad afectada.”²⁴

Por su parte, en el Derecho norteamericano, las sociedades pueden incluir en sus estatutos todas las medidas defensivas que deseen, en caso de presentación de una OPA. Para la implementación de estas medidas lo que se hace es controlar la actuación de los administradores, en caso de presentación de una OPA hostil, a través de los deberes de diligencia y lealtad (fiduciary duties) que les obligan a anteponer los intereses de los accionistas sobre los propios y maximizar el valor de la compañía.

Sobre este punto el autor Alfaro Águila-Real apunta: *“En los Estados Unidos se ha generalizado la inclusión de **blindajes** frente a las OPAS hostiles, en forma de combinación de “píldoras envenenadas” (“poison pills”) y “consejos de renovación escalonada” (“staggered boards”). Las **poison pills** consisten en un derecho de adquisición de acciones a un precio muy inferior a su valor real, que está durmiendo junto a la acción, y que se activa... cuando se presenta una OPA declarada hostil por el Consejo de Administración. Pero el derecho no se atribuye a las acciones poseídas por el oferente hostil... de manera que su participación se diluye en beneficio de los demás accionistas*

ya que estos ven aumentada su participación proporcional en el capital, si ejercen los derechos de suscripción incorporados a sus acciones, por lo que el efecto de la “píldora” es que la parte de las reservas que pertenece al adquirente hostil pasa a los demás accionistas, a los que tendrá que volver a pagar esa reserva si quiere hacerse con el control de la sociedad.”²⁵

En Costa Rica, si bien no hay norma expresa sobre el tema, podría considerarse que no son admisibles este tipo de medidas, según el artículo 96 del ROPV que establece la obligación de los miembros del órgano de administración, a partir de la notificación de la suspensión y hasta la comunicación de los resultados de las ofertas, de abstenerse de realizar cualquier operación que no sea propia de la actividad ordinaria de la sociedad o que tenga por objeto perturbar el desarrollo de las ofertas. Sin embargo, esta conclusión es discutible por cuanto la limitación de actuaciones “perturbadoras” se limita al momento indicado en el artículo, sin embargo sería posible que la medida estuviera planteada previamente por ejemplo en los estatutos de la sociedad, caso en el que parece no haber restricción alguna.

Consideramos que este es uno de los temas en que nuestra regulación es insuficiente y sobre los cuales se requiere actualización,

24 España. Ley del Mercado de Valores No. 24 del 28 de Julio de 1988. En este mismo sentido, el artículo 9 de la Directiva 2004/25/CE de la Unión Europea.

25 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “El Debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil”. Noticias de la Unión Europea. No. 285. España, Octubre 2008. P. 13

pues la utilización de este tipo de medidas es común en otros medios y por lo tanto, no estamos ajenos a que en una OPA futura se quisiera implementar alguna medida de este tipo, por lo que resulta fundamental que nuestra normativa sobre OPAS ofrezca una respuesta clara sobre el tema.

2. Por la extensión de la OPA, ésta puede ser **total** o **parcial**. En ambos casos la oferta es general pues se dirige a todos los tenedores de valores de la sociedad afectada, pero mientras que en el primer caso no existe un número máximo de valores a los que el oferente se comprometa a adquirir, en la OPA parcial se establece tal límite máximo.

3. Por el momento de la formulación, las OPAS pueden ser a **priori** o a **posteriori** de la adquisición de una participación significativa. Cabe señalar, que en la mayoría de los ordenamientos la OPA es a priori. No obstante, se exige también la formulación de una OPA a posteriori, en los casos en que una persona física o jurídica, como resultado de su propia adquisición o de la adquisición por parte de personas que actúan en concierto con ella, posea valores que, añadidos a las participaciones que ya posea, tanto por sí como por terceros, le confieran un porcentaje de derechos de voto que le otorguen el control de la sociedad.

4. Según su formulación, puede ser **obligatoria** o **voluntaria** para el oferente. La OPA obligatoria se impone necesariamente a quién pretenda adquirir el control de una sociedad bursátil y supone la obligación del oferente de promover una oferta pública de adquisición en idénticas condiciones para todos los accionistas y para la compra de todo el capital social, con sujeción a una serie de requisitos de información. Se puede definir la OPA obligatoria como aquella cuya *“... formulación viene impuesta por la ley para la consecución de un determinado resultado, ya sea para la adquisición de una participación significativa, ya sea para la modificación de los estatutos de la sociedad afectada en determinados supuestos, ya sea como requisito necesario para proceder a la exclusión de la negociación en bolsa de los valores de la sociedad afectada...”*²⁶

Por su parte, las OPAS voluntarias “son aquellas que se formulan independientemente de su obligatoriedad, es decir, aún cuando no exista una disposición legal que obligue a ello.”²⁷

Ahora bien, cabe destacar que si bien la diferencia entre estas modalidades de OPA radica respecto del carácter voluntario o no de su formulación, lo cierto es que ambas se

26 DE CÁRDENAS SMITH, Carlos. Ob. Cit. P. 36

27 COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P.48

encuentran sujetas a los mismos requisitos y regulaciones.²⁸

OPAS competidoras: Se trata de la posibilidad de que varias sociedades pugnen por obtener el control de una misma sociedad afectada. Estas aseguran el funcionamiento de un verdadero "mercado de control societario", en el que los recursos puedan gravitar hacia el oferente que más valor les atribuya y, según la lógica económica, hacia su utilización más valiosa. En este supuesto quiénes se benefician, evidentemente, son los accionistas de la sociedad afectada, ya que pueden asistir a una verdadera puja por sus valores de participación social y obtener por los mismos un precio superior al que un único oferente habría estado dispuesto a ofrecer. Sin embargo, para el correcto funcionamiento del mercado, es presupuesto la garantía de la *par conditio concurrentium* entre los distintos oferentes, así como el establecimiento de un nivel mínimo de igualdad jurídica entre los potenciales competidores.

De conformidad con el artículo 91 del ROPV toda oferta competidora deberá cumplir con los requisitos establecidos para las OPAS en

general y estarán sujetas al mismo trámite de autorización de la SUGEVAL.

6. OPA por Exclusión: La OPA por exclusión consiste en *"la obligación, por parte de la sociedad cuyo capital esté admitido a negociación en la Bolsa de Valores, de formular una oferta pública de adquisición dirigida a todos sus accionistas, cuando esta acuerde la exclusión de la negociación de sus acciones en bolsa."*²⁹

Sobre esta modalidad de OPA, el artículo 104 del ROPV establece que las sociedades cuyo capital accionario haya sido objeto de una oferta pública de adquisición no podrán desinscribirse durante el plazo de un año contado a partir del cierre de la operación, salvo que presenten una oferta pública de adquisición por exclusión.

De forma similar a la OPA por exclusión, el ROPV establece la obligatoriedad para la sociedad afectada de promover una OPA en caso de reducción de capital social mediante adquisición de acciones propias, según se establece en el artículo 77 del ROPV.

²⁸ Cf. COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 49

²⁹ COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 45

CAPÍTULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO DE UNA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN

PROCEDIMIENTO DE OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN

En el presente capítulo desarrollaremos el procedimiento establecido en el Reglamento de Oferta Pública de Valores, para la formulación de una Oferta Pública de Adquisición, regulado en los artículos 85 a 104 del ROPV:³⁰

Solicitud: El oferente deberá presentar una solicitud con la siguiente documentación:

1. Folleto explicativo de la oferta, que deberá contener la información indicada en el punto siguiente.
2. En el caso de que la contraprestación ofrecida sean acciones de otra sociedad, deberán presentarse las valoraciones de dicha empresa, realizadas por un perito independiente, y el valor de mercado de las acciones presentado por parte de un puesto de bolsa que no sea del mismo grupo económico de la empresa, cuando esta sea una empresa cotizada en bolsa.
3. Documento que acredite la constitución de la garantía de la oferta.
4. Formato de los anuncios a publicar.

En el caso de que el oferente sea una persona jurídica:

1. Certificación notarial del acuerdo de promover la oferta pública de adquisición adoptado por el órgano competente.
2. Copia certificada de la convocatoria a la asamblea general del órgano competente. Esta convocatoria deberá hacerse mediante comunicación escrita por correo certificado a cada uno de los accionistas.
3. Certificación notarial de la constitución y de las posteriores modificaciones estatutarias.
4. Estados financieros auditados de la sociedad oferente y, en su caso, de su grupo de interés económico, correspondientes al menos, al último ejercicio económico.

Folleto: El contenido mínimo del folleto será el siguiente:

1. Información del oferente y la sociedad afectada
 - a. Denominación y domicilio de la sociedad afectada.
 - b. Nombre y domicilio del oferente o, cuando sea persona jurídica, denominación o razón social, domicilio y objeto social.
 - c. Entidades que pertenezcan al mismo grupo de interés económico del oferente, con indicación de la estructura del grupo.

³⁰ Al final de este capítulo se incluye un flujograma que resume el procedimiento de oferta pública de adquisición.

- d. Personas responsables de la información que consta en el folleto.
 - e. Valores de la sociedad afectada de los que sea titular directa o indirectamente el oferente, las sociedades de su grupo de interés económico, otras personas que actúen por cuenta del oferente o concertadamente con él y, de ser el oferente una persona jurídica, los miembros del consejo de administración, y administradores con indicación de los derechos de voto correspondientes a los valores.
 - f. Cuando el oferente sea una persona jurídica, los valores de dicha sociedad en poder de la sociedad afectada.
 - g. Acuerdos entre el oferente y el consejo de administración de la sociedad afectada.
 - h. Información sobre la actividad y situación económico-financiera de la sociedad oferente, que contendrá como mínimo:
 - i. Las actividades principales de la empresa.
 - ii. Un análisis de la trayectoria de la empresa en términos de su situación financiera y de los resultados obtenidos en los últimos dos períodos fiscales.
2. Información sobre la oferta
 - a. Valores a los que se extiende la oferta.
 - b. Contraprestación ofrecida.
 - c. Número máximo de valores a los que se extiende la oferta y, en su caso, número de mínimo de valores a cuya adquisición se condicione la efectividad de la oferta.
 - d. Garantías constituidas por el oferente para la liquidación de la oferta.
 3. Elementos formales de procedimiento
 - a. Plazo de aceptación de la oferta.
 - b. Formalidades que deben cumplir los destinatarios de la oferta para manifestar su aceptación, así como la forma y plazo en que recibirán la contraprestación.
 - c. Gastos de aceptación y liquidación de la oferta que corran a cargo de los destinatarios.
 - d. Designación de los puestos de bolsa que actúen por cuenta del oferente.
 - El Superintendente deberá adoptar la resolución de autorización o denegación de la oferta en el plazo máximo de diez días hábiles contados a partir de su remisión con todos los requisitos.
 - Suspensión de negociaciones: El Superintendente acordará la suspensión temporal de negociación de los valores afectados por la oferta en forma inmediata a la presentación de la solicitud. Esta suspensión se comunicará como hecho relevante a la bolsa de valores respectiva, para que ésta a su vez la difunda como tal a los participantes del mercado, así como a la sociedad afectada.
 - La suspensión quedará sin efecto al día siguiente de la publicación de los anuncios de oferta pública.
 - Comunicación de presentación de oferta: El órgano de administración de la sociedad afectada deberá comunicar a los accionistas la existencia de una oferta

pública de adquisición autorizada, dentro del plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación que realice la Superintendencia de conformidad con el Artículo anterior.

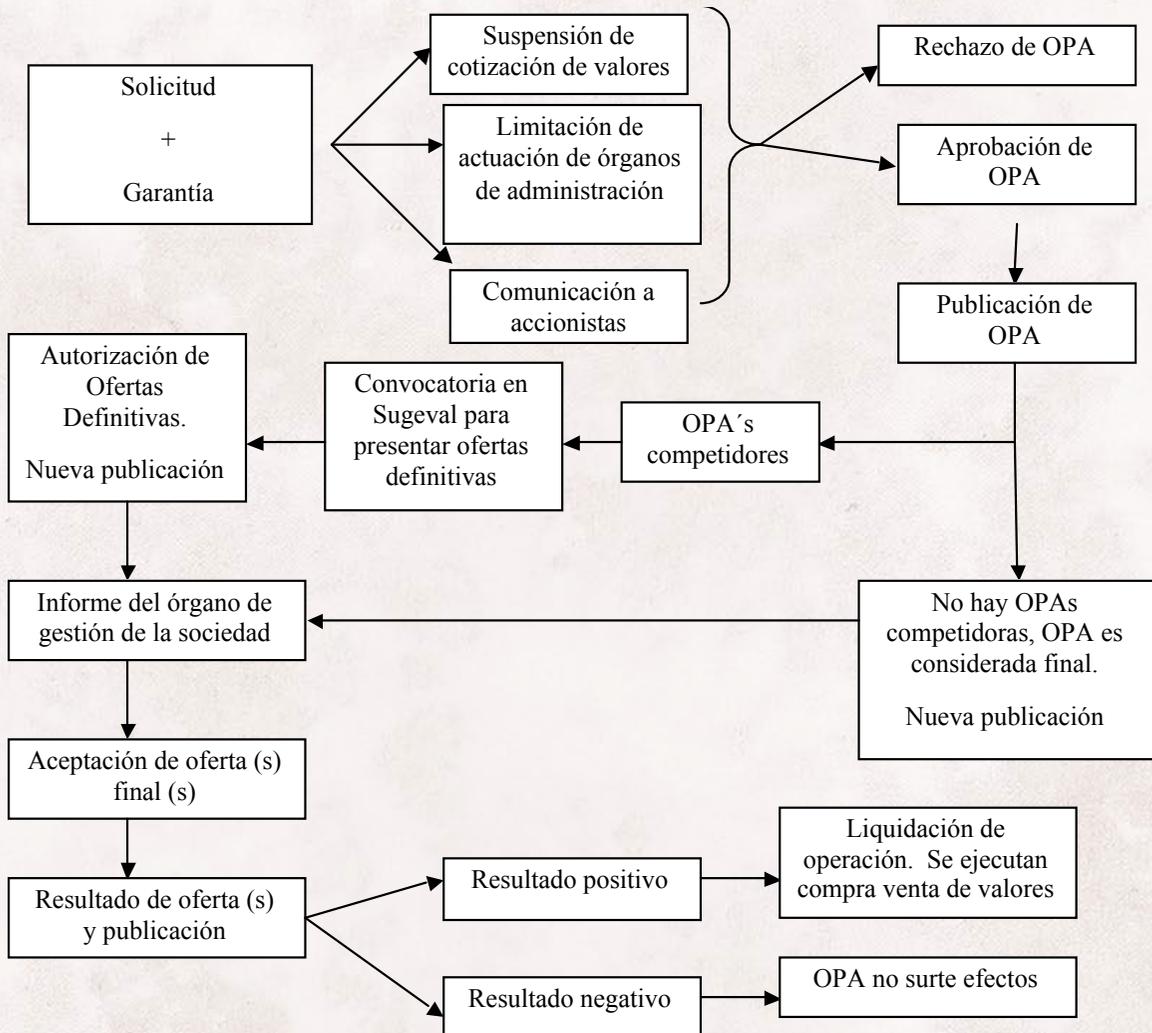
- Difusión de la oferta: Dentro del plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir de la comunicación de la autorización, el oferente deberá dar difusión pública y general a la oferta. Con tal fin, deberá:
 1. Publicar los anuncios correspondientes en dos periódicos de circulación nacional, dos veces durante el plazo de vigencia de la oferta.
 2. Comunicar y remitir el folleto de la oferta a las bolsas en las que los valores estén admitidos a cotización.
 3. Poner a disposición de los interesados ejemplares del folleto explicativo de la oferta, depositándolos como mínimo en las bolsas de valores en las que los valores se negocien, en el domicilio del oferente y en los puestos de bolsa que actúen por cuenta del oferente.
- **OPAS competidoras:** Dentro de los quince días hábiles siguientes a la primera publicación de la oferta podrán presentarse ofertas competidoras.
- Dentro del plazo para presentar ofertas competidoras, el oferente inicial podrá modificar las características de su oferta, siempre que tal modificación implique un trato más favorable para los destinatarios de la oferta ya sea porque extienda el número de valores a los cuales se dirige o porque mejore la contraprestación ofrecida. El Superintendente autorizará la modificación siempre y cuando se hayan aportado las garantías adicionales que correspondan.
- Vencido el plazo para presentar ofertas competidoras, sin que se hubieren presentado ofertas competidoras, el Superintendente General de Valores lo comunicará al oferente, dentro del plazo de tres días hábiles. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a esta comunicación el oferente deberá divulgar nuevamente su oferta.
- **Presentación de Ofertas Definitivas:** En caso de que se hubieren presentado y autorizado ofertas competidoras, dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acuerdo de autorización de la última de las ofertas competidoras autorizadas, el Superintendente General de Valores convocará a todos los oferentes autorizados para que dentro del plazo que él señale concurren a la Superintendencia a presentar sus ofertas definitivas. Las ofertas públicas de adquisición únicamente podrán modificarse para aumentar el número de valores a los que están dirigidas o para mejorar la contraprestación

- **Autorización de ofertas definitivas:** El Superintendente autorizará las ofertas definitivas que se encuentren debidamente garantizadas y comunicará las autorizaciones otorgadas a la empresa emisora y a la bolsa de valores respectiva, para su divulgación a los participantes del mercado.
 - **Divulgación de ofertas definitivas:** Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación de la autorización cada oferente deberá divulgar su oferta definitiva en la misma forma establecida anteriormente. En las publicaciones y folletos deberá incorporarse una leyenda sobre la existencia de ofertas competidoras.
 - **Irrevocabilidad de ofertas:** Las ofertas definitivas autorizadas serán irrevocables salvo en el caso de que la eficacia de la oferta se hubiera condicionado a la aceptación por un porcentaje mínimo del capital y éste no se hubiera alcanzado. No obstante, el oferente en fase de liquidación podrá renunciar a la condición y adquirir todos los valores ofrecidos.
 - **Informe del órgano de administración:** Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación que realice el Superintendente de las ofertas autorizadas, el órgano de administración de la sociedad afectada deberá remitir a la Superintendencia y a la bolsa de valores respectiva, un informe detallado con su opinión sobre las ofertas definitivas que hayan sido autorizadas. En el informe deberá hacerse constar la existencia de cualquier acuerdo entre la sociedad afectada y cualquiera de los oferentes o entre cualquiera de éstos y los miembros del órgano de administración. En ese mismo plazo deberá, también, proceder a su publicación en al menos un diario de circulación nacional y al menos una copia del informe deberá estar disponible para su consulta en el domicilio del emisor.
 - **Abstención de actuaciones del órgano de administración:** A partir de la notificación de la suspensión y hasta la comunicación de los resultados de las ofertas, el órgano de administración de la sociedad afectada se abstendrá de realizar cualquier operación que no sea propia de la actividad ordinaria de la sociedad o que tenga por objeto perturbar el desarrollo de las ofertas.
- En particular no podrá:
1. Acordar la emisión de obligaciones.
 2. Efectuar directa o indirectamente operaciones sobre los valores afectados por las ofertas con la finalidad de perturbarlas.
 3. Enajenar, gravar o arrendar activos de la sociedad cuando puedan perturbar o frustrar las ofertas, excepto cuando se trate de ejecutar acuerdos previos.
- **Aceptación de ofertas:** El plazo para la aceptación de las ofertas definitivas será

de quince días hábiles contados a partir de su primera publicación.

- Las declaraciones de aceptación de las ofertas podrán realizarse por medio de cualquier puesto de bolsa, en la forma en que señale el folleto. Los puestos comunicarán dichas aceptaciones al oferente, por medio de los representantes designados en el folleto. Las aceptaciones serán irrevocables y carecerán de validez en caso de someterse a condición.
- **Información de aceptaciones:** Con la periodicidad que indique el Superintendente, cada oferente deberá informar a la SUGEVAL sobre el número de aceptaciones presentadas.
- Transcurrido el plazo de aceptación, y en un plazo que no excederá de tres días hábiles, cada oferente comunicará a la Superintendencia el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación recibidas, y cuando corresponda, la propuesta de liquidación.
- **Comunicación de resultados:** En el plazo máximo de tres días hábiles, la Superintendencia comunicará a las bolsas de valores en las que tales valores estén admitidos a negociación, a los oferentes y a la sociedad afectada el resultado positivo o negativo de cada oferta, según se haya alcanzado o no el número mínimo de valores señalados en la oferta. Las bolsas de valores comunicarán dicho resultado al día hábil siguiente.
- **Desistimiento de la oferta:** El desistimiento de la oferta, por no haberse alcanzado el porcentaje mínimo establecido deberá comunicarse por el oferente al Superintendente General de Valores y deberá divulgarse por el oferente en el plazo máximo de cinco días hábiles desde la comunicación al Superintendente.
- **Distribución y prorratio:** Cuando el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación supere el límite máximo de la oferta, a cada aceptación se adjudicará un número de valores que represente el porcentaje fijado como límite máximo para esa aceptación en particular.
- **Liquidación de las ofertas:** Las ofertas que hubieran alcanzado un resultado positivo se liquidarán en el mismo plazo previsto para las operaciones bursátiles al contado. Para los efectos de este Artículo las operaciones se tendrán por perfeccionadas el día inmediato siguiente a la comunicación del resultado por la Superintendencia.
- Liquidada la operación, la Superintendencia autorizará el levantamiento de la garantía ofrecida.

PROCEDIMIENTO DE OPA



CAPÍTULO TERCERO

LA NOCIÓN DE CONTROL

EL CONTROL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Las OPAS, como hemos visto, tradicionalmente se han desarrollado como un mecanismo para la adquisición del *control* de una determinada sociedad. Es por esta razón que las ofertas públicas de adquisición deben analizarse dentro del marco de los procesos de toma de control de las empresas y, consecuentemente el concepto de control pasa a ser un elemento fundamental en el estudio de las OPAS.

El profesor CACHÓN BLANCO, define la toma de control como *"... aquel negocio jurídico que tiene por objeto la adquisición de acciones u otros valores con derecho a suscripción, adquisición o conversión en acciones por el cual el adquirente logra una participación accionaria en una sociedad, tal que le permite el control de los órganos de administración de la misma, y por lo tanto, de las decisiones que estos adopten."*³¹

Se dice que se ostenta el control de una sociedad *"... cuando tiene la posibilidad de*

dirigir el destino y la estructura de la misma, con independencia sustancial del accionista o de los accionistas".³² En palabras sencillas, podemos decir, siguiendo a Cole Hernández, que *"el control es la posibilidad de dirigir con cierta autonomía el tráfico de la empresa, sin que ello suponga la titularidad de la totalidad del capital social."*³³

El control ha sido definido por Ferri como: *"la particular situación por la cual un sujeto está en condición de orientar con su voluntad la actividad económica de una sociedad"*.³⁴

Existen diferentes grados de control societario, los cuales se pueden resumir en los siguientes:³⁵

1. Control constituido por la titularidad de la totalidad del capital social
2. Control mayoritario o de voto, que ostentan los titulares de las acciones que poseen la mayoría de las acciones con derecho a voto en la asamblea de accionistas.
3. Control minoritario efectivo, que es el que ejerce un tenedor de un bloque de acciones que lo faculta para dirigir efectivamente la sociedad, dada la dispersión de los restantes accionistas.
4. El denominado *management control* que faculta a los directivos de la sociedad

31 CACHÓN BLANCO, José E. Ob. Cit. Citado por COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 29

32 HERMOSILLA MARTÍN, Ramón. La Luchas por el Control en las Grandes Sociedades Anónimas. Citado por COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 29

33 COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 29

34 DUQUE DUQUE, Juan A. El Control de las Sociedades por Participación en el Capital Social. En http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%204.pdf.

35 Sobre este tema Cf. WEINBERG BLANK. Takeovers and mergers. P. 71. Citado por COLE HERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. P. 30.

para mantener el control cuando el accionariado está ampliamente disperso e inerte.

los miembros del órgano de administración de la sociedad.”

EL CONTROL EN COSTA RICA

De la regulación de las OPAS se evidencia que el tema del control tiene una relación directa con el grado de participación accionaria de una persona, una sociedad o un grupo de interés económico en una sociedad. Sin embargo, en tal caso, corresponde al legislador determinar cuando se produce una toma de control y para ello se elabora el concepto de participación significativa que analizaremos más adelante.

En relación con el tema de control en las sociedades, no se encuentra en nuestras normas mercantiles regulación alguna sobre el tema.

Así por ejemplo, en el caso de España el Reglamento de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores, Real Decreto 1066/2007 del 27 de julio del 2007 dispone:

De la lectura de la normativa en materia de OPAS, podría concluirse que el espíritu de la misma es relacionar la oferta pública de adquisición como un instrumento para la adquisición del control de las sociedades cuyas acciones se cotizan en bolsa.

“A los efectos del presente Real Decreto se entenderá que una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, una participación de control de una sociedad cuando se dé uno de los siguientes supuestos:

Ahora bien, la regulación en la materia, como indicamos líneas atrás, no contiene una definición clara de cuándo se adquiere el control de una compañía. Podría interpretarse que, al fijar los porcentajes de participación significativa a partir de los cuales resulta obligatorio promover una OPA, para el interesado en adquirir esos porcentajes, indirectamente se está definiendo cuándo se considera de conformidad con nuestra legislación que se adquiere una participación de control.

a) Cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100; o bien,
b) Cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los 24 meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, en los términos del artículo 6, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubiera designado, representen más de la mitad de

En este sentido, el artículo 36 de la LRMV dispone que quien pretenda adquirir un volumen de acciones y alcanzar así una participación significativa en el capital social, la cual será definida reglamentariamente, deberá promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos los tenedores de acciones de esta sociedad.

Por su parte el artículo 80 del ROPV establece cuáles son esas participaciones significativas, en los siguientes términos: *“Para la aplicación de este Título se entenderá por participación significativa aquella que represente un porcentaje igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital en circulación y con derecho a voto de la sociedad afectada.”*

No obstante lo anterior, consideramos que la definición de un porcentaje no debe ser el único elemento a considerar para determinar cuándo se adquiere el control de una sociedad, por cuanto cada sociedad presenta una realidad diferente de modo que el porcentaje de participación que en una determinada sociedad permita tener el control en la toma de decisiones de la misma, podría no ser suficiente para ejercer el control en otra.

Es por esta razón que creemos que la normativa en la materia debería precisar con mayor detalle el tema del control en las sociedades, especialmente en las sociedades cotizadas donde, precisamente, la razón de ser de mecanismos como la oferta pública de adquisición es proteger a los accionistas minoritarios, es decir, aquellos que no ostentan el control de la compañía.

CAPÍTULO CUARTO

CASO ARCEOR MTTI. OPA ARCELOR MITTAL

Mittal Steel es la compañía productora de acero más grande del mundo, fundada en 1989 y cuyo capital es de procedencia, principalmente, londinense, hindú y estadounidense.³⁶ Precisamente esta compañía se ha formado mediante la unión de muchas acereras, lo que la ha ayudado siempre a crear negocios rentables en países no considerados como lugares importantes de inversión. Mittal Steel compra empresas del acero en mala situación o quiebra para, posteriormente, reconvertirlas.

Por su parte, Arcelor fue fundada en el año 2002 y era la segunda productora de acero más grande del mundo surgida de la fusión de las tres siderúrgicas más antiguas de Europa: la española Aceralia, la luxemburguesa Arbed y la francesa Usinor.

En el año 2006 Mittal lanzó una OPA hostil sobre las acciones de Arcelor, lo cual, evidentemente, no fue bien recibido por la sociedad target. Luego de haber subido el precio de su primer oferta un 45% finalmente y luego de muchas ofertas Mittal Steel logro hacerse con Arcelor mediante una OPA por 33.1 billones de dólares (26.5 billones de Euros). Mittal terminó pagando €40.37 por

36 Cf. <http://www.arcelormittal.com/index.php?lang=en&page=15>

acción, casi el doble de lo que había ofrecido inicialmente en el mes de enero del 2006.

Sin embargo, a pesar que el resultado final fue la realización de la compra en el proceso se dieron una serie de trabas, que evidencian que en estos procedimientos, influyen muchos más elementos que las meras regulaciones:

Según se describe en un artículo del New York Times:³⁷ *“Getting to this point has involved a bruising fight for both sides. Mittal first made an unexpected €18.6 billion offer for Arcelor in January, and was swiftly and harshly rebuked by Arcelor management and a chorus of European politicians who criticized everything from his grammar to his Indian origins to the quality of his company's steel. Arcelor's bare-knuckled defense strategy included refusing to meet with Mittal until a string of demands were met, and simultaneously orchestrating a €13 billion deal with Severstal of Russia to keep him away. (Llegar a este punto significó una fuerte batalla por ambos bandos. Mittal inicialmente hizo una inesperada oferta de 18.6 billones de Euros por Arcelor en enero, y fue combatida por la administración de Arcelor y un coro de políticos europeos que criticaron todo, desde su gramática hasta sus orígenes hindúes y la calidad de sus productos...”*³⁸

Igualmente podemos citar este artículo que evidencia los fuertes enfrentamientos

en relación con esta OPA: “Como era de esperar, esta opa ha producido rechazo y preocupación, especialmente en los países que integran Arcelor, que son, como es sabido, Luxemburgo, Francia y España. Sólo en nuestro país Arcelor cuenta con 18 plantas, situadas en Asturias, País Vasco, Navarra, Zaragoza, Valencia y Madrid. Con escasos días de diferencia, que Francia se había mostrado hostil a la opa, las cosas parecen cambiar, pues el ministro francés de Industria, Francois Loos, quien manifestó que “Francia no es favorable a la opa” fue corregido por el ministro de Economía, Thierry Breton, quien dijo que “son los accionistas quienes deben decidir sobre la opa y no el Estado”.

Este cambio de actitud parece que se debe a una inminente emisión económica a India, que estará dirigida por el presidente de la República, Jacques Chirac. De momento, como era de esperar, Arcelor ha decidido plantarse frente a esta opa hostil. Ha recomendando a sus accionistas no acudir a esta opa. De tener éxito, el grupo resultante sería tres veces mayor que su competidor más próximo, que es la japonesa Nippon Steel, que produjo 32,4 millones de toneladas en 2004.

Según los dirigentes de Arcelor, Mittal Steel no comparte la misma visión estratégica, ni el mismo modelo de desarrollo, ni los mismos valores y , además, esta operación podría tener graves consecuencias, tanto para

37 <http://www.nytimes.com/2006/06/25/business/worldbusiness/25iht-steel.html>

38 <http://www.nytimes.com/2006/06/25/business/worldbusiness/25iht-steel.html>

los accionistas, como para los empleados y clientes. Por su parte, el ministro español de Economía y Hacienda, Pedro Solbes, se ha mostrado en contra de la opa y partidario de alinearse con los otros dos países implicados.

El grupo siderúrgico europeo estudia posibles salidas a la oferta de Mittal, como puede ser configurar una alianza internacional con compañías situadas fuera de la Unión Europea, como podría ser Nippon Steel. Esta salida no parece fácil, pues exige la complementariedad del nuevo socio con el modelo económico de Arcelor, que se basa en una producción de alto valor añadido. Conviene tener presente que el sector del acero se encuentra muy atomizado, como lo prueba el hecho de que Mittal y Arcelor apenas suman el 10% de la producción mundial. Y esto después de un largo proceso de alianzas y absorciones.

Y, ¿qué dice Europa? Italia y Alemania no dicen nada. El Reino Unido denuncia con virulencia el proteccionismo. Y, mientras, una empresa familiar india, con sede en Holanda, pretende comprar una de las joyas de la industria tradicional europea. Si el Viejo Continente no reacciona, Arcelor será otra empresa más, dentro de las que pasan a manos de nuevos países industrializados.”³⁹

Asimismo, cabe destacar algunas declaraciones del Presidente del Principado de Asturias sobre el tema: “El presidente del Principado de Asturias, Vicente Alvarez

Areces, defendió la participación activa de las instituciones públicas en el proceso de la OPA de Mittal sobre Arcelor, aunque subrayó que el funcionamiento "lógico" del mercado es que sean los accionistas quienes tengan la última palabra.

En declaraciones a Europa Press, Areces afirmó que gobiernos como el suyo "tienen que tomar una posición activa para la defensa de los intereses generales de la Comunidad y la pervivencia del empleo, asegurarse las inversiones y el futuro de las instalaciones", si afirmó que "es el funcionamiento lógico de las empresas y el mercado el que hace que los que tengan la última palabra sobre el proceso sean los accionistas". El presidente asturiano resaltó la relación existente con Arcelor, en la que los agentes sociales son "interlocutores en la formulación del futuro de las empresas". Según explicó, se trata de "un modelo social donde las organizaciones sindicales buscan siempre el marco de negociación de la empresa; es un modelo muy identificado con lo que se puede llamar cultura industrial europea", dijo.

"Nosotros (el Gobierno asturiano) hemos mantenido con Arcelor una actitud institucional hasta ahora muy respetuosa y ha sido recíproca", y recordó que el Ejecutivo Regional ya se ha reunido en varias ocasiones tanto con el presidente de la empresa Joseph Kinsh, y el consejero delegado, Guy Dollé, como con las autoridades luxemburguesas y

*comunitarias, que también se han desplazado al Principado.*⁴⁰

OPAS EN COSTA RICA

En nuestro país, a partir del año 2006 se ha presentado movimiento en el segmento de ofertas públicas de adquisición. En estos últimos años se han desarrollado cuatro OPAS, a saber:

OPA Mabe- Atlas
 OPA Scotiabank- Interfin
 OPA Aliaxis- Durman Esquivel
 OPA Citibank- Cuscatlan

De los cuatro procedimientos de oferta pública de adquisición mencionados, cabe destacar las siguientes conclusiones:⁴¹

- Ha habido un criterio abierto en cuanto a la garantía, por cuanto la Superintendencia ha valorado en cada caso la garantía propuesta, no limitándose a exigir lo establecido en el ROPV.
- Solamente en uno de los casos se tuvo conocimiento de acuerdos previos entre la sociedad oferente y la sociedad afectada.
- Una carencia del sistema de OPAS en nuestro medio es que no incluye posibilidad de ejercer un trabajo coordinado con la Comisión para Promover la Competencia,

de manera que se pueda ejercer un control ex ante de posibles efectos negativos de la adquisición en relación con materia de competencia en un determinado sector de mercado.

- Las cuatro OPAS culminaron exitosamente, lográndose adquisiciones alrededor del 99% en todos los casos
- Después de completadas las OPAS se procedió a des-inscribir a las sociedades como emisores de acciones, por lo que el mercado de OPAS es aún más limitado en la actualidad.

CONCLUSIÓN

En el desarrollo del presente trabajo, pudimos apreciar como las Ofertas Públicas de Adquisición, han sido un instrumento fundamental en el fenómeno de las expansiones empresariales.

Si bien en nuestro país el desarrollo de este instrumento ha sido escaso, lo cierto es que es un fenómeno del cual no podemos abstraernos en un mundo comercial tan complejo e internacionalizado como en el que vivimos.

De lo investigado se concluye, en primera instancia, que el análisis de esta figura no puede hacerse únicamente desde la perspectiva de operación bursátil, sino que

⁴⁰ <http://www.lukor.com/not-neg/empresas/portada/06050410.htm>

⁴¹ CHAVES SALOMÓN, Geanina. Ofertas Públicas de Adquisición. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: San José, Costa Rica, 2009. Pp. 91-98

debe tenerse presente que nos encontramos frente a un fenómeno complejo con implicaciones en diferentes áreas del ámbito jurídico así como en los campos económico y social, pues no solo tiene relación con el derecho societario sino que sus implicaciones se dimensionan incluso en el plano económico y social como consecuencia de la integración de empresas.

Por otra parte, en el análisis de la normativa de Ofertas Públicas de Adquisición en nuestro país, así como en el estudio de otras fuentes relacionadas con el tema se evidenció que uno de los principales objetivos de este procedimiento es la protección del accionista minoritario y que, el camino a recorrer en esta materia es muy largo, siendo que en nuestro medio la experiencia que tenemos es muy poca.

Con el presente trabajo se pretendió, precisamente, estudiar las nociones generales de la oferta pública de adquisición. Para estos efectos, en un primer apartado se hizo una breve reseña de los conceptos fundamentales en materia de OPAS a fin de dotar al lector de un marco teórico que le permita una mejor comprensión del tema.

Posteriormente, se analizaron las diferentes regulaciones en nuestro medio y el procedimiento establecido para la realización de una OPA, a fin de determinar el marco legal actual en la materia.

Asimismo, se analizó un concepto fundamental en relación con el tema de ofertas públicas de adquisición cuál es el concepto de control, lo cual denota que nuestra legislación aún presenta una serie de carencias que permitan un mejor manejo de la figura.

Finalmente se hizo referencia a algunos casos prácticos de OPAS, con el fin de dotar al lector de un mejor entendimiento del funcionamiento en la realidad de este instrumento de adquisición de control societario.

La presente investigación es corta y no pretende ser exhaustiva. Es un tema fascinante y de mucha actualidad, sobre el que sería deseable en algún momento profundizar. Por ahora, esbozamos una pincelada de la regulación que sobre OPAS en nuestro país a fin de sentar una base para futuras investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- DE CÁRDENAS SMITH, Carlos. Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición. Madrid, España: Editorial Civitas, 1993
- FERNÁNDEZ CANTO, Javier y otros. Las Ofertas Públicas de Adquisición. En <http://books.google.co.cr/books?id=PiDExy0Fd3wC&pg=PA117&dq=Ofertas+P%C3%BAblicas+de+Adqu>

isici%C3%B3n#v=onepage&q=Ofertas%20P%C3%BAlicas%20de%20Adquisici%C3%B3n&f=false

- GARCÍA DE ENTERRIA, Mercado de Control, Medidas Defensivas y Ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs, Madrid, España: Civitas Ediciones, S.L., 1999
- HERNÁNDEZAGUILAR, Álvaro. Derecho Bursátil: Mercado de Valores. Tomo I. San José, Costa Rica: IJSA, 2002.
- VALENZUELA GARACH, Fernando. La Información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores. Madrid, España: Editorial Civitas, 1993.

Tesis:

- CHAVES SALOMÓN, Geanina. Ofertas Públicas de Adquisición. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: San José, Costa Rica, 2009.
- COLE HERNÁNDEZ, María José. Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: San José, Costa Rica, 1999.
- CORDERO BALODANO, Hernán. Alcances y Consecuencias de rivadas de

la Ley de Oferta pública de Adquisición y su Reglamento. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica: San José, Costa Rica, 2000.

Revista:

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "El Debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil". Noticias de la Unión Europea. No. 285. España, Octubre 2008.

Sitios de Internet:

- <http://en.wikipedia.org/wiki/Takeover>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/64/art/art5.pdf>
- <http://www.bolsamadrid.es/esp/bolsamadrid/cursos/dicc/o.asp>
- <http://www.sugeval.fi.cr/esp/serinv/serglosario2.html>
- Bolsa Nacional de Valores, Dirección de Asesoría Legal. Dictamen AL-099 -01 2001. Tomado de <http://www.bnv.co.cr/documentos/dictamenesLegales/2001/AL-099-01%20OFERTAS%20PUBLICAS%20DE%20ADQUISICION.doc>
- <http://www.wisegEEK.com/what-is-a-takeover-bid.htm>
- http://www.terra.cl/finanzas/index.cfm?pag=bolsa&id_reg=478991
- http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/l26012a_es.htm

- DUQUE DUQUE, Juan A. El Control de las Sociedades por Participación en el Capital Social. En http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/univ_est/pdfs/cap.%204.pdf
 - <http://www.lukor.com/not-neg/empresas/portada/06050410.htm>
 - <http://www.arcelormittal.com/index.php?lang=en&page=15>
 - <http://www.nytimes.com/2006/06/25/business/worldbusiness/25iht-steel.html>
 - <http://www.americaeconomica.com/numeros4/357/reportajes/arruti357.htm>
- Leyes:**
- Costa Rica. Ley Reguladora del Mercado de Valores. Ley No. 7732 del 17 de diciembre de 19.
 - Costa Rica. Reglamento de Oferta Pública de Valores. Publicado en La Gaceta No. 88 del 9 de Mayo del 2006.
 - Reino de España. Ley del Contrato de Seguro. Ley 50 de 8 de octubre de 1980, España.
 - España. Ley del Mercado de Valores No. 24 del 28 de Julio de 1988.
 - Unión Europea, Directiva 2004/25/CE

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Lic. José María Pacheco Fonseca

Generalidades

1.1 Las Franquicias

La palabra “Franchise” en inglés, o “franquicia”, históricamente ha sido sinónimo de privilegio, de un derecho conferido.¹ El uso de términos en el idioma inglés es común en materia de franquicias, pues el instituto jurídico de la franquicia tiene su origen en el derecho sajón. Este instituto sajón se ha tropicalizado por los ordenamientos jurídicos del derecho civil, y consecuentemente mucha de su terminología se ha importado.

La franquicia es una figura económica, un tipo de negocio, que se materializa mediante un *contrato de franquicia*. Esta figura transmite al franquiciado una *estrategia de mercado*, es decir, una receta probada para el éxito de su negocio, procurando la difusión de productos o servicios que el franquiciante es especialista en comercializar, sin que este segundo pierda el control de la distribución de los mismos, así como la forma en que se presentan al público.²

Esta receta, que hemos mencionado, conlleva la puesta en operación por parte

del franquiciado, de una serie de prácticas que el franquiciante ha desarrollado, aprovechándose de un complejo sistema de distribución y comercialización que el franquiciante pone a disposición del franquiciado, para que este venda o produzca mercaderías o servicios de una forma particular, y las comercialice bajo la marca de la franquicia.³ Quizá lo más importante para el franquiciado es que las prácticas empresariales que queda obligado a seguir son probadas, de tal suerte que han funcionado exitosamente en otros lugares, a menudo a nivel global, y por esto aunque no son garantía del éxito del negocio, son al menos garantía de que el proceso funciona. También le permiten al franquiciado comercializar una marca que, a menudo, ya tiene reconocimiento del consumidor en el mercado, evitando que el franquiciado deba hacer estragos para posicionarse en la mente del consumidor en el mercado.

Las franquicias son hoy por hoy una figura importante en el mercado de los bienes y servicios, manifestándose en tan diversos mercados y clases de productos como los de comidas rápidas, vestimenta, peluquerías, oficinas de abogados, y muchísimas más.⁴

1 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 178.

2 FARINA, Juan. “Contratos Comerciales...” P457

3 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

4 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Lic. José María Pacheco Fonseca

Generalidades

1.1 Las Franquicias

La palabra “Franchise” en inglés, o “franquicia”, históricamente ha sido sinónimo de privilegio, de un derecho conferido.¹ El uso de términos en el idioma inglés es común en materia de franquicias, pues el instituto jurídico de la franquicia tiene su origen en el derecho sajón. Este instituto sajón se ha tropicalizado por los ordenamientos jurídicos del derecho civil, y consecuentemente mucha de su terminología se ha importado.

La franquicia es una figura económica, un tipo de negocio, que se materializa mediante un *contrato de franquicia*. Esta figura transmite al franquiciado una *estrategia de mercado*, es decir, una receta probada para el éxito de su negocio, procurando la difusión de productos o servicios que el franquiciante es especialista en comercializar, sin que este segundo pierda el control de la distribución de los mismos, así como la forma en que se presentan al público.²

Esta receta, que hemos mencionado, conlleva la puesta en operación por parte

del franquiciado, de una serie de prácticas que el franquiciante ha desarrollado, aprovechándose de un complejo sistema de distribución y comercialización que el franquiciante pone a disposición del franquiciado, para que este venda o produzca mercaderías o servicios de una forma particular, y las comercialice bajo la marca de la franquicia.³ Quizá lo más importante para el franquiciado es que las prácticas empresariales que queda obligado a seguir son probadas, de tal suerte que han funcionado exitosamente en otros lugares, a menudo a nivel global, y por esto aunque no son garantía del éxito del negocio, son al menos garantía de que el proceso funciona. También le permiten al franquiciado comercializar una marca que, a menudo, ya tiene reconocimiento del consumidor en el mercado, evitando que el franquiciado deba hacer estragos para posicionarse en la mente del consumidor en el mercado.

Las franquicias son hoy por hoy una figura importante en el mercado de los bienes y servicios, manifestándose en tan diversos mercados y clases de productos como los de comidas rápidas, vestimenta, peluquerías, oficinas de abogados, y muchísimas más.⁴

1 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 178.

2 FARINA, Juan. “Contratos Comerciales...” P457

3 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

4 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

1.2. El Desarrollo Histórico de la Franquicia

Para analizar cualquier instituto jurídico desde un punto de vista histórico siempre debemos partir de que el desarrollo del mismo se va a encontrar ligado al desenvolvimiento del tráfico económico que resulte de la época. Es decir, los institutos jurídicos van a nacer y desarrollarse según las necesidades de la economía. Las franquicias no son una excepción de lo anterior, pues surgen como una respuesta a climas de economía interna no favorables, que hacen que las empresas tengan necesidades de expansión procurando conquistar nuevos mercados.”⁵

En el periodo posterior a la guerra civil Estadounidense, ante la reconstrucción de dicho país, el sector industrial de los Estados Unidos enfrentó dificultades para ampliar sus negocios hacia el sur y oeste del país, de forma directa y con su propio capital. Para penetrar estos mercados los industriales comenzaron a ayudarse de viajeros y comerciantes que tenían disposición de arriesgar su propio peculio para ventas de productos que ya estaban posicionados en la psiquis del mercado.⁶ Es así como se empezaron a concesionar derechos para vender estos productos, que los pequeños empresarios mencionados distribuían a lugares más lejanos de la urbe de los Estados

Unidos mediante la puesta en marcha de ventas ambulantes en carretas.

Con el aceleramiento de la globalización, las empresas se vieron forzadas a buscar formas de obtener ventajas competitivas, desviando recursos a la penetración de mercados extranjeros para vender y dar servicios a más personas, y comenzaron a desarrollar estrategias de penetración de esos mercados extranjeros. Allí surgen los negocios de franquicias, que resultaron ser una alternativa para las industrias en su esfuerzo de encontrar canales de distribución internacionales para sus productos.”⁷ Estos surgieron primero dentro de los Estados Unidos y se extendieron después a otros países como Canadá, Japón y países europeos.⁸

Las franquicias crecieron rápidamente. En los años 50 habían 100 franquiciantes en los Estados Unidos, que generaban un aproximado de 100,000 franquicias. Por allí de los años 70's este número se había multiplicado, existiendo al rededor de 1,500 franquiciantes y 500,000 franquicias, dando empleo a 4 millones de personas.⁹

Es así como las franquicias se volvieron la “nueva forma de hacer negocios”, partiendo de una idea exitosa y multiplicándola al rededor de la orbe. Las empresas se expandieron por

5 GALLEGO, Esperanza, “La Franquicia.” Pág. 20

6 JIMENES, Fabio; FUENTES, Bernal. Op. Cit. Pág. 47

7 LÓPEZ GUZMÁN, FABIÁN. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 109.

8 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 110.

9 PÉREZ, Victor. “La Regulación...” Pág. 1.

el mundo utilizando esta novedosa forma de inversión, haciéndose cada vez más popular y convirtiéndose en uno de los negocios más rentables del mundo.¹⁰

Hoy por hoy es difícil imaginarse el mundo sin franquicias, pues están por todas partes, donde sea que vayamos, y a menudo son los modelos de comercialización de las marcas más emblemáticas del mundo globalizado.

1.3. El Contrato de Franquicia - Generalidades

El contrato de franquicia es atípico y se encuentra en constante transformación. Por esto, al definirlo debemos tener en cuenta que cualquier generalización que hagamos puede ser objeto de cambio en el futuro cercano.¹¹

Carolina Flores Bedoya nos introduce a la noción de franquicia de la siguiente forma:

“Como primera aproximación se puede afirmar que el contrato de franquicia comercial o franchising es un contrato de colaboración empresaria, por medio del cual una de las partes llamada el franquiciante autoriza el uso de su marca y know-how, asistiendo y controlando al franquiciado en la producción o distribución de bienes o servicios, a cambio de una prestación dineraria.”¹²

En este sentido podemos extraer algunos elementos importantes:

- a. Es un contrato de colaboración, es decir, es un contrato con un elemento asociativo importante. No es una mera distribución de un producto.
- b. El franquiciante pone a disposición del franquiciado una serie de bienes inmateriales, entre ellos una licencia para el uso de su marca o nombre comercial; y su conocimiento, o “know how”.
- c. El franquiciado remunera al franquiciante con una contraprestación económica.

Es así como el franquiciado hace sus negocios bajo un nombre comercial de reconocimiento y renombre, empleando los métodos y procesos del franquiciante, y haciendo el franquiciado una inversión económica con sus propios recursos.¹³ El franquiciante le proporciona al franquiciado la receta, el know how, el método, la organización estructural, y las mejores prácticas para comercializar el producto o servicio,¹⁴ y el franquiciado emplea ese know how (saber cómo, o lo que los franceses han denominado también savoir faire, o saber hacer), y acta las directivas y la orientación del franquiciante, para repetir el éxito que se ha generado en la comercialización anterior del producto.¹⁵

10 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 110.

11 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

12 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

13 FARINA, Juan. “Contratos Comerciales...” Pág. 452

14 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

15 KEMELMAJER. Pág. 415

*“El franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos primordiales; una determinada técnica empresarial (know-how) y por otro lado una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado, con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado.”*¹⁶

Es así como surgen dos partes, el franchisor (o franquiciante), que es quien tiene el know how y la marca; y el franchisee (o franquiciado) que es quien paga por utilizar ambas y aprovecharse de ellas para comercializar los productos.¹⁷

Lo anterior genera ahorros al franquiciado, pues no debe realizar estrategias de mercado, estudios de penetración del mercado, o generar sus propios procesos, y adquiere, por virtud del contrato, toda la experiencia del franquiciante, disminuyendo el riesgo que conlleva la relativa inexperiencia que el franquiciado hubiese tenido si comienza el negocio de buenas a primeras.

Se dice entonces que el contrato de franquicia es *“Un contrato atípico no regulado en nuestros ordenamientos en el que al franquiciado (franchisee), se concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en*

*la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial de franchisor, opera con base en un plano o sistema de marketing establecido en gran parte por el franchisor. Debe pagar directa o indirectamente una franchise fee. Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del franchisor, a través de una unidad o imagen y de permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.”*¹⁹

De ahí la importancia trascendental del llamado know how, que es mucho más que mero conocimiento, pues es conocimiento que tiene un valor comercial. Puede ser o no un secreto empresarial, y también puede ser o no objeto de patente. Lo cierto es que cualquier consejo de negocios puede ser considerado know how, y si alguien está dispuesto a pagar por él es objeto de ser licenciado. En la franquicia el know how está ya comprobado por el franquiciante.²⁰

Habiendo hecho este preámbulo, podemos indicar que en un contrato de franquicias subyacen dos elementos subjetivos y tres elementos objetivos. Los elementos subjetivos son las dos partes, el franquiciante y el franquiciado. Los elementos objetivos serán, la licencia de marca comercial, industrial o de servicios (nombre comercial), el know

16 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.10.

17 FARINA, Juan. Op Cit. Pág. 450

18 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

19 PÉREZ VARGAS, Victor. “Contratos de...” Pág. 106

20 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 762.

how, es decir la asistencia y los concimientos técnicos, y la contraprestación económica, la cual es comúnmente denominada regalía o royalty.²¹

Caracterizan la franquicia, como veremos más adelante, su autonomía, el ser un contrato de cooperación, usualmente intuitu personae, por lo general de adhesión, concesual, bilateral, oneroso, uniforme y de tracto sucesivo.²²

En California, que ha regulado de forma detallada esta figura contractual, se han exigido los siguientes elementos para considerar que se está en presencia de un contrato de franquicia: *“1) El otorgamiento del derecho al franquiciado de involucrarse en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios. 2) Otorgamiento del derecho al franquiciado de involucrarse en el negocio bajo un plan de mercadeo o un sistema proporcionado en parte sustancial por el franquiciante. 3) La operación del negocio franquiciado debe estar asociada en forma sustancial con un símbolo comercial que haga referencia al franquiciante o a un afiliado de éste, por ejemplo una marca, marca de servicio, nombre comercial o logotipo. 4) El franquiciado debe estar obligado a pagar, directa o indirectamente, una cuota conocida como cuota de franquicia, por concepto de derecho de entrada al negocio.”*²³

2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

2.1. Características

Recordemos que el contrato de franquicias se utiliza para comercializar productos y servicios diversos. En este sentido, no encontraremos sus características en los negocios subyacentes que son objeto de dichos contratos. Las características serán del contrato en sí. Podemos decir que el Contrato de Franquicias es:

- 1) Bilateral: Esto por cuanto se dan obligaciones recíprocas entre los contratantes. Uno de ellos adquiere la obligación de transmitir el know how y facilitar el uso del nombre comercial, y la otra de utilizar el know how en la forma proporcionada por la otra y pagar los royalties.²⁴
- 2) Consensual: Esto al ser producto del acuerdo de voluntades sin requerir formalidades adicionales.²⁵
- 3) Oneroso: Esto por tener una contraprestación económica, siendo que ambas partes buscan generar una ganancia al suscribirlo.²⁶
- 4) Principal: No se encuentra supeditado a la realización de otro acto jurídico, pero sí se

21 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.8.

22 GONZÁLEZ, Adriana; MONCADA, Indiana. “El contrato...” Pág. 18.

23 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.12.

24 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

25 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

26 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

ejecuta a través de una serie de contratos y actos accesorios, como podría ser la licencia de uso de marca, la transmisión del know how, y el pago.²⁷

5) Atípico: Esto por cuanto en Costa Rica no se encuentra regulado en la Ley y es más bien celebrado al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes.²⁸

6) De ejecución sucesiva (o en tramos): Esto por cuanto no se ejecuta en un instante, como por ejemplo la compraventa, sino más bien las obligaciones de las partes se deben ir ejecutando en el tiempo. Por ejemplo las regalías se pagan de forma periódica y la licencia de uso de marca se otorga por el plazo del acuerdo. Su cumplimiento se da en el tiempo, sea este un plazo fijado por las partes o un plazo indeterminado.²⁹

7) Intuitu Personae: Esto por cuanto al momento de su celebración, tanto el franquiciante como el franquiciado toman en cuenta, como elemento esencial de su voluntad, las cualidades y características de cada una de ellas. Por una parte, el franquiciante busca dar sus franquicias a personas que cumplan con ciertos perfiles específicos, tanto financieros como personales, y el franquiciado busca

la experiencia del franquiciante, que le es exclusiva a su persona.³⁰

8) De Colaboración Empresarial: Esto por requerirse de la cooperación del franquiciante y el franquiciado para su ejecución. Se dice que se genera entre las partes “un clima de confianza y mutua colaboración, que se traduce en una especie de sinergia sobre la actividad comercial de distribución.”³¹ Dice Jorge Enrique Romero que “La franquicia es de colaboración comercial, en ella el *franchisor* (*franquiciante*) impone las condiciones al *franchisee* (*franquiciado*).³² Este tipo de contrato permite crear un sistema, red o cadena de aparentes sucursales, ya que cada establecimiento de la cadena es un negocio autónomo de cada franquiciado.” Dice Esperanza Gallego que “Se ha señalado ya la doble consideración a que debe ser sometido el contrato de franquicia: no es tanto factor de intercambio de prestaciones como relación de colaboración informada por un interés común y dirigida a una finalidad única: la distribución del producto o servicio objeto del mismo.”³³

9) Transmisión de Conocimiento: Aunque no exclusivo al contrato de franquicias, una característica esencial del mismo es que conlleva una transmisión de conocimiento. La

27 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

28 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

29 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

30 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

31 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

32 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

33 GALLEGO, Esperanza. Pág. 28

transmisión de conocimiento es un elemento diferenciador del contrato de franquicia, sin embargo dice Fabián López Guzmán que, “No obstante, de este punto se ha apartado un sector de la doctrina, puesto que considera que tanto el know how como el good will son también elementos comunes a los contratos de agencia y no disociadores.”³⁴

Existen algunos elementos incidentales del contrato que suelen darse o preverse. La omisión de estos pactos no implica que no existe un contrato de franquicia, pero es usual en la industria que los mismos estén contemplados entre los acuerdos franquiciante/franquiciado. Es usual pactar por ejemplo, exclusividad territorial para una zona determinada, condiciones bajo las cuales se pueden o no establecer sub-franquicias (aquellas que otorga el franquiciado o un tercero), plazo, condiciones u objetivos mínimos a lograr en plazos determinados (por ejemplo ventas mínimas para mantener la franquicia, apertura mínima de locales dentro de la zona de exclusividad, etc), fijación del precio de los bienes o servicios a comercializar, obligaciones para el franquiciado de seguir las instrucciones del franquiciante (know how) al pie de la letra, y forma de fijación de las regalías.³⁵

2.2. Ventajas del Contrato

El contrato de franquicias presenta una serie de ventajas económicas respecto a las partes que lo suscriben, sobre otras figuras de distribución. Estas ventajas no son solo para el franquiciante, sino también para el franquiciado e incluso el consumidor.

Como hemos dicho, el ser dotado de una amplia experiencia desde el día uno le genera una gran ventaja al franquiciado, pues no requiere experimentar para lograr llegar a procesos optimizados. Esto le permite a una empresa relativamente pequeña ofertar productos de calidad estandarizada al mercado sin los traspies de la inexperiencia.

Dice Fabián López Guzmán que, *“En una economía de libre mercado, la competencia económica es un principio de obligatorio cumplimiento; sin competencia económica no hay desarrollo, la industria permanece en un completo marasmo y al consumidor no se le ofrecen bienes y servicios de óptima calidad. El sistema de franquicias aumenta la competitividad empresarial y les permite a las pequeñas y medianas empresas acceder a marcas y productos de buen nivel empresarial y competitivo.”*³⁶

34 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 133.

35 FARINA, Juan. Op. Cit. Pág. 249.

36 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 144.

Algunos autores han afirmado que esta modalidad contractual le permite a los franquiciados tener “*éxito asegurado*”, sin embargo no podemos estar de acuerdo con esta apreciación. Lo cierto es que no existe tal éxito asegurado. Lo correcto es hablar de un éxito probable o altamente probable. Es mucho más fácil lograr el éxito del negocio, pues se cuenta con experiencia y planes de mercadeo que han funcionado en otros lugares, y la complejidad de reproducir ese éxito es relativamente menor a la complejidad de generarlo a partir de la nada. También, al ser las franquicias objeto de marcas y nombres comerciales conocidos, el franquiciado puede penetrar el mercado con un nombre ya establecido, sin necesidad de realizar mayor esfuerzo que el de mantenerlo. A pesar de esto, ningún éxito es asegurado en los negocios.

Otra de las ventajas que presenta el contrato de franquicias, respecto a un contrato de distribución común, es que el franquiciado se puede aprovechar de la inversión publicitaria cuantiosa que realiza el franquiciante, así como aquella inversión en publicidad que realizan otros franquiciados que comercializan los mismos productos u servicios del franquiciante. Esto permite un ahorro para el franquiciado, pues se aprovecha de muchísima más inversión publicitaria que aquella que genera por sí mismo.³⁷

Respecto al franquiciante, se da un mejoramiento de la distribución de los bienes o servicios que le son propios, pues no es necesario para el franquiciante invertir y arriesgar más capital o recurrir a endeudamiento, permitiendo obtener altos ingresos con menores costos y capital invertido.³⁸

Para el consumidor hay ventajas también. La primordial de ellas es “la expectativa de contar a su alcance, con servicios cuya modalidad y calidad le son conocidos de antemano.”³⁹ Es decir, el consumidor puede acceder a un negocio y esperar un estándar de calidad conocido, sin necesidad de experimentar y arriesgarse a obtener un producto o servicio deficiente.

2.3. Riesgos del Contrato

Si bien es cierto que el contrato de franquicias procura una reducción de los riesgos para el franquiciado, existe un riesgo empresarial propio de cualquier negocio que no puede ser eludido.⁴⁰ En términos generales, los riesgos más comunes en el contrato de franquicia vienen del uso incorrecto o inadecuado del know how por parte del franquiciado. Dice Esperanza Gallego que, “*por lo general, hay un cierto riesgo de actuación incorrecta por parte del franquiciado en detrimento del franquiciante, o de otros miembros de la*

37 KEMELMAJER. Op Cit. Pág. 416.

38 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

39 KEMELMAJER. Op Cit. Pág. 416.

40 GALLEGO, Esperanza. Pág. 36

red.”⁴¹ Esto por cuanto también, el error o la actuación incorrecta de un solo franquiciado puede afectar la imagen de toda la franquicia, en detrimento de los otros franquiciados. En este sentido hay un riesgo propio de actos ajenos que no es común en otro tipo de negocios.

También, en las franquicias internacionales, hay riesgos propios de las legislaciones particulares de cada país, que pueden aminorar los beneficios de todo el know how de las franquicias. Por ejemplo, puede ser un elemento importante de know how de una franquicia de alimentos la forma de presentar el exterior de un restaurante o establecimiento, sin embargo en Europa hay leyes que pueden impedir, por motivos urbanísticos, la aplicación de estas disposiciones. Esto conlleva un riesgo sin duda, pues la franquicia depende de su uniformidad y además, forma parte del know how del franquiciante, la presentación estética exterior de los establecimientos, la cual ya ha funcionado antes con éxito. Sin embargo, estos riesgos por lo general se ven acolchonados al poner en la balanza el paquete general de mercadeo de la franquicia. También existen riesgos propios de sentimientos nacionalistas de ciertos países contra negocios globalizados o contra otros países en particular. En México e India se ha dado resistencia a aceptar marcas globales.⁴²

Además, se corre el riesgo de que ciertos símbolos empleados por la franquicia no sean de entendimiento o aceptación universal. Por ejemplo, el “Colonel” Sanders de Kentucky Fried Chicken fue objeto de objeciones en Alemania, donde la palabra “Colonel” alude al ejército Norteamericano, que no es de agrado de los Alemanes. En los años 70, cuando “Kentucky Fried Chicken” fue introducido al mercado costarricense, se le llamó “Pollo Frito de Kentucky” en lugar de su nombre común en inglés, aunque en otros países latinoamericanos no se procedió de la misma forma. Estas medidas son empleadas para aminorar el rechazo de las particularidades de cada país o región.⁴³

3. Diferencias entre el contrato de franquicia y otros contratos similares

3.1. Diferencias con el contrato de Patente

La franquicia tiene un alto componente tecnológico, y por lo anterior la legislación internacional de inversión extranjera y de impuestos lo ha clasificado entre los llamados “contratos de transferencia de tecnología”, a la par de contratos de licencias y patentes. A pesar de esto hay diferencias importantes.⁴⁴

En el contrato de franquicia se otorga una licencia, pero en el contrato de patente o licencia no hay ninguna obligaciones

41 GALLEGO, Esperanza. Op Cit. Pág. 33

42 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 769.

43 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 773.

44 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

accesorias al otorgamiento, pues si bien en el primero se permite el uso de una marca, un secreto empresarial o un proceso, no se da una cooperación entre las partes dirigida a poner en marcha un negocio.⁴⁵

Tampoco podemos decir que en la licencia, a diferencia de la franquicia, se retenga un control de aquello que se licenció por parte del otorgante.⁴⁶ “En la licencia de patente y de marca el beneficiario no está en la obligación de acatar las instrucciones del licenciante; goza de completa autonomía y no existe ningún tipo de control como en la franquicia.”⁴⁷

Además, a diferencia con el contrato de licencia o patente, en las franquicias el franquiciante capacita al franquiciado, como una forma de transferir a este el know know y asegurar el éxito del negocio. Esto se hace, por lo general, en centros especializados de capacitación, dedicados a que los franquiciados aprendan los métodos, técnicas y procesos propios de la franquicia. Esto no se produce en los contratos de licencia o patente.⁴⁸

Finalmente, en las franquicias, siempre se pacta un “derecho de entrada”, un pago fijo

que el franquiciado debe realizar para acceder a la red de la franquicia. Esto tampoco es propio de los contratos de licencia.⁴⁹

3.2. Diferencias con el Joint Venture

Los Joint Venture, al igual que las franquicias, son contratos de colaboración empresarial. En ellos se comparten riesgos y ganancias o pérdidas. En los Joint Venture las partes unen sus recursos, capital, experiencia y esfuerzos para desarrollar un proyecto en conjunto.⁵⁰

Tanto el Joint Venture como la franquicia son contratos atípicos de colaboración empresaria, pero son sustancialmente distintos. Para empezar, en las franquicias el riesgo para cada una de las partes es conocido de antemano, pues se cuenta con la experiencia del franquiciante que además, ya ha desarrollado procesos para aminorar o disminuir ese riesgo.⁵¹

Además, en materia de Joint Venture, cuando estos se constituyen bajo la forma de una sociedad, un vacío legal o contractual puede ser suplido de forma analógica por el derecho societario. Esto no es el caso de las franquicias.⁵²

45 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

46 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P35

47 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

48 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

49 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 142.

50 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 142.

51 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

52 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

También, en los Joint Venture, las aportaciones de las partes son distintas, y no siempre una de ellas aporta la “propiedad industrial” necesaria para poner en marcha el negocio. En la franquicia, el franquiciante siempre aporta este elemento pues es precisamente, en conjunto con el know how y la capacitación que brinda al franquiciado, su contraprestación al pago de las regalías.⁵³

3.3. Diferencias con un contrato de distribución

El contrato de franquicia y el contrato de distribución guardan una gran cantidad de similitudes. Hay sectores de la doctrina que han considerado que la única diferencia entre ambos es que el franquiciado paga un importe para la entrada al esquema de la franquicia y utiliza la marca del franquiciante. Lo cierto es que este análisis no puede ser empleado, por ejemplo, para las franquicias de servicios. De igual forma, hay elementos diferenciadores entre ambos contratos que permiten y exigen individualizarlos.⁵⁴

El contrato de distribución se desarrolla entre el fabricante y un distribuidor, donde el distribuidor vende productos que le compra al fabricante, de forma exclusiva o no, en una zona determinada. Podemos ver que

está ausente el elemento de transferencia tecnológica, transferencia de know how, capacitación, pago de regalías, entre otros.⁵⁵

Recordemos que la transmisión del know how, o transferencia tecnológica, es un elemento esencial del contrato de franquicias, que se ejecuta mediante la capacitación y transmisión de secretos empresariales al franquiciado. En este sentido el contrato de distribución únicamente implica una serie de compraventas entre el fabricante y el distribuidor, sin ese elemento de transferencia tecnológica que es propio y particular de las franquicias.⁵⁶

De igual forma, en las franquicias el franquiciado está obligado a obedecer de forma puntual las direcciones que le da el franquiciante, y es objeto de responsabilidad contractual si no las acata. El contrato de distribución no comporta este elemento.⁵⁷

Finalmente, en el contrato de distribución no se paga un derecho de entrada al negocio, o regalías periódicas. Únicamente se pagan mercancías que el distribuidor posteriormente revende. Tampoco existe una imagen uniforme de los distribuidores con los fabricantes, lo cual si se da en el

53 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

54 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 138-139.

55 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P36.

56 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

57 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

contrato de franquicia, donde el franquiciante y el franquiciado se confunden en los ojos del consumidor final.⁵⁸

4. TIPOS DE FRANQUICIAS

4.1. Clasificación de las franquicias

4.1.1. Modalidades

La mayoría de la doctrina clasifica las modalidades operacionales de las franquicias en tres tipos, sean estas el franchising master, el directo y el franchising para desarrollo tecnológico.⁵⁹

El franchising master es aquel otorgado a una empresa que a su vez es la encargada de otorgar franquicias a los franquiciados finales. Bajo esta modalidad el franquiciante le otorga una franquicia a un franquiciado en un área o región amplia, y este franquiciado es quien se dedica a buscar franquiciados (sub-franquiciados), contratar con ellos, administrar sus franquicias y controlarlos. Es un caso de sub-franquicias pues el franquiciante le delega a un franquiciado las labores que le son propias para que éste pacte con los franquiciados finales.⁶⁰

Por otra parte, en el franchising directo no existe tal intermediario, y es el franquiciante el que directamente contrata con, y gestiona la labor de sus franquiciados.⁶¹

Respecto el Franchising para desarrollo tecnológico, dice Carlos Alberto Gherzi:

“La tercera es la modalidad que suma al contrato de franchising, el derecho de desarrollo tecnológico del franquiciado; se utiliza únicamente entre los países desarrollados (p. ej. Estados Unidos con Inglaterra). Facilita el acceso del franquiciado de la obtención de tecnología propia.”⁶²

4.1.2. Clasificación

Los contratos de franquicia se pueden calificar a razón de lo que se pretenda comercializar. Así podemos identificar contratos de franquicia de distribución, de producción y de servicios.⁶³

También se pueden clasificar, según Juan Manuel Farnia: “1) Atendiendo al aprovisionamiento exclusivo a favor del Franchisor. 2) Atendiendo a la exclusividad territorial a favor del franchisee. 3) Atendiendo a la estrategia de apertura de mercado y surgimiento de vínculos contractuales.”⁶⁴

Finalmente, podemos identificar un tercer tipo de clasificación, que los divide en franquicias de codirección y de locación.⁶⁵

58 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

59 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 54.

60 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 54.

61 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

62 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

63 FARINA. Juan M. El Contrato de Franchising. Página 75.

64 FARINA. Juan M. El Contrato de Franchising. Página 78.

65 FARINA. Juan M. El Contrato de Franchising. Página 81.

4.2. Primer Criterio de Clasificación

como son los que brinda la prestigiosa firma internacional suiza Deloitte.

4.2.1. Franchising de Distribución

La franquicia de distribución se caracteriza porque el franquiciante busca disminuir costos y riesgos de llevar sus productos a nuevos mercados⁶⁶, otorgándole al franquiciado el uso de su marca, conocimiento y método de comercialización, para que éste distribuya y comercialice un producto. El franquiciado realiza la distribución en estricto apego a las instrucciones del franquiciante. Este tipo de franquicia es la más frecuente, y se encuentra en países de toda la orbe.⁶⁷ El franquiciado comercializa los productos del franquiciante en la zona determinada, bajo la misma marca del franquiciante y en seguimiento de sus directrices.

Otros servicios frecuentemente comercializados bajo franquicias de esta clase incluyen “dry cleaning”, alquileres de carros, gimnasios, spa’s y servicios de transporte.^{69 70} Como podemos observar, a diferencia de la franquicia de distribución, el objeto del contrato no es la comercialización de un producto. El objeto es más bien, la comercialización de un servicio, que se brinda bajo los estándares y procesos definidos por el franquiciante, permitiendo al usuario final esperar un estándar mínimo de calidad a nivel global o regional.

4.2.2. Franchising de Servicio

La franquicia de servicios implica la oferta al mercado, por parte del franquiciado, de los servicios propios del franquiciante, empleando el mismo nombre comercial, signos distintivos y marca del franquiciante⁶⁸. Podemos observar que bajo esta clase de franquicias, se ofrecen servicios de todo tipo al mercado, desde peluquerías y hoteles, hasta inclusive, servicios legales y de contaduría,

A menudo se combinan las franquicias de servicios con las de distribución. Dice Fabián López Guzmán que *“La única diferencia con la franquicia de distribución es que esta se refiere a servicios, mientras la otra contempla la distribución y comercialización de productos. En la mayoría de los casos se convienen ambas al mismo tiempo, esto es, que el franquiciador comercializa los servicios del franquiciante, y a su vez, se obliga a comprar los productos para revenderlos a los usuarios finales.”*⁷¹ Como veremos más adelante, este tipo de franquicia correspondería a lo que denominamos franquicias mixtas, pues

66 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.20.

67 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 154.

68 JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal 72

69 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.21.

70 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Página 35

71 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 157.

incorpora más de un tipo de franquicia dentro de un mismo contrato.

4.2.3. Franchising Industrial o de Producción:

Las franquicias industriales o de producción son aquellas que se otorgan por el franquiciante al franquiciado, para que éste segundo fabrique o produzca un producto que es propiedad industrial del franquiciante. Esto conlleva la transferencia de todo el conocimiento tecnológico sobre los métodos de fabricación de dicho producto al franquiciado, que le permiten confeccionar el producto bajo los mismos estándares fijados por el franquiciante. Además de esto, el franquiciante le brinda asistencia técnica en la fabricación al franquiciado, y el franquiciado también comercializa el producto y lo coloca en el mercado bajo la misma marca del franquiciante, según los métodos y políticas de mercadeo establecidas por este.⁷²

Dice Carolina Flores Bedoya que, *“De acuerdo a este tipo de franquicia, el franquiciado es autorizado para fabricar cierto producto, según se lo permita la asistencia técnica, la marca, y en ciertos casos los materiales y la patente, proporcionados por el franquiciante. En este caso al franquiciado siempre se le proporciona un know-how requerido para la producción y comercialización de los productos.”*⁷³

Resulta importante recalcar la importancia de la transferencia tecnológica e industrial en este tipo de franquicia, pues es esencial que el franquiciado conozca los procesos requeridos para producir los bienes que fabricará y comercializará.

4.2.4 Franchising Mixto

Las franquicias mixtas son aquellas en las que se incluyen dos o más tipos de franquicia en un sólo contrato. Es decir, franquicias que combinan la distribución de productos y servicios, producción y distribución, etc.⁷⁵

4.2.5. Otros tipos

Se habla, menos frecuentemente en doctrina, de otros tipos de franquicia distintos de los enunciados anteriormente. Entre estos se mencionan la Franquicia por conversión (se refiere a cuando un negocio ya establecido adopta las prácticas de una franquicia, su nombre, su imagen, etc), franquicia corner (se refiere a un espacio franquiciado dentro de un establecimiento comercial, por ejemplo en una tienda de departamento), plurifranquicias (en las cuales el franquiciado gestiona distintas franquicias que no compiten entre sí), multifranquicias (cuando se otorga más de una franquicia dentro de un área determinada, reservándose el franquiciado la posibilidad de abrir cuantos quiera establecimientos

72 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 153.

73 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.21.

74 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 153.

75 Forcalidem. ASPECTOS IMPORTANTES PARA ENTENDER QUE ES UNA FRANQUICIA. <http://www.forcalidem.com/articulospdf/FORC-008-FRANQUICIAS.pdf>

dentro de esa área), franquicia activa (exige que el franquiciado sea el que administre el establecimiento personalmente), franquicia financiera (en la cual el franquiciado es solo un inversionista), franquicia internacional (aquella que se exporta a un país extranjero), etc.⁷⁶

4.3. Segundo Criterio de Clasificación

4.3.1. Franchising de aprovisionamiento exclusivo a favor del Franquiciante

Este tipo de franquicia es característico por que el franquiciado no puede vender o comercializar productos o servicios que no sean los provistos por el franquiciante⁷⁷. Cuando el aprovisionamiento es propio, el franquiciado está limitado a vender los productos o servicios que le proporciona el franquiciante. Cuando el aprovisionamiento es impropio, la exclusividad existe únicamente en tanto el franquiciante no entre en competencia con el franquiciado, comercializando los mismos bienes o servicios de forma directa u a través de otro.⁷⁸

4.3.2. Franchising de Exclusividad territorial a favor del Franchisee o Franchising Regional

Bajo esta clasificación se encuadran aquellas

franquicias en las cuales el franquiciado tiene algún tipo de exclusividad en una zona o área determinada. Se manifiesta en dos vertientes. La primera de ellas es aquella en la cual dicha exclusividad territorial se otorga para que le franquiciado proceda a otorgar sub-franquicias, empero hablamos de un franchising master.⁷⁹ La segunda únicamente se refiere a una exclusividad “operativa”, según la cual se le protege de la amenaza de competencia de la misma franquicia sin que se le de la facultad de sub-franquiciar.⁸⁰

4.4. Tercer Criterio de Clasificación

4.4.1. Franchising de Co-dirección

Las franquicias de co-dirección son aquellas en las que el franquiciante corre con los gastos del negocio y el franquiciado únicamente se dedica a la administración del mismo.⁸¹ El riesgo del capital recae enteramente sobre el franquiciante que se vale de la experiencia local del franquiciado para procurar la mejor forma de administrar el establecimiento.⁸²

4.4.2. Franchising de Locación

El franchising de locación es aquel en el cual el franquiciante le arrienda el establecimiento

76 Nota. Ver cita para el desarrollo de cada uno de los métodos posibles a utilizar que son Franquicia directa, filial o subsidiaria, acuerdo de desarrollo, y franquicia master.

77 JIMENEZ Fabio; FUENTES, Bernal. 73

78 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.28.

79 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.29.

80 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.30.

81 JIMENEZ Fabio; FUENTES, Bernal. 75

82 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.30.

al franquiciado. El franquiciado administra la empresa y lleva a cabo su gestión.⁸³

4.4.3. Otros tipos

Se ha hablado en doctrina de franquicias de copropiedad, en las cuales ambas partes hacen una inversión conjunta en la empresa. En estos casos el franquiciante es un inversionista del negocio del franquiciado.⁸⁴

5. RÉGIMEN JURÍDICO

5.1. Etapa Precontractual:

De previo al perfeccionamiento del contrato de franquicias es usual que exista un pre-contrato, en el cual se fije una etapa para que el franquiciado cumpla ciertos requisitos y demuestre sus atestados. Estos incluyen entre otros, experiencia en materia de franquicias y solvencia patrimonial. También en esta etapa pre-contractual el franquiciado debe formar el equipo que se encargará de administrar el establecimiento, instruirlo sobre los métodos y prácticas de la franquicia, capacitarlo, y encontrar el local.⁸⁵

También, a menudo forma parte de la etapa pre-contractual la construcción o remodelación del local, incluyendo su ubicación, su

decoración externa, su suministro inicial y otras condiciones.⁸⁶

Estas pruebas y requisitos resultan de un contrato en sí mismo, pero respecto al contrato de franquicia, son un hecho condicional que lo precede. Son un requisito para el contrato definitivo.⁸⁷

5.2. Objeto y Sujetos

5.2.1 Objeto

De forma sintética, podemos decir que el objeto del contrato de franquicia es la transmisión de un conocimiento (know how, savoir faire) que tiene el franquiciante al franquiciado, incluyendo conocimientos técnicos, comerciales, administrativos, financieros y empresariales, aparejado del licenciamiento de su marca, procesos, patentes u otras propiedades industriales, a cambio de un royalty o remuneración económica.⁸⁸

5.2.2. Sujetos

Los sujetos del contrato son el franquiciante, que es el titular del know how y la marca, y que otorga una licencia de uso de ella, y el franquiciado, que vende los productos o servicios del franquiciante.⁸⁹

83 JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal. 75

84 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.32.

85 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

86 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 56.

87 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 56.

88 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

89 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

5.3. Derechos y Obligaciones del Franquiciante

Los derechos y obligaciones del franquiciante serán tan diversos y disímiles como cuantos contratos de franquicias existan. Sin embargo, algunos de ellos son comunes a la mayoría de los contratos de este tipo.

En primera instancia podemos indicar que le franquiciante debe: a) otorgar la licencia al franquiciado para el uso de su nombre comercial, signos distintivos, etc; b) transferir al franquiciado su conocimiento o know how; c) capacitar al franquiciado para que éste pueda utilizar el know how adecuadamente, como si fuera el mismo franquiciante; c) controlar al franquiciado y proveerle de asistencia técnica para la óptima realización del negocio. También a menudo el franquiciado debe proporcionar asistencia de tipo legal, de arquitectura, geográfica, sociológica, de marketing, de decoración, de imagen, financiera y de otras diversas índoles.⁹⁰ Dice Fabián López Guzmán que la *“Obligación de cesión de uso de los bienes incorporeales constituye una de las obligaciones principales en la franquicia, puesto que al fin y al cabo el aspirante a franquiciado paga el derecho de entrada a una franquicia para poder explotar la propiedad industrial del franquiciante.”*⁹¹

Es entonces también obligación del franquiciante el poner a disposición del franquiciado los bienes incorporeales que le permiten al franquiciado explotar el negocio, sean estos cuales requiera el caso específico. Esto es de interés del franquiciante pues éste requiere que el franquiciado tenga todos los recursos necesarios a su disposición para comenzar a explotar la actividad económica y que se comiencen a generar regalías.⁹²

En el caso de las franquicias de distribución, el franquiciante también debe proveer al franquiciado los bienes a comercializar. También es usual que el franquiciante le venda al franquiciado todo o parte del mobiliario y equipo a utilizarse en el negocio.⁹³

Debemos indicar que, dada la naturaleza de colaboración del contrato de franquicia, las obligaciones del franquiciante no se limitan ni se satisfacen con la mera puesta a disposición de los bienes incorporeales y transferencia tecnológica. Esto, por cuanto la obligación del franquiciante trasciende lo indicado, y debe ser la de colaborar con el franquiciado para procurar el éxito de su negocio. El franquiciante debe siempre brindar la ayuda técnica necesaria al franquiciado para procurar que ambos obtengan los mejores réditos posibles.⁹⁴ Hemos dicho que *“no es*

90 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Páginas 54-55.

91 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 174.

92 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 154.

93 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 155.

94 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 309.

suficiente con que el franquiciante transmita el secreto empresarial, sino que además debe disponer del personal especializado (...) que va a colaborar en la formación y capacitación del personal del franquiciado.”⁹⁵

Además, el franquiciante debe tomar todas las medidas razonablemente acatables para mantener la reputación y distinción de la franquicia, incluyendo toda la red de franquiciados, para no afectar unos u otros negocios operados por personas distintas que funcionen bajo su marca y nombre comercial. Es imperativo recordar que la buena reputación y el nombre de la franquicia son esenciales para el franquiciado, y en este sentido el franquiciante debe procurar que no sufran menoscabo alguno.⁹⁶

5.4. Derechos y Obligaciones del Franquiciado

En primera instancia el franquiciado está obligado a pagar el precio. Esta es la obligación principal del franquiciado, e incluye el derecho de entrada y los royalties. Ambos pagos son esenciales para que el franquiciante le brinde en primera instancia, y le continúe brindando por la duración del contrato, la licencia de marca y el conocimiento técnico y asesoría pactados.⁹⁷

De igual forma el franquiciado está obligado a explotar efectivamente la actividad económica objeto de la franquicia. El incumplimiento de esta obligación esencial le causaría graves daños y perjuicios al franquiciante, que pudo haber dado en franquicia la actividad a otra persona que sí explotara efectivamente el negocio. Por esto debemos entender que no media un mero derecho del franquiciado de explotar la actividad comercial al pagar el derecho de entrada; lo que existe es una obligación de explotarla de la forma indicada por el franquiciante, para que, en primera instancia a) existan regalías de las cuales el franquiciante se pueda beneficiar; y b) las regalías se maximicen, dentro del ámbito de lo pactado, al mayor grado posible, haciendo la actividad económica rentable y atractiva para el franquiciante.⁹⁸

El franquiciado también debe realizar las inversiones y desembolsos previstos en el contrato, y así adquirir equipo, materia prima, construir, y cumplir todos los requisitos de equipamiento y operación requeridos para cumplir con sus obligaciones. Esto incluye tener el personal necesario para operar el negocio. De igual forma debe seguir de forma completa y cabal las instrucciones del franquiciante, a menudo representadas en un manual de procedimientos u otro documento

95 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 311.

96 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 790.

97 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 320.

98 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 327.

análogo. Este manual es, por lo general, material confidencial, y consecuentemente debe mantener en absoluta reserva su contenido, así como los secretos empresariales del franquiciante.⁹⁹

Ante la terminación del contrato el franquiciado debe cesar el uso de la propiedad industrial que se puso a su disposición.¹⁰⁰

Finalmente, el franquiciado goza del derecho de beneficiarse del mercadeo y publicidad que haga el franquiciante, así como aquella que hagan otros franquiciados.¹⁰¹

5.5. La Competencia y el Antitrust

Es común ver referido el tema de competencia y “antitrust” en materia de franquicias. Esto es producto de que la franquicia fue utilizada por muchos años por las empresas norteamericanas de automóviles como una forma de eludir las prohibiciones legales que las mismas tenían para vender de forma directa vehículos a los consumidores finales.¹⁰² La competencia desleal no puede ser empleada en materia de franquicias y se entiende que éstas no pueden ser utilizadas como formas de realizar actos de competencia desleal de casas matrices con sus competidores.

Se ha dicho que las partes deben tomar las previsiones necesarias para no emplear el know how de una forma que beneficie a sus competidores, aunque sea de forma indirecta. Sin embargo, las medidas tomadas en este sentido no pueden ser empleadas como restricciones a la competencia.¹⁰³ Se pueden establecer condiciones razonables bajo las cuales un franquiciado no pueda entrar a participar del mismo negocio respecto al cual el franquiciante le ha transmitido el know how, sin embargo, dichas condiciones deben ser siempre por plazos y de formas razonables y proporcionales a las del negocio inicial.

5.6. Jurisprudencia Costarricense

Existe alguna jurisprudencia nacional en materia de contrato de franquicias, sin embargo no es de gran desarrollo. Recordemos que el contrato es atípico y consecuentemente se rige por la teoría general del contrato y la patología negocial común.¹⁰⁴

Respecto a la jurisprudencia existente, es primordialmente referida a violaciones en materia de exclusividad territorial, resoluciones por incumplimientos contractuales, distinciones con el contrato de distribución y materia de competencia.¹⁰⁵

99 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Páginas 56.

100 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 345.

101 GÓMEZ BARRANTES, Nelson Antonio. Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica. Página 54.

102 RUIZ, Juan Ignacio. “El Contrato de Franquicia...” P29

103 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 790.

104 GOMEZ BARRANTES, Nelson Antonio. Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica. Página 90.

105 SOLÍS VIQUEZ, Marianela. Derechos y Obligaciones de Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia. Página 77.

Es importante citar la resolución 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A. Esta sentencia se refiere a la violación de la exclusividad territorial y estableciendo que procede la resolución del contrato. También, podemos extraer de ella que la jurisprudencia nacional reconoce la existencia del contrato y sus condiciones esenciales. Dice la sentencia:

“la accionada, en una forma unilateral e injustificada, violó varias cláusulas relacionadas con los elementos del contrato de franchising, como son la exclusividad territorial que acordó tanto para la franquicia, pues se modificó la zona geográfica de distribución, antes del vencimiento del plazo, ya que fue montada otra planta en el territorio que se le había asignado contractualmente al actor (...) en su conducta la franquiciante varió las condiciones del contrato, incumpliendo de ese modo parte de las obligaciones que había adquirido, contraviniendo lo presentado por el artículo 1023 del Código Civil. Dicho incumplimiento grave autoriza la resolución del contrato con responsabilidad a cargo de la accionada, a la luz de lo establecido por el artículo 692 del código citado, con

indemnización de daños y perjuicios según lo autorizan los numerales 702 y 704 idem.”¹⁰⁶

Como se puede observar, en dicha sentencia se determinó por parte del Tribunal Superior Segundo que, ante una violación a la exclusividad territorial, procede la resolución del contrato con responsabilidad.

También cabe recalcar la existencia de la sentencia número 73 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de Femaka S.A. contra Derivados de Maíz Alimenticio, S.A., que trata de un incumplimiento contractual. En dicha sentencia se indica que para que proceda la resolución del contrato, el incumplimiento debe ser grave. La sentencia también desarrolla de forma bastante adecuada la noción de franquicia y la compara con el contrato de distribución. Dice la sentencia:

“La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios general del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la

106 Resolución N. 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A.

distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida, recibe una retribución, denominada en el common law como royalty. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuido paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo y a falta de este se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how; o saber como, en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales

operativos y de funcionamiento necesarios Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial”¹⁰⁷

La resolución de las ocho horas del catorce de abril de dos mil once, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de Merecumbé S.A. contra Álvaro Amador Gamboa, también se refiere a asuntos relativos al contrato de Franquicia. Según se explica en dicha sentencia, es una obligación esencial del franquiciante proveer al franquiciado con un manual de operaciones que permita la transmisión efectiva del know how, incluyendo no solo la capacitación del personal sino también los procedimientos administrativos de cómo manejar el negocio, y cuando este no lo haga, cae en un incumplimiento grave a los términos y condiciones del contrato de franquicia. Incluso, cuando el contrato entra en operación sin dicha transferencia tecnológica, el incumplimiento no se convalida con el paso del tiempo. Dice la sentencia:

“En otro orden de ideas, no es dable inferir que como el accionado puso en funcionamiento la sede de Cartago durante tres años sin contar con esos manuales o procedimientos, convalidó cualquier vicio acaecido. Tampoco procede entender que por eso se deba “castigar” la inercia en reclamarlos o considerar que actuó de mala fe, buscando sacar provecho de alguna actuación dolosa. La realidad determina que fue la actora quien incumplió

107 Resolución N. 073 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

sus compromisos y aun así lo demandó, sin reparar en cómo él salió adelante con el giro empresarial, pese a la infracción contractual. (...). De todos modos, como se explicó en el estudio e informe de franquicias suministrado por la señora Josefina Peralta Freitas, según lo valoró el Ad quem y tampoco cuestiona el recurrente, no se proveyeron guías a las sedes regionales de cómo manejar el negocio y cada quién lo hizo “en forma intuitiva”, improvisando para dar marcha a la empresa, “... lo que significa que Merecumbé S.A. no cumplió con su obligación contractual, y una de las más importantes, como era el darles los manuales o capacitaciones sobre el cómo manejar y desarrollar un negocio de éstos (sic), porque el Know how no se trata, de darle capacitación a los instructores de baile, de permitir el uso del nombre comercial y darle el método de enseñanza del baile popular, eso es importante pero no es todo, ya que debía enseñarle al franquiciario cómo se maneja administrativamente un negocio como éstos (sic)...”, tal y como se razona en la sentencia impugnada. Esa circunstancia pesó en detrimento del franquiciado, quien como lo explicó la señora Peralta Freitas, tuvo que enfrentarse a un manejo administrativo ayuno de las políticas de la sede central y por ello “intuitivo”; sin embargo, parece que eso tampoco interesó a la accionante, pese a lo acordado. En síntesis, el señor Amador Gamboa, en ejercicio de sus derechos de defensa y de acceso a la justicia, no solo se opuso a la demanda alegando la defensa de contrato no cumplido, sino que reconvino con válida pretensión de que se declare en

sentencia el incumplimiento de Merecumbé S.A. y la forma en que se ha resuelto este litigio no vislumbra ninguno de los quebrantos legales que se le atribuyen al órgano sentenciador.”

Ha existido otras sentencias contra franquicias nacionales, como son los ejemplos de dos casos promovidos contra McDonalds. El primero de ellos, la sentencia del tribunal primero civil de las ocho horas quince minutos del veintitrés de enero de dos mil once, trata sobre un caso en cual McDonalds envió una hamburguesa por su servicio express que contenía un “trapo sucio”. Según se resolvió, procede la responsabilidad civil del caso, por existir una responsabilidad objetiva frente al consumidor por parte del franquiciado. La sentencia indica:

“El Juzgado desestima la indemnización porque fue valorada bajo la óptica de la responsabilidad civil subjetiva, sin que se haya demostrado, en su criterio, de un daño lo suficientemente grave para fijar una suma. Reconoce la juzgadora la presencia del pedazo de tela y que constituye una molestia evidente, pero le resta trascendencia e, incluso, sostiene que el actor es poco tolerante a tales vicisitudes. Su decisión, entonces, lo sustenta en las reglas de la responsabilidad subjetiva. En ese punto en concreto es donde discrepa el Tribunal. El reclamo descansa en la violación a los derechos del consumidor, normativa que impone al agente económico una responsabilidad objetiva.

Lo importante, en forma objetiva, es que el consumidor no recibió el servicio a satisfacción tal y como lo había ordenado. La única causa de exoneración, prevista en la norma, es que se demuestre que la demandada es ajena al daño. Queda desvirtuada porque la caja con el trapo o limpión salió del restaurante del Parque La Paz al bufete del actor, quien había ordenado la comida por teléfono. Lo sucedido es lamentable, pero la empresa debe responder por imperativo legal.”

El segundo caso se refiere a un “rezbalón” en las instalaciones de McDonalds del centro comercial de Guadalupe. En ella se condena al franquiciado de McDonalds a pagar daños y perjuicios al haberse determinado que las lesiones sufridas por el accionante se generaron al haberse rezbalado con una mayonesa que estaba en el piso del local, habiendo consecuentemente generado un daño el franquiciado. La sentencia de la Sala Primera de la Corte número 575, de las diez horas del diecisiete de octubre del dos mil tres indica:

“... Sin embargo, pese a que la sentencia de primera instancia consideró como hecho probado “i)”, que “La sociedad demandada, implementa altos controles de calidad en materia de higiene y limpieza en sus restaurantes, para lo cual se da entrenamiento especial a sus colaboradores y empleados. Existe un manual de procedimientos, para el ejercicio de esas labores en cada restaurante”, y con ese sustento expresar que la actora no demostró la responsabilidad

directa de la empresa demandada con respecto a su caída, pues, más bien, “Se ha demostrado en autos que la empresa en cuestión es cuidadosa en la limpieza e higiene en sus establecimientos, existe en la misma un manual de procedimientos para realizar labores de limpieza, lo anterior con el fin de evitar los riesgos y dar confianza a sus clientes” (folio 283), lo cierto es que el Tribunal, expresamente, eliminó ese hecho probado y, con ello, el argumento de la recurrente de haber observado un idóneo estándar de calidad y seguridad en el servicio quedó ayuno de respaldo probatorio. Se insiste, los agravios relativos a violaciones indirectas que se achacan al fallo impugnado, no han tenido la virtud de modificar lo resuelto, por desatender los requisitos de claridad y precisión contenidos en los artículos 596 y 597 ambos del Código Procesal Civil y los aspectos de técnica procesal que exige el canon 595, inciso 3, del mismo código, conforme se explicó en el considerando VII, todo lo cual lleva a que la demandada, contrario a lo que afirma, no cumpliera con la previsión legal del artículo 32 (hoy 35) de la Ley 7472, cuando en su párrafo segundo estatuye: “Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.”

Las sentencias citadas son de los pocos casos que nuestra jurisprudencia ha conocido respecto a temas de franquicias, sin embargo como se puede observar, ha existido algún desarrollo en cuanto a la naturaleza del contrato, las consecuencias de su incumplimiento y la responsabilidad que éstas tienen frente al consumidor.

6. Patología

6.1. Terminación del Contrato por Mutuo Acuerdo

En primera instancia, en materia de patología, debemos indicar que el contrato admite su terminación por mutuo acuerdo. Los efectos de dicha terminación son la extinción de las obligaciones de cada una de las partes sin efecto retroactivo.¹⁰⁸

6.2. Resolución por Imposibilidad Sobreviniente

En segunda instancia podemos indicar que es posible que se produzca la resolución del acuerdo por imposibilidad sobreviniente. Esta se genera cuando se torna imposible su objeto, pues surge alguna circunstancia que impida de forma material su ejecución. Por ejemplo podría hablar se la muerte del franquiciado. También se podría generar si los bienes o servicios objeto de la franquicia salen del comercio de los hombres.¹⁰⁹

6.3. Resolución por incumplimiento

Finalmente, siendo que se le aplica al contrato de franquicias la patología negocial común, se puede generar su resolución por incumplimiento. En este sentido, es admisible solicitar su cumplimiento forzoso o

la resolución del contrato con derecho a daños y perjuicios a favor de la parte cumplimente por parte de la incumpliente. Lo más usual será que se acuda al segundo remedio, pues recordemos que para el buen desarrollo de la franquicia es necesaria la cooperación franquiciante/franquiciado, que será difícil lograr entre la hostilidad de un clima litigioso de cumplimiento forzoso. Recordemos también que la resolución por incumplimiento, al igual que en cualquier contrato, procede únicamente ante un incumplimiento grave, pues ante un incumplimiento sin consecuencias y de dimensiones menores debe procurarse el mantenimiento del contrato.¹¹⁰ En este sentido dice Carolina Flores Bedoya que *“La doctrina en general ha considerado que el incumplimiento debe estar revestido de cierto grado de importancia para que posibilite el ejercicio del derecho al resolver el contrato. El incumplimiento debe impedir el normal desenvolvimiento de la relación contractual, teniendo en cuenta el interés de la parte contraria.”*¹¹¹

7. Conclusiones

El contrato de franquicia es un instrumento útil y dinámico, que obedece a las necesidades del tráfico mercantil moderno. Como abogados practicantes, jueces y operadores del derecho, es imperativo conocer y tener

108 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.66.

109 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.67.

110 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.71.

111 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.72.

nociones básicas, como las presentadas en este trabajo, respecto al instituto, sus características, clasificación y patología contractual.

Las franquicias presentan una serie de ventajas respecto a otros contratos de similar naturaleza, que le permiten a las partes lograr maximizar los beneficios de sus negocios y, dentro de un ámbito de cooperación, ofrecer al consumidor una alternativa competitiva, homogénea y consistente, para adquirir los bienes y servicios que requiere.

Debemos indicar que, como reflexión final, este instituto jurídico debe considerarse una alternativa viable y altamente provechosa a disposición del mercado, los empresarios y los consumidores; siempre y cuando las partes estén claras en cuanto a las implicaciones y consecuencias de su alcance.

BIBLIOGRAFÍA

- BADILLA, Adrián. "El contrato de Franquicia como contrato atípico en Costa Rica". Tesis para optar el título en Derecho, Universidad de Costa Rica. 1998.
- BARRANTES GÓMEZ, Nelson Antonio. "Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica." Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2010.
- BOROLAN, Donald. "La ventaja del Franchising". Editorial Macchi. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- FARINA, Juan. "Contratos comerciales modernos, modalidades de contratación empresarial." Editorial Astrea. Buenos Aires 1993.
- FLORES BEDOYA, CAROLINA. "Patología del Contrato de Franquicia Comercial. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1999.
- FOLSOM, RALPH H. "International Business Transactions". West Group. St. Paul, Minnesota. Estados Unidos de America. 1999.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. "La Franquicia". Editorial Trivium, S.A. Madrid. 1991.
- GHERSI, Carlos. "Contratos civiles y comerciales". Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1992.
- GONZALEZ, Adriana; MONCADA, Indiana. "El contrato de franquicia y la dependencia que crea en el empresario franquiciado". Tesis para optar el título de licenciado de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1998.
- GONZALEZ, Enrique. "Franquicias: La Revolución de los 90's" México. 1991.

- JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal. "El contrato de Franchising (El contrato de Franquicia Comercial)". IJSA. 1995.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Aproximación al 'Franchising'" en UNIVERSIDAD DE LIMA. "Derecho Civil". Publicaciones de la Universidad de Lima. 1992.
- KLEIDERMACHER, Jaime. "Aspectos económicos y jurídicos". Buenos Aires. 1992.
- LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional". 2a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Ley de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras, número 6209 del 9 de marzo de 1978.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "Contratos de distribución, representantes de Casas Extranjeras y Responsabilidad". Revista Judicial número 52. 1990.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "El Contrato de FRANQUICIA Comercial: La regulación de las franquicias comerciales en Europa y su posible incidencia en América Latina". Revista Judicial Número 56. 1992.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "Derecho Privado". Tercera Edición. Imprenta LIL, S.A. 1994.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Período de 1990 a 1997) y resoluciones de Tribunales Superiores Civiles para el estudio del Derecho Privado". Imprenta LIL, S.A. 1997.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "La regulación de las franquicias comerciales en Europa y su posible incidencia en América Latina. XXIX. Conferencia Interamerican Bar Association. San José, Costa Rica. Noviembre, 1991.
- RIBERA, Carlos Enrique. "Franchising: Noción y funcionamientos del contrato". En Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro. "Estudios de Derecho Comercial N°5". 1989.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. "Contratos Económicos Modernos. 1a. ed. San José, Costa Rica. Editorama, 2004.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio. "El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia". Editorial Civitas. 1991.
- RUSS, Federico. "Marketing". Boston, 1982.
- SOLÍS VIQUEZ, Marianella, y CAMPOS ZUÑIGA, Grace. "Derechos y Obligaciones de Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia". Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2005.

JURISPRUDENCIA

Resolución N. 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A.

Resolución N. 073 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

INTERNET

Forcalidem. Fromadores y Capacitadores de Líderes Empresariales. Aspectos Importantes para entender Que es una Franquicia. Tomado de la siguiente página web: <http://www.forcalidem.com/articulospdf/FORC-008-FRANQUICIAS.pdf>

SOCIEDADES PÚBLICAS DE ECONOMÍA MIXTA: UNA ALIANZA PÚBLICO PRIVADA PARA LA INVERSIÓN EN OBRA PÚBLICA.

Licda. María José Acosta Feoli

Introducción.

La inversión en obra pública es fundamental para el desarrollo de un país. Esto cobra especial importancia para un caso como el de Costa Rica en el cual el estancamiento en el tema de infraestructura pública ha alcanzado niveles críticos. De acuerdo al estudio del Foro Económico Mundial sobre competitividad global para el período 2011-2012, Costa Rica se encuentra en la posición 101 de 142 países en desarrollo de infraestructura.¹ Si se es deficiente en infraestructura pública, se es en la prestación de servicios públicos.

Los trabajos de obra pública han estado, por lo general, en manos del sector público. Sin embargo, es común que el Estado pase por momentos cruciales en los que deba buscar la manera de salir adelante. El país debe buscar la manera más eficiente de financiar y construir obra pública y tal combinación no siempre es fácil de encontrar. Es así como resulta necesario identificar medidas innovadoras y vehículos no tradicionales que viabilicen y promuevan el desarrollo económico, que

provean al país de los servicios requeridos y permitan a éste estabilizar sus finanzas.²

Ante esta situación- la necesidad de invertir en obra pública y la falta de recursos propios del Estado para hacerlo- el mercado de capitales se presenta como una alternativa interesante. Aprovechar este mercado es una buena opción que ofrecer para invertir en obra pública. Éste es un campo que en Costa Rica no ha sido muy explotado, pero que combinándolo de la manera correcta con el tema de inversión en obra pública, nos proveería de muy interesantes vehículos para seguir adelante con el desarrollo.

La combinación resulta interesante desde dos puntos de vista. Primero, le permitiría al país construir sus obras y prestar sus servicios al público. Por otro lado, el hecho de invertir en bonos de obra pública respaldados por el Estado resultaría útil para traer inversión privada. Los inversionistas, por ser una opción “regulada”, encontrarían en estos títulos una inversión llamativa para colocar su dinero. El país, no vería frenado su desarrollo al atraer

1 Foro Económico Mundial. Índice de competitividad global. 2011-2012.

2 Lex Juris Puerto Rico: Ley de Alianzas Público Privadas. Número 29 del 2009. Exposición de motivos.

inversión privada y construir infraestructura pública.

Hay que analizar esta idea desde otro aspecto muy importante, y es que hoy en día, el Estado opta cada vez más por recibir ayuda externa. Es decir, no estamos en presencia de un Estado que lo intenta hacer todo por sí solo. Tomando que “un buen gobierno no es un lujo, sino un artículo de primera necesidad para el desarrollo”,³ el Estado tiene que aceptar los retos de la realidad presente y buscar mecanismos alternativos para salir adelante.

Es precisamente bajo este contexto que surge la necesidad de unir el sector público y el privado. Esto se logra a través de las llamadas alianzas público privadas. En los últimos años, la figura de la alianza público privada ha adquirido un gran auge, específicamente aquellas creadas o diseñadas para la inversión en obra pública o para la prestación de servicios públicos.

Si bien el Estado, a través de esta figura delega algunas de sus funciones en relación con la construcción de infraestructura al sector privado, ello no significa que va a desentenderse por completo del tema. Lo rico de esa figura es que permite crear modelos tales de asociación entre ambos

sectores, que le permite a cada uno, aportar su conocimiento y experiencia en la materia, manteniendo a la vez un esquema claro de control y de rendición de cuentas.

En relación con la implementación de alianzas público privadas, resulta interesante mencionar lo establecido en el texto de la Ley de Alianzas Público Privadas de Puerto Rico al indicar que “estas Alianzas Público Privadas han prosperado en muchos países, aliviando al sector público de parte de la inversión que requiere la prestación de bienes y servicios.”⁴ Continúa el texto diciendo que “una Alianza Público Privada es una entidad que une recursos y esfuerzos del sector público con recursos del sector privado, mediante una inversión conjunta que resulta beneficiosa para ambas partes... tales Alianzas se instan con el propósito de proveer un servicio a los ciudadanos y ciudadanas, así como para construir u operar una instalación o proyecto de alta prioridad para el Estado, ya sea por su urgencia, necesidad o conveniencia para la ciudadanía.”⁵ Por último, menciona que dichas alianzas deben ser revestidas del más alto interés público, de manera tal que “el Estado no renuncia a su responsabilidad de proteger dicho interés, ni a los derechos de recibir un servicio eficiente, ni a la titularidad de los activos públicos incluidos en el Contrato de Alianza.”⁶

3 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Informe sobre el Desarrollo Mundial. El Estado en un mundo en transformación. 1997.

4 Op cit 2.

5 Op cit 2.

6 Op cit 2.

Con base en lo anterior, es necesario fomentar la inversión en obra pública en el país haciendo uso, por un lado, de alianzas público privadas como instrumento para desarrollar la infraestructura y por otro, de mecanismos alternativos de financiamiento. De igual manera, se debe facilitar la implementación de estas alianzas y mecanismos en el país, para así lograr contribuir con la inversión y construcción de obra pública nacional.

Obra pública y su desarrollo en Costa Rica.

Según el diccionario de la Real Academia Española, obra pública es “La que es de interés general y se destina al uso público; como camino, puerto o faro”.⁷

Para Roberto Dromi, según lo desarrollado en su *Obra de Derecho Administrativo*, obra pública se define como “un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general.”⁸

Continúa diciendo Dromi, que el concepto de obra pública se puede analizar desde tres puntos de vista: el objetivo, el subjetivo y el teleológico. Desde una perspectiva objetiva, indica que obra pública son todos aquellos bienes muebles, inmuebles y

objetos inmateriales de la Administración Pública. Hace la aclaración, de que cuando de obra pública se trate, aplica el principio de accesoriadad- bajo el cual lo accesorio sigue a lo principal.⁹

Por otro lado, está la perspectiva *subjetiva*, bajo la cual obra pública es aquella que pertenezca a una persona pública estatal o no estatal. Finalmente, cita la óptica finalista o teleológica, según la cual obra pública es aquella obra que está destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo.¹⁰

Como se puede ver, la definición de obra pública es bastante general, ya que podría definirse tanto con base en su titular, como en la finalidad de la misma. No obstante, se pueden enumerar algunas de las principales obras que se han clasificado como públicas, entre las cuales están la infraestructura de transporte (entiéndase carreteras, caminos, puertos, aeropuertos, oleoductos, etc.), la hidráulica (presas, redes, etc.), la urbana (calles, parques, alumbrado público, etc.), los edificios públicos, entre otras.

Podría definirse entonces obra pública como infraestructura pública destinada a brindar servicios de diversa índole a la totalidad de los ciudadanos, entendiendo por infraestructura

7 Diccionario en línea de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?origen=RAE&LEMA=obra&SUPIND=0&CAREXT=10000&NEDIC=No#obra_pública.

8 DROMI Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina. 12ª Edición, 2009. Página 582.

9 Ibidem.

10 Op cit 8.

el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización.¹¹

Ahora bien, ¿cómo desarrolla el Estado costarricense sus obras públicas?

La concesión de obra pública es una modalidad de alianza público privada y ha sido el modo indirecto¹² utilizado por la Administración Pública, por excelencia, para el desarrollo de infraestructura pública en el país.

Específicamente sobre lo que es la concesión de obra pública, Roberto Dromi establece que “es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinado”.

Hay que tener claro lo anterior para no confundir la concesión de obra pública con la obra pública en sí. “La obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción.”¹³

La Procuraduría General de la República (de ahora en adelante “la PGR”) se ha pronunciado sobre el tema y ha indicado en relación con el concepto de concesión pública que:

“La concesión administrativa se ha concebido en nuestro país como una modalidad de contrato administrativo que procura establecer una relación jurídica-administrativa entre el sector público y el sector privado. Este contrato administrativo, en su esencia no es otra cosa que un mecanismo de financiamiento y gestión en el cual el Estado encarga a un privado, vía concurso, para que financie, construya y opere una obra a cambio de contraprestaciones pagadas en su totalidad o parcialmente por los usuarios de la obra o del servicio.”¹⁴

La figura de la concesión de obra pública está regulada en Costa Rica, por la Ley N.7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos del 14 de abril de 1998 (de ahora en adelante la “Ley de Concesión de Obras Públicas”). En ésta se desarrolla la concesión de obra pública pura y simple y la concesión de obra pública con servicio público. Como bien resulta evidente, ambos conceptos difieren en cuanto el primero implica la planificación, financiamiento,

11 Op cit 7.

12 “La obra pública es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir que no es resultado de la naturaleza. El contrato de obra pública es sólo uno de los medios o formas de realizarla. Los otros modos de realización son la concesión de obra pública, y también directamente por la propia Administración. Es decir que existen dos procedimientos para realizar la obra pública: el directo, por la propia Administración, y el indirecto, por contrato de obra pública, o por concesión de obra pública.” DROMI Op cit 7, Página 581.

13 Ernesto Jinesta Lobo. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General), Biblioteca Jurídica Dike, 2002.

14 Procuraduría General de la República. Dictamen N° 268 del 2 de octubre del 2009.

construcción, conservación, etc. de la obra, y el otro implica lo anterior, más la prestación del servicio público.

En Costa Rica, el Consejo Nacional de Concesiones (de ahora en adelante “CNC”) es el ente encargado de las concesiones en el país. Es un órgano con desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (de ahora en adelante el “MOPT”), que cuenta con personalidad jurídica instrumental, por lo que puede administrar los fondos y el presupuesto asignados y concretar los contratos necesarios para cumplir a cabalidad sus funciones.¹⁵

La figura de la concesión ha estado presente en el país desde hace ya varios años. La idea de utilizar este tipo de alianza público privada para el desarrollo de obra pública resultó fascinante en su momento. Haciendo un recorrido por los beneficios que la concesión de obra pública puede traer al país, encontramos muchos. Entre éstos, se pueden mencionar (i) “permitir acelerar el desarrollo de la infraestructura nacional con un impacto favorable en calidad de vida de los ciudadanos, competitividad del país para hacer frente a los retos de los mercados internacionales, atracción de inversiones y nueva tecnología, desarrollo de nuevas regiones; (ii) contribuir con el Estado en mantener el control y la titularidad de las obras y servicios públicos, (iii) agilizar los procesos de construcción de

las obras de infraestructura a gran escala, (iv) fomentar la inversión extranjera, (v) hacer más eficiente y efectiva la operación y la prestación de los servicios públicos, (vi) producir efectos positivos sobre el mercado de valores: generando instrumentos de inversión de largo plazo, ofreciendo nuevas opciones para los fondos de inversión y de pensiones, movilizándolo el ahorro nacional al desarrollo interno, etc.”¹⁶

Todos los puntos antes citados son ciertos. Es decir, la concesión de obra pública puede traerle al país todos esos beneficios. Por ejemplo, permite acelerar el desarrollo de la infraestructura nacional, fomenta la inversión extranjera y puede producir efectos positivos sobre el mercado de valores. No obstante, así como se pueden enumerar ventajas del modelo de concesión de obra pública, otros se han encargado de enlistar las desventajas del mismo.

Carlos G. Gerscovich y Marcelo R. Tavarone en su obra *Financiación de Proyectos (Project Finance)* indican que el esquema de concesión también ofrece algunas desventajas, entre las cuales citan las siguientes:

“El concesionario privado puede tener intereses contrapuestos a los del Estado o a los de los consumidores y pretender ejecutar la obra o realizar su mantenimiento con niveles de calidad inferiores a los previstos

¹⁵ Consejo Nacional de Concesiones. Sitio oficial en línea. <http://www.cnc.go.cr>

¹⁶ *Ibidem*.

por la autoridad pública, o bien establecer tarifas excesivamente elevadas,

El concesionario no puede, normalmente, otorgar garantías reales respecto de los bienes más importantes del proyecto, dado que éstos deberán ser trasferidos al Estado luego de la etapa operativa,

El concesionario debe asumir un alto grado de riesgo, sobre todo en el caso de las operaciones internacionales, etc.”¹⁷

Como bien indican los autores Gerscovich y Tavarone, la enumeración de ventajas y desventajas es simplemente enunciativa y no pretende agotar la lista de situaciones que se podrían llegar a plantear. Lo que sí hay que tener presente es que la figura de la concesión de obra pública no ha funcionado en Costa Rica como debería. Lamentablemente, la concesión de obra pública y el procedimiento que ésta implica ha ido de la mano de ciertas trabas. Por ejemplo, algunos de los obstáculos con los que ha lidiado la figura es la complejidad de los mecanismos de contratación y el tiempo que implica concluir el procedimiento. Otra de las limitaciones ha sido la gran cantidad de controles previos que exige la regulación para la ejecución del contrato, como por ejemplo la duración del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Al final, el proceso se convierte

sumamente engorroso y la burocracia y la tramitología son quienes marcan la pauta.

No obstante, esto no significa que las concesiones como alianza público privada no funcionen o no puedan funcionar en el país para la inversión en obra pública. Tampoco significa que se quiera evadir todo control público. Esto puede significar que tal vez la concesión- por motivos ajenos a la figura en sí (tales como la falta de un marco institucional adecuado y la falta de personal capacitado)- no ha sido bien implementada en el país.

La alianza público-privada abarca muchísimo más que la concesión de obra pública y cuenta con un sin número de modalidades que se pueden ajustar al contexto; por ejemplo, a las necesidades de cada país. No es lo mismo la implementación de una alianza público privada en un país desarrollado a que la implementación de una de éstas en un país en vías de desarrollo. El enfoque es completamente diferente, y esto es algo que no se debe de dejar a un lado.

Entonces, si bien es cierto que en Costa Rica existe una ley de concesiones, un CNC y algunas concesiones en funcionamiento, es necesario sugerir otros modelos de alianzas público-privadas para la inversión en obra pública y para el desarrollo de infraestructura.

17 GERSCOVICH y TAVARONE, Financiación de Proyectos (Project Finance). Páginas 19 y 20.

El mercado de capitales como opción de financiamiento de obra pública.

El mercado de capitales, sea para invertir en obra pública o para otro propósito, no se ha desarrollado mucho en Costa Rica. No obstante, la posibilidad de explotarlo y de colocar valores que respalden- por ejemplo- un proyecto de infraestructura, sí existe. Es una realidad, que hacer uso del mercado de capitales puede llegar a convertirse en una opción muy interesante para financiar obra pública.

El titularizar obra pública resultaría en una opción interesante y llamativa para los inversionistas. Esto, porque se supone que dicha titularización gozaría de la aprobación de la Superintendencia General de Valores (de ahora en adelante "SUGEVAL"), lo cual implicaría que el título esté regulado. Es decir, la emisión estaría sujeta a un proceso de autorización y a una serie de requisitos regulatorios. Por un lado entonces, este tipo de títulos constituirían una inversión interesante para los negociantes y por otro, permitirían desarrollar un proyecto específico de obra pública en el país.

Lo anterior lo resalta el autor argentino Fernando Schwartz en su obra "El mercado de capitales- Transparencia y mejores prácticas- El Gobierno de las Empresas Cotizadas" indicando que "el empresariado argentino

le debe poner un voto de confianza al "otro" sistema de financiamiento al cual pueden acceder las empresas, es decir, el Mercado de Capitales, interiorizándose de cómo funciona y cuales son las bondades que ofrece, para así, poder valorar concienzudamente la opción de financiarse mediante alguna de las herramientas que el mismo les brinda, obteniendo los beneficios directos e indirectos que la oferta pública otorga, y por otro lado, poder generar una alternativa cierta y confiable, en donde nuestros vapuleados ahorristas, valoren otra opción en donde poner sus ahorros, con una relación riesgo/ rentabilidad beneficiosa, y dejen de considerar como únicas opciones de ahorro e inversión, las alternativas tradicionales..."¹⁸

El mercado de capitales es definido por este mismo autor como "uno de los sub-órganos del Mercado Financiero, considerando el otro sub-órgano el Mercado de Dinero o Bancario, tiene la función de asignar el ahorro de la economía a la inversión productiva de la forma más eficiente y con el menor costo, y para cumplir con dicho cometido depende de la interacción de la triada inversores/ahorristas-intermediarios- empresas demandantes de créditos, como participantes fundamentales del sistema."¹⁹

El mercado de capitales está estrechamente relacionado con la actividad financiera de

18 SCHVARTZ, Fernando. El mercado de capitales. Transparencia y mejores prácticas. El Gobierno de las Empresas Cotizadas. 2008. Página 52.

19 Ibidem.

un país. Esta actividad se especializa por los sujetos que participan en ella y por las operaciones que se realizan; tiene como objeto, el intercambio de dinero o de valores. A manera de ejemplificar lo anterior, se tiene por un lado, un grupo de sujetos con dinero que buscan invertir y por el otro, uno con determinadas necesidades más, el sistema financiero en el centro. Este último busca facilitar, como bien se mencionó, el intercambio de dinero y *valores* entre las personas.

El artículo segundo del Reglamento de Oferta Pública de Valores establece que “se considera valor cualquier derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no, en un documento que, por su configuración jurídica y régimen de transmisión, pueda ser objeto de negociación en un mercado de valores.”²⁰ Menciona el mismo Reglamento en su texto que son valores las acciones emitidas por sociedades anónimas, las obligaciones negociables emitidas por un ente público o privado, los documentos que tengan la naturaleza de títulos valores y los certificados de participación de los fondos de inversión.

En Costa Rica, por más que se presenten las posibilidades de una variedad de valores, el mercado de valores se ha caracterizado por ser un mercado de deuda a corto plazo y de

alta concentración en el sector público. La Bolsa de Valores sigue negociando valores a corto plazo, o bonos de los bancos. No hay convicción de inversión a largo plazo, siendo lo llamativo para el público inversionista la liquidez de la inversión.²¹

Asimismo, el mercado de valores costarricense es un mercado que no ha logrado profundizar en el mercado accionario. Una razón importante para esto es la visión empresarial familiar que se tiene en el país. En otras palabras, se tiene una idea de empresa en donde se prefiere mantener el capital de manera privada (piénsese entre familiares y amigos), y no público. Las implicaciones de estar en Bolsa y de hacerse una empresa pública son varias, entre las que está el ser completamente transparente, asunto que no resulta llamativo para muchos empresarios. El mercado de valores costarricense está compuesto por 41 emisores. Los emisores son aquellas personas, físicas o jurídicas, que ofrecen los valores. Son aquellas “empresas o fideicomisos que ofrecen valores al público con el fin de obtener recursos para financiar sus proyectos. Pueden ser nacionales o extranjeros, públicos o privados, financieros o no financieros.”²²

En Costa Rica, la gran parte del mercado de valores lo constituye la deuda pública- punto que será comentado más adelante-; por

20 Reglamento de Oferta Pública de Valores. Aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante el artículo 11 del acta de la sesión 571-2006 del 20 de abril del 2006. San José, Costa Rica. Artículo 2.

21 Op cit 20, artículo 3.

22 Op cit 18. Página 35.

ello, lo que se encuentra son básicamente emisiones de deuda de ciertos bancos, de financieras y de mutuales, entre otros.

Uno de los emisores que forman parte del mercado de valores costarricense son los fideicomisos de obra pública, o fideicomisos emisores como les han llamado también. El Reglamento de Oferta Pública de Valores se modificó en gran parte en el año 2010 para permitir la titularización de activos por medio de la figura del fideicomiso. Su artículo 73 establece textualmente que el “fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública.”

Continúa diciendo el mismo numeral que la Administración va a transmitir al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para desarrollar el proyecto. Entre estos activos o derechos se pueden nombrar los derechos de uso, de usufructo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, flujos futuros de efectivo, entre otros.

El Reglamento de Oferta Pública de Valores permite la titularización de activos que provengan de proyectos de desarrollo de obra pública. Para que el fideicomiso emisor cuente con la autorización para hacer oferta

pública de valores debe de empezar porque el fiduciario sea el titular- en calidad de propietario fiduciario- de los activos cedidos en el contrato para el desarrollo del proyecto de obra pública. Partiendo de esto, debe luego someterse a una serie de procedimientos y de autorizaciones.

El numeral 78 del Reglamento regula este tema y ha sido motivo de bastante discusión, ya que muchos alegan que las mencionadas “autorizaciones previas” constituyen trabas en el desarrollo del proyecto y en la oferta pública de las emisiones. En un primer lugar, se establece que el contrato de fideicomiso así como sus contratos conexos, deben respetar el bloque de legalidad de orden público, la normativa de derecho comercial, del mercado de valores y las disposiciones en relación con la materia del Ministerio de Hacienda. En un segundo plano, hay requisitos de autorización más específicos. Al respecto, el artículo 78 establece que:

“a. Previo a la autorización de oferta pública, el fideicomiso y aquellos contratos vinculados que así lo requieran deben contar con las autorizaciones que correspondan, de las dependencias del Ministerio de Hacienda, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Banco Central de Costa Rica, y cualquier otra que se requiera, así como también contar con el refrendo por parte de la Contraloría General de la República.

b. Cuando se trate de un fideicomiso por parte del Poder Ejecutivo o alguna de sus dependencias que por la naturaleza del

arrendamiento o alguna de las características del fideicomiso constituya o sea similar a deuda o crédito público, se debe acreditar la aprobación legislativa a la que se refiere el artículo 121 inciso 15 de la Constitución Política. En caso de que no califique como deuda o crédito público o similar, se requiere de una nota del Ministerio de Hacienda validando dicho criterio.

c. En los casos en que parte o la totalidad de los ingresos del fideicomitente provengan de transferencias del Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República o fuente similar, se requiere una carta de no objeción por parte del Ministerio de Hacienda.”²³

De igual manera, sí se cuenta con dichas autorizaciones y se opta por emitir valores y colocarlos en el mercado, no hay que olvidar que ésta es una tarea compleja, ya que dichas emisiones deben de obedecer a una serie de requisitos. Entre éstos, prácticamente podemos resaltar que deben ser valores de contenido crediticio, que deben ofrecerse mediante oferta pública restringida a no ser de contar con una de las garantías específicas que cita el artículo 90 del Reglamento (del Estado costarricense, de una institución financiera internacional multilateral con participación del Estado costarricense o del fideicomitente, cuando “éste posea capacidad económica demostrada y suficiente, en relación con el tamaño de la emisión; así

como que, al momento de la autorización, posea al menos 2 años consecutivos de contar con una calificación de riesgo vigente concedida por una empresa calificadora de riesgo nacional”²⁴) y que los flujos futuros y predecibles provenientes del contrato de arrendamiento resultan esenciales para la emisión de los valores.

Si bien los fideicomisos de obra pública proponen una alternativa atractiva para invertir en obra pública en el país, como se mencionó anteriormente, los fideicomisos están sometidos a una serie de autorizaciones previas y de controles para poder ejecutar sus proyectos. En la práctica, siendo que las autorizaciones involucran entidades como las citadas, los procesos de autorización se convierten en procedimientos largos y engorrosos.

Es decir, si bien es necesario que los fideicomisos cuenten con controles previos, la aprobación por parte de las entidades de la Administración, alargan mucho la ejecución de los proyectos. Tomando esto en consideración, los proyectos que se deseen llevar a cabo mediante los fideicomisos de obra pública deben de ser proyectos suficientemente grandes y buenos económicamente, para que puedan soportar el tiempo y el dinero invertido en los procesos previos de autorización. Dicho de otra manera, los fideicomisos de obra pública pareciera ser que están dirigidos

23 Op cit 20. Artículo 78.

24 Op cit 20. Artículo 90.

a la ejecución de proyectos de infraestructura pública de gran magnitud. De lo contrario, no son una opción muy cómoda.

Alianzas público-privadas: una alternativa para la inversión en obra pública por medio de capital privado.

El concepto de alianza público privada es bastante sencillo; no obstante, más amplio de lo que se podría pensar. Por ello, resulta importante delimitarlo y explicar los principales rasgos que caracterizan este modelo de asociación.²⁵

Las alianzas público-privadas,²⁶ como bien su nombre lo indica, son coaliciones entre el sector privado y el sector público, nacidas principalmente para un propósito específico. La asociación puede establecerse por medio de un contrato entre ambos sectores- vía más utilizada en el pasado- o a través de otra forma legal de asociación, por ejemplo una sociedad. El Fondo Multilateral de Inversiones (de ahora en adelante “el FOMIN”) define la alianza público privada como “un contrato legalmente vinculante entre un gobierno y una empresa para la provisión de bienes y la prestación de servicios que distribuye las

responsabilidades y los riesgos empresariales entre los distintos socios.”²⁷

La alianza público-privada no es un tipo de asociación nueva, sus orígenes se remontan en el tiempo. Se dice que el término es originario de los Estados Unidos en los años 1950's, utilizado específicamente para lo que eran programas educativos. Más adelante, estas alianzas se fueron utilizando para distintos asuntos, como para renovar la urbanidad de las ciudades o para proveer servicios públicos. Inglaterra fue otro de los países pioneros en la utilización de la iniciativa privada de financiamiento. Si bien la figura se aplicaba con otro nombre, la idea era la misma: apoyarse en capital privado para proveer servicios u obras públicos.

América Latina, naturalmente, aprendió del modelo utilizado por Inglaterra y otros países, y acogió la figura. En los últimos veinte años, la región latinoamericana ha sido la anfitriona de cantidades de alianzas público privadas para el desarrollo de infraestructura pública: “En las últimas dos décadas, la región ha realizado importantes avances en la implementación de reformas económicas. En numerosos países, los sectores de

25 Como primer paso, es menester aclarar que el nombre alianza público-privada no es la única denominación que se le ha dado a este tipo de alianza. Conforme se ha ido desarrollando el tema, su nombre ha ido evolucionando y utilizado indistintamente de varias formas. A manera de ejemplo, no pretendiendo citar una lista taxativa, éstos son algunos de los nombres que se le ha dado a las alianzas público-privadas: Participación Público Privada en infraestructura (“Private Participation in Infrastructure” en inglés), Participación del Sector Privado (“Private-Sector Participation” en inglés), P3 (por su nombre en inglés “Private Public Partnerships”), Iniciativa Privada de Financiamiento (“Private Finance Initiative” en inglés), APP por su siglas, entre otras.

26 Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005. Párrafo 14.

27 Op cit 26. Párrafo 8.

las infraestructuras básicas dependen en mucha menor medida del financiamiento del gobierno. América Latina ha atraído a la mitad de las APP del mundo en desarrollo en los últimos dos decenios. A principios de 1990, los proveedores privados suministraban solamente el 3% del teléfono y la electricidad de la región, y casi ninguna de las empresas de agua se encontraba en manos privadas. En 2003, las empresas privadas de servicios gestionaban el 86% de las telecomunicaciones y el 60% y el 11% de las conexiones de electricidad y agua respectivamente.”²⁸

Es importante mencionar algunas de las razones por las cuáles las alianzas público privadas se han utilizado y se siguen utilizando actualmente. Entre dichas razones encontramos las siguientes:

- i. Como un primer punto, cabe señalar que existen muchísimas limitaciones en el sector público para invertir en obra pública, las cuales afectan directamente la cantidad, la calidad y la renovación de la infraestructura y de la prestación del servicio público.
- ii. Por otro lado, existe evidencia del pobre desempeño que ha tenido el sector público en la ejecución de los proyectos que acoge, en relación con el desarrollo de obra e infraestructura pública.
- iii. Por último, cabe mencionar la aceptación por parte del sector público,

de la necesidad de realizar cambios en el desarrollo de obra pública y en la prestación de servicios públicos.²⁹

Esto lleva a otro asunto que debemos tener presente a la hora de definir el concepto, y es que éste varía según el país en el cual se esté aplicando. En el contexto latinoamericano por ejemplo, la definición de estas alianzas no ha funcionado de manera uniforme. Esto, porque todos los países tienen una realidad, una problemática particular y van a existir diferencias a la hora de implementar las alianzas público privadas en los mismos.

Se ha intentado encontrar un concepto de alianza público privada que se ajuste a las necesidades específicas de cada país para que su puesta en práctica, en el mismo, sea viable. En este sentido, el FOMIN en su plan de acción de Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público-Privadas estableció que:

“Con las lecciones aprendidas de las últimas dos décadas, está surgiendo un nuevo modelo de Alianza Público Privada que hace que los sectores público y privado permanezcan involucrados durante todo el ciclo de vida de un proyecto, incluyendo la construcción, el financiamiento y las operaciones. Con este nuevo modelo, el gobierno comparte los riesgos con el sector privado, haciéndolo más atractivo para los inversionistas de dicho sector y ofreciendo sostenibilidad fiscal a

²⁸ Op Cit 26. Párrafo 2.

²⁹ ROBINSON, CARRILLO, ANUMBA y PATEL. Governance and Knowledge Management for Public Private Partnerships. Wiley-Blackwell. 2010. Página 2.

los gobiernos. Este cluster promoverá y desarrollará este nuevo modelo y buscará el financiamiento de Alianzas Público Privadas personalizadas diseñadas para adaptarse a las situaciones y prioridades concretas de cada país y compartir las lecciones aprendidas de todos los interesados directos de la región.”³⁰

A través del desarrollo de la figura de las P3 en los últimos años, se han podido identificar una serie de aspectos básicos que las caracterizan. Ahora bien, antes de ahondar en dichas características, hay que tener presente siempre que la APP busca ser una figura flexible y creativa que se logre ajustar a las necesidades y realidades del país donde se implemente.

Es decir, las características que se enunciarán a continuación se han presentado en varias alianzas público-privadas, pero esto no significa que deban de presentarse tal cuales en toda asociación entre el sector público y el privado. La figura debe usarse creativamente, ajustándose siempre, en la medida de lo permitido, a cada país o región.

1. Se trata de un convenio entre el sector público y el sector privado, conocido como el “contrato APP”. Este convenio por lo general, implica una relación a largo plazo; sin embargo, existen casos en los que dependiendo del propósito específico de la asociación, la relación sea por plazos menores.
2. Este convenio puede adoptar varias formas. Es decir, puede ser un contrato, una sociedad u otro tipo de alianza en el tanto sea permitida. Esto es lo que se conoce como “vehículo para fines específicos” o “special purpose vehicle” en inglés. Esta flexibilidad es precisamente uno de los puntos más llamativos de la figura, ya que se presta para muchas cosas.
3. La relación entre ambos sectores nace para el diseño, construcción, financiamiento y/o operación de infraestructura pública o de servicios públicos por cuenta del sector privado. Es decir, el objetivo de las alianzas público privadas es la de dotar de obra pública- sea infraestructura o un servicio directamente.
4. Las alianzas público-privadas establecen objetivos claros y específicos en relación con el desarrollo de la obra o con la prestación del servicio. Es decir, surgen con un propósito y objetivo determinado.
5. Las alianzas público privadas surgen cuando el sector público carece de recursos económicos- y técnicos en ciertas ocasiones- para ofrecer los servicios públicos, dotar de infraestructura al país y ejecutar proyectos en relación con éstos.
6. La asociación público-privada implica, por lo general, la realización de pagos a favor del sector privado a través de la

30 Op cit 26. Párrafo 9.

vida del contrato APP. Estos pagos corren por parte de la Administración Pública o en algunos casos, por ésta y el público en general, como usuarios de la obra o del servicio público.

7. Los convenios entre el sector público y el privado, en la modalidad de las P3, implican, generalmente, una estructura clara y establecida de rendición de cuentas. Esto, recordando siempre la transparencia que se busca exista en la implementación de este tipo de alianza.
8. En la mayoría de los casos como resultado final, la instalación construida termina siendo propiedad de la Administración Pública.³¹

Las alianzas público-privadas constituyen, sin lugar a duda, un método para aumentar la inversión en obra pública. Sin embargo, su implementación debe ir acompañada de una serie de aspectos fundamentales. Cada país interesado debe establecer el marco legal adecuado, debe tener la capacidad necesaria para estructurar contratos que garanticen una buena transferencia de los riesgos a la parte contractual privada y por último, debe vigilar que la alianza sea creada por los motivos correctos: inversión en infraestructura pública de la manera más eficiente posible.

Varios países latinoamericanos ya han implementado la figura de la asociación público privada para invertir en infraestructura

pública, el resultado ha sido completamente positivo. Costa Rica debe de fertilizar el terreno legal-financiero para que se pueda poner en funcionamiento con mayor facilidad, este tipo de figura en el país. Si bien la idea de la APP pareciera ser sumamente provechosa, como se mencionó, es fundamental que se propicien las condiciones para que la semilla germine y dé los frutos previstos.

Otro punto fundamental que hay que tener presente a la hora de implementar una alianza público privada es la transferencia de los riesgos del sector público al sector privado. Esta transferencia debe ser clara, transparente y públicamente establecida. Deben de haber reglas claras en la transferencia de riesgos para que ambas partes sepan a qué se están sometiendo y tomen la decisión con base en esto. Esto genera, en principio, como consecuencia, una mayor eficiencia al prestar los servicios el sector privado.

“Los gobiernos se sienten atraídos por las Alianzas Público Privadas debido a sus posibilidades para desarrollar infraestructura cuando el financiamiento de los presupuestos estatales resulta imposible, evitando los retrasos asociados a la contratación tradicional, y a que aceleran la inversión en infraestructura, transfiriendo el riesgo del sector público al privado y mejorando la eficiencia de las operaciones, la gestión y el mantenimiento de los proyectos.”³²

31 YESCOMBE E. Public-Private Partnerships- Principles of Policy and Finance. 2007. Página 147.

32 Op cit 26. Párrafo 10.

Sin embargo, uno de los problemas que se ha presentado en relación con lo anterior es que no existe un modelo uniforme para evaluar, distribuir y ponerle un precio a ese riesgo.

Para que las asociaciones público privadas sean viables desde el punto de vista económico-social, hay una serie de componentes que, según el FOMIN, se podrían implementar en función de la situación específica de cada país³³: un marco legal, un vehículo de asociación específico (contrato o sociedad), financiamiento de unidades de capacitación de personal y la existencia de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura.

Establecimiento de un régimen normativo o de un marco legal para la implementación de las alianzas público privadas:

El informe del FOMIN recomienda que en principio, lo mejor sería crear normativa específica acerca del funcionamiento de la alianza público-privada en el respectivo país. Dicha regulación debería incluir, entre otras cosas, normas de contabilidad fiscal, normas para la concesión de licencias, especificaciones sobre la construcción de infraestructura pública, lineamientos sobre la prestación de servicios públicos, etc.

En algunos países existe ya legislación específica en relación con las APP's. Por ejemplo, en Puerto Rico existe la Ley de Alianzas Público Privadas N. 29 del 2009 de Puerto Rico, la cual autoriza a todos los departamentos, agencias y corporaciones públicas a establecer alianzas público privadas mediante contrato.³⁴ El texto de la ley define alianza público privada como "cualquier acuerdo entre una Entidad Gubernamental y una o más personas, sujeto a la política pública establecida en esta Ley, cuyos términos están provistos en un Contrato de Alianza, para la delegación de las operaciones, funciones, servicios o responsabilidades de cualquier entidad gubernamental, así como para el diseño, desarrollo, financiamiento, mantenimiento u operación de una o más instalaciones, o cualquier combinación de las anteriores".³⁵

En México existe también una ley que regula las P3, la Ley de Alianzas Público Privadas de servicios del Estado de Sonora de México. El texto de la misma establece en su artículo primero que la ley es de orden público y que tiene por objeto regular las acciones relativas a la autorización, planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y seguimiento de los proyectos que se lleven a cabo bajo la modalidad de alianza público

33 Información tomada de Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005.

34 Op cit 2.

35 Op cit 2. Artículo 1.

privada de servicios, así como los contratos que con ese carácter se celebren.” Continúa definiendo alianza público privada como “la asociación entre un ente contratante y un proveedor mediante la cual éste se obliga a prestar, a largo plazo, uno o más servicios con los activos que el mismo construya o provea, por sí o a través de un tercero, incluyendo activos públicos, a cambio de una contraprestación pagadera por el ente contratante por los servicios que le sean proporcionados y según el desempeño del proveedor.”³⁶

En relación con las alianzas, la ley del estado de Sonora en México contiene lineamientos sobre las características que deberían tener los proyectos, la programación de los mismos, la autorización del proyecto en sí, de la administración de éste, etc. Por otro lado, incluye aspectos relacionados con el contrato de alianza público-privada, estableciendo las características básicas que debe tener el mismo. Entre éstas se establecen el plazo para dar inicio a la prestación de servicios, la descripción de los mismos, los riesgos que asumen ambas partes (punto fundamental como se vio líneas atrás), las causales de terminación de la asociación, la metodología de acción, el precio de los servicios y los actos que pueden dar lugar a una modificación al precio del contrato, etc.³⁷

Brasil es otro de los países latinoamericanos que cuenta actualmente con una ley de alianzas público-privadas: la Ley de Alianzas Público-Privadas Número 11079 de diciembre 2004. En su texto se establece que las “parcerías público-privadas” (entiéndase alianzas público privadas) son un tipo especial de concesión caracterizada por el hecho de que la remuneración del contratante privado corre a cargo, total o parcialmente, de la Administración pública actuante.³⁸ En esta ley se define de manera similar a los casos expuestos anteriormente, aspectos fundamentales que deben estar presentes a la hora de implementar una P3.

Elaboración de vehículos específicos para el establecimiento de la alianza público privada en la construcción de infraestructura pública y/o la prestación de un servicio público.

Algo esencial en la implementación de una alianza público-privada es el vehículo que se crea para establecerla. Es decir, el contrato o la asociación entre el sector público y el sector privado. Hay que recordar que estas figuras se deben instituir con creatividad, en el tanto permitan la consecución de los fines propuestos. Es decir, se puede ajustar la creación del vehículo de implementación de la APP a las necesidades y circunstancias específicas de cada país.

36 Ley de Alianzas Público Privadas de Servicios del Estado de Sonora. Ley publicada en la Sección I del Boletín Oficial del Estado de Sonora, el lunes 14 de julio de 2008. Artículo 2.

37 Ibídem. Artículo 32.

38 VALLE J. Brasil da un paso adelante en materia de infraestructura. 06 de marzo del 2005.

Si bien, como ya se expuso, algunas de las leyes de alianzas público privadas incluyen en su texto la forma en la cuál se debe de establecer la asociación, no hay que olvidar que en la medida que no exista una ley específica, las P3 se pueden estructurar de distintas formas. La flexibilidad de la figura es precisamente lo interesante y ventajoso de su implementación.

Constitución de financiamiento de unidades de capacitación de personal.

Según el informe del FOMIN, otro punto esencial en la implementación de las alianzas público-privadas es la preparación del personal que estará involucrado. La idea es que los trabajadores que formarán parte del proyecto estén debidamente preparados para facilitar la ejecución de la alianza. Una de las ventajas de la APP es que por lo general, la empresa privada cuenta con conocimientos técnicos apropiados para la construcción de la obra. No obstante, se propone contar con una unidad de capacitación que pueda proveer conocimientos técnicos, que realice estudios de viabilidad y estructure proyectos pilotos, entre otras cosas.

Este punto es fundamental para que las alianzas público privadas funcionen. El Estado debe tener gente capacitada, gente con conocimiento técnico y familiarizada con el sector privado.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) emitió un reporte denominado “Principios para la participación del sector privado en infraestructura” en el cual se analizaron una serie de puntos esenciales para la inversión privada en infraestructura pública. Como uno de estos principios se estableció la necesidad de los gobiernos de crear las competencias que les permitan convertirse en un socio del mismo nivel que el socio del sector privado. La OECD indicó que esto es un costo que debe de ser tomado en cuenta a la hora de proyectar los gastos del proyecto, ya que resulta esencial que el sector público se capacite y se prepare de la mejor manera.³⁹

Establecimiento de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura.

En relación con el agrupación de fondos de infraestructura para financiar los proyectos más importantes, dice el FOMIN, que el propósito de éstos sería “definir la normativa y las modalidades operativas e identificar las fuentes de financiamiento incluyendo los recursos presupuestarios del gobierno, las garantías del sector privado y el financiamiento junto con el acceso al financiamiento de los mercados locales de capital y la movilización de préstamos.”⁴⁰

39 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). “Principios para la participación del sector privado en infraestructura”. Francia. 2007. Principio N° 10.

40 Información tomada de: Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005.

La alianza público privada en el ámbito municipal.

Hay que tener presente que la alianza público-privada es una asociación entre el sector público y el privado, sector público no necesariamente significando Gobierno central o Administración Pública como un todo. La parte pública de la alianza público-privada puede ser administración pública en sentido amplio. Es decir, puede establecerse una alianza entre el sector privado y cualquiera de los sectores que conforman la Administración pública. Piénsese por ejemplo, en una municipalidad.

De igual manera, el concepto de infraestructura pública abarca todas las obras públicas, incluidas en éstas, las obras municipales. Los servicios públicos municipales son servicios públicos y las obras municipales junto a los primeros, son obra pública.

En los últimos años, se ha ido fomentando la utilización de alianzas público-privadas para invertir en obra pública municipal y varios países latinoamericanos han acogido la idea. El Banco Interamericano de Desarrollo (de ahora en adelante el "BID"), específicamente a través del FOMIN, emitió un documento enfocado a la situación de Brasil, titulado "Programa de Apoyo a la Estructuración

y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales".

El objetivo principal de este proyecto fue: "contribuir a incrementar la competitividad y mejorar las condiciones sociales en pequeños municipios del Brasil, a través de la promoción de Micro APP para la provisión de servicios públicos esenciales.⁴¹" Para lograrlo, su propósito fue "apoyar la estructuración, implantación, evaluación y diseminación de Modelos Institucionales y Mecanismos de Gobernanza alternativos de Micro APP Municipales, a través de pequeños proveedores locales, orientados hacia la prestación de servicios públicos esenciales a la población de menor poder adquisitivo."⁴²

Adicionalmente, el proyecto planteó "fortalecer el capital técnico, operativo e institucional de las administraciones públicas municipales y de los pequeños y medios proveedores locales, a fin de construir una sinergia sostenible de largo plazo para la operacionalización de micro APP sociales, de acuerdo con las necesidades y limitaciones de la realidad local de la comunidad beneficiada."⁴³

En este informe se trabajó con un concepto amplio de alianza público-privada, ya que se indicó que la aplicación de estas asociaciones estaría limitada a los municipios, a través de

41 Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Multilateral de Inversiones. "Programa de Apoyo a la Estructuración y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales". 2004.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

obras locales, entendiendo alianza público privada como “cualquier instrumento de asociación, de alianza, de concesión, de permiso y de contratos de gestión, siempre y cuando involucre a sectores público y privado, en la esfera municipal, al amparo de marcos legales regulatorios, y cuando presente viabilidad técnica, económica, financiera y operacional para responder a la necesidades de infraestructura económica y social.”⁴⁴

Similar al Programa de Apoyo a la Estructuración y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales, el FOMIN del BID emitió el presente año⁴⁵ un programa para la implementación de alianzas público-privadas para el ámbito municipal en El Salvador. El programa “Implementación de alianzas público privadas para el manejo de mercados municipales en El Salvador” propone ideas sumamente interesantes, guiadas por el objetivo del proyecto que es “contribuir a integrar y expandir el concepto de alianzas público-privadas a nivel municipal y subnacional”.⁴⁶

El programa es un plan piloto para poner en funcionamiento las P3 en las municipalidades de El Salvador, para lo cual proveerá de asistencia técnica a los municipios para crear modelos de APP lo suficientemente atractivos para interesar la inversión del sector privado.

La idea detrás de estos programas del BID es que si bien ya hace varios años se trabaja con alianzas público-privadas a nivel nacional, la implementación de estas formas de asociación se debe de intentar a nivel municipal porque los proyectos al ser más pequeños, son mucho más manejables.⁴⁷

El principio rector en la ejecución de estas APP es el fortalecimiento de la transparencia en la administración de la infraestructura municipal, como también en la prestación de los servicios municipales.⁴⁸

La figura de la alianza público-privada no ha sido altamente explotada en Costa Rica. Su implementación para la inversión en obra pública ha estado limitada prácticamente a la utilización de la concesión de obra pública. Como hemos mencionado anteriormente, las alianzas entre el sector público y el privado pueden tomar varias formas, y esto no ha sido aprovechado en el país. Al ser la figura sumamente flexible, se presta para idear distintos vehículos de asociación.

Teniendo presente que lo que se busca proponer una modalidad de alianza público privada para ser implementada en el país, que se amolde en gran medida a las necesidades y realidad de Costa Rica, cabe recordar los puntos que según el FOMIN deben ser

44 Ibidem. Párrafo 2.10.

45 2011.

46 Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Multilateral de Inversiones. “Implementación de alianzas público privadas para el manejo de mercados municipales en El Salvador.” 2011. Página 1.

47 Ibidem. Página 4.

48 Ibidem. Página 5.

tomados en cuenta para la puesta en marcha de una APP: “un marco legal, un vehículo de asociación específico (contrato o sociedad), financiamiento de unidades de capacitación de personal y la existencia de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura”.⁴⁹

En relación con estos puntos, los últimos dos relacionados con financiamiento, son un poco más difíciles de lograr que los primeros. Esto se debe a que la falta de recursos por lo general es el centro del problema o si hay recursos, éstos están mal administrados o no existen proyectos en los cuáles invertirlos. Por otro lado, los primeros dos puntos, relacionados con la existencia de un marco legal adecuado y un vehículo de asociación específico, sí son más factibles. Esto, unido a la nueva tendencia de llevar la alianza público-privada a nivel municipal, conlleva a sugerir la implementación de alianza público privada, que puedan ser fácilmente aplicadas a nivel municipal, que cuenten con un marco legal establecido y con un vehículo de asociación definido.

Las sociedades públicas de economía mixta (“SPEM’s”).

Las sociedades públicas de economía mixta (de ahora en adelante las “SPEM’s”) son básicamente una alianza entre el sector

público a nivel municipal y el sector privado. La Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, Ley N. 8828 del 29 de abril del 2010 (de ahora en adelante la “Ley Reguladora de las SPEM’s”) es la norma encargada de regular las SPEM’s y su actividad.

El Código Municipal faculta en su artículo 13 al Consejo Municipal para autorizar la constitución de SPEM’s el establecer que son atribuciones del concejo “constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y **autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta...**” (El resaltado no es del original).⁵⁰

La Ley Reguladora de las SPEM’s lo que hace es desarrollar el contenido del citado inciso q) del artículo 13 de Código Municipal. No obstante, como se expondrá a continuación, esta ley deja poco claros, varios puntos en relación con la constitución y el funcionamiento de las SPEM’s, prestándose para cierta discusión.

Estas sociedades de economía mixta tienen como objeto “la ejecución de las obras necesarias prioritarias para el desarrollo de la comunidad y las de servicios públicos locales, con el fin de satisfacer, oportuna

49 Op cit 40.

50 Código Municipal. Ley 7794 del 30 de abril de 1998. Artículo 13.

y adecuadamente, los intereses de los municipios”.⁵¹ Para ello, las SPEM’s están facultadas para formar alianzas estratégicas con instituciones públicas y con el sector privado con el propósito de desarrollar los proyectos ideados para la prestación de los servicios públicos municipales o para la construcción de la infraestructura.⁵²

Esta posibilidad de formar alianzas estratégicas que la Ley Reguladora de las SPEM’s le da a estas sociedades, es quizás uno de los puntos más valiosos y rescatables de la ley. Más adelante se analizará este punto con mayor detalle, pero sí es importante tenerlo presente.

En cuanto al domicilio de las sociedades, la Ley Reguladora de las SPEM’s establece que será el cantón de origen. No obstante, el artículo 4 de la misma es claro en establecer que “sin perjuicio de ello, podrá establecer oficinas en otros cantones del país, cuando exista un acuerdo municipal que así lo autorice, del concejo de las municipalidades involucradas, para ello, se requiere la aprobación de dos tercios del total de los miembros que integran el concejo...”⁵³ Esto parece indicar que las sociedades pueden ejercer sus negocios o actividades en otros

cantones del país, punto interesante ya que expande su campo de acción.

Ahora, para crear estas sociedades se requiere la participación de la municipalidad que ostentará un 51%- y la del sector privado quien tendrá el 49% restante. El artículo 22 de la Ley Reguladora de las SPEM’s establece como requisito esencial para su formación, la participación de al menos un sujeto privado, que se escogerá siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa.

La Ley de Contratación Administrativa no establece un procedimiento específico para la escogencia del sujeto privado de las SPEM’s; pero sí menciona en su artículo 57 que “las contrataciones de obra pública se efectuarán por licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto”.⁵⁴ La relación del tipo de procedimiento según el monto está establecida en el artículo 27 de la misma ley.

Hay que tener presente que las municipalidades poseen autonomía política, administrativa y financiera- autonomía que les confiere la Constitución Política- y que dentro de sus atribuciones está acordar sus presupuestos

51 Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, Ley N. 8828 del 29 de abril del 2010. Artículo 2.

52 *Ibidem*. Artículo 7.

53 *Op cit* 51. Artículo 4

54 Ley de Contratación Administrativa. Artículo 57.

y ejecutarlos.⁵⁵ El gobierno municipal está legitimado para “acordar los presupuestos y aprobar las contribuciones, tasas y precios que cobre por los servicios municipales, así como proponer los proyectos de tributos municipales a la Asamblea Legislativa”⁵⁶

Considerando que la Ley de Contratación Administrativa toma como base para determinar el tipo de procedimiento el presupuesto autorizado de la administración “específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales”, habría que considerar cuál fue el monto determinado por la municipalidad en su presupuesto para tales bienes y servicios.

La Ley Reguladora de las SPEM’s simplemente remite a la Ley de Contratación Administrativa para la contratación del sujeto privado que formará parte de la SPEM, pero la Ley de Contratación Administrativa no posee un procedimiento específico para el caso. El procedimiento a seguir no queda completamente claro y pareciera ser, que remite a la licitación pública, a la licitación abreviada o a la contratación directa dependiendo del monto del proyecto.

Una vez seleccionado el socio privado, se podrá proceder a confeccionar la SPEM. Ésta, de acuerdo a lo establecido en su ley

reguladora, se rige por los mismos principios y normas que las sociedades anónimas.⁵⁷ sin perjuicio de las regulaciones que existan por participar la Administración Pública. Así que, se constituirá por medio de una escritura constitutiva y ésta deberá inscribirse en el Registro Nacional, específicamente en el Registro de Personas Jurídicas.

El capital accionario de la SPEM pertenecerá al menos en el cincuenta y uno por ciento (51%) a la municipalidad y en el porcentaje restante pertenecerá al o a los sujeto(s) privado(s)⁵⁸. La ley no es clara a la hora de analizar cómo deberá de representarse el capital social de la SPEM. Pensando que las SPEM’s se rigen bajo las mismas reglas de las sociedades anónimas, ¿qué impide que se puedan constituir SPEM’s con un capital social de ₡1000 (mil colones) por ejemplo? Una opción razonable sería que el capital social de la sociedad represente el presupuesto del proyecto para el cual se está constituyendo la SPEM o al menos un porcentaje; sin embargo, esto no está claro. Al parecer, no hay limitación en relación con el capital, por lo que podría ajustarse a la relación deuda-capital del proyecto.

Considerar los porcentajes de participación en el capital accionario lleva a otro punto importante, y es el hecho que la mayoría de las acciones sean propiedad de la municipalidad.

55 Op cit 50. Artículo 4.

56 Op cit 50. Artículo 12.

57 Op cit 51. Artículo 3.

58 Op cit 51. Artículo 24.

Lo anterior conlleva varias consecuencias, la primera de ellas es que convierte a la sociedad en una sociedad pública. Por lo que la SPEM está sujeta a todos los controles públicos a los cuales están sometidas las empresas públicas, como por ejemplo a la aprobación anual por parte de la Contraloría General de la República de su presupuesto.

Que la municipalidad sea dueña del 51% de las acciones responde al deseo de que ésta mantenga control sobre la SPEM. En relación con este punto, el artículo 24 de la Ley Reguladora de las SPEM's es claro al establecer que "...en este sentido, las acciones de las municipalidades en las SPEM, que garanticen el control municipal de estas empresas, serán intransferibles a sujetos de Derecho privado".⁵⁹ Establece también, que no serán aplicables a ellas "esquemas de acciones preferenciales u otros mecanismos societarios que puedan afectar el control de las municipalidades sobre sus asambleas generales de accionistas."⁶⁰

En otras legislaciones, se ha recurrido a la figura de las llamadas "acciones de oro" para solucionar, y a la vez evitar, este problema. Las acciones de oro o "golden shares" son acciones de la sociedad que llevan consigo el poder de vetar las demás acciones en ciertas circunstancias específicas. Por lo general, se trata de acciones que pertenecen al Estado

y ese poder de veto existe, para que la Administración Pública pueda mantener el control cuando participa conjuntamente con el sector privado.⁶¹ Inglaterra ha utilizado mucho esta figura en el pasado, al igual que España.

Las acciones de oro son una solución alterna a la mayoría accionaria para lograr que el sector público controle la sociedad en temas que le interesan directamente. El hecho que el sector público- en este caso la municipalidad- tenga la mayoría de las acciones es por un lado, una opción no atractiva para el socio privado porque es difícil encontrar un socio que decida conformar la sociedad sabiendo que será minoría y que no tendrá poder a la hora de tomar decisiones y por otro, una opción nada económica para la misma municipalidad, ya que en teoría su aporte debe de ser mayor.

En cuanto al patrimonio de las SPEM's, éste estaría compuesto por las inversiones en acciones que hagan la municipalidad y el sector privado participante, como también por las donaciones y transferencias que reciba.⁶² Estas sociedades están facultadas por el artículo 25 de la Ley Reguladora de las SPEM's para recibir donaciones. Igualmente, el numeral 26 de la misma ley les permite acudir al financiamiento bancario de ser necesario.

59 Ibídem.

60 Ibídem.

61 Información tomada de Enciclopedia en línea Investopedia. <http://www.investopedia.com>

62 Op cit 51. Artículo 27.

La municipalidad, previo acuerdo adoptado por mayoría calificada del Consejo Municipal, puede invertir en la SPEM. Esta inversión puede ser en dinero o en especie.⁶³ Este último tipo de aporte resulta fundamental a la hora de pensar en la creación de una de estas alianzas público privadas, ya que la municipalidad podría aportar- como aporte en especie- el uso de un bien municipal (no el bien en sí) por ejemplo. Siendo la falta de recursos económicos uno de los problemas más comunes, los aportes en especie abren un portillo sumamente interesante.

En relación con otros aspectos importantes de la escritura constitutiva de la SPEM, su ley reguladora también establece, que la sociedad deberá tener una estructura administrativa mínima compuesta de la siguiente manera: asamblea general de accionistas, junta directiva y un fiscal.⁶⁴ Establece al respecto el artículo 12 que “el Pacto Constitutivo respetará esta organización mínima, pero se podrán incluir otros órganos sociales, siempre y cuando sean congruentes con la naturaleza y los fines de estas sociedades y se conformen con los preceptos de la presente Ley, el Código de Comercio, Ley N.º

3284; el Código Municipal, Ley N.º 7794, y la demás normativa pública o privada aplicable, para una adecuada gestión social”.⁶⁵

La asamblea de accionistas es el órgano máximo de la SPEM y sus sesiones serán coordinadas por el presidente de la junta directiva y en su defecto, por el vicepresidente de la misma.⁶⁶

Por otro lado, la junta directiva será escogida por la asamblea general de accionistas por un período de dos años. La junta directiva de las SPEM's está compuesta por cinco integrantes, de los cuales 3 miembros son propuestos por la municipalidad y los otros 2 son propuestos por el socio privado de la SPEM.⁶⁷ La junta directiva realizará sus sesiones ordinariamente una vez a la semana, y de manera extraordinaria, “cuando sea convocada por el presidente, el vicepresidente en ausencia de aquel, por dos miembros o el fiscal”.⁶⁸

La representación judicial y extrajudicial de la SPEM la va a tener el presidente de la junta directiva, quien tendrá facultades de apoderado general de la misma. Su

63 Op cit 51. Artículo 23.

Artículo 23- Autorización para invertir

Previo acuerdo adoptado por mayoría calificada de los concejos municipales respectivos, las municipalidades participantes quedan autorizadas para invertir en estas empresas. Para tal efecto, el monto requerido será presupuestado en un solo período o en varios períodos; además, podrán hacer aportes en especie. De igual manera lo podrán hacer las instituciones del Estado.

64 Op cit 51. Artículo 12.

65 Op cit 51. Artículo 12.

66 Op cit 51. Artículo 14.

67 Op cit 51. Artículo 15.

68 Ibídem.

nombramiento será de un año, al igual que el de su vicepresidente, quien lo reemplazará en sus ausencias temporales.⁶⁹

Una vez conformadas las SPEM's, la Ley Reguladora de la misma establece las atribuciones que le corresponden a estas sociedades. Al respecto, el artículo 5 establece que son atribuciones suyas, las siguientes:

“a) Modernizar, racionalizar y ampliar los servicios públicos y las actividades productivas existentes.

b) Desarrollar nuevas actividades productivas, con el propósito de unificar integralmente los recursos humanos, naturales y de capital.

c) Promover el desarrollo humano integral...”⁷⁰

De igual manera, se les faculta a estas sociedades la realización de ciertas actividades mercantiles. En relación con el inciso a) y b) del artículo 5 anteriormente mencionado, se dice que el concejo municipal determinará las actividades productivas existentes y podrá en cuanto a éstas:

“a) Orientar y estimular la estructura productiva regional, proyectada a la comercialización nacional e internacional.

b) Fomentar y diversificar la comercialización nacional e internacional de bienes y servicios.

c) Integrar, de manera coordinada, los distintos sectores que componen el sistema económico regional, para aprovechar las oportunidades de desarrollo productivo, ambiental y humano.

d) Integrar el esfuerzo regional institucional del país a las políticas de las sociedades municipales de economía mixta.

e) Crear los mecanismos necesarios para la exportación de los productos que se dan en la región.”⁷¹

La Ley Reguladora de las SPEM's permite a éstas la realización de varias operaciones técnicas y financieras para el mejoramiento de sus funciones⁷². Entre estas operaciones está la emisión de bonos dentro de las regulaciones de la SUGEVAL y del artículo 87 del Código Municipal.⁷³ La posibilidad de emitir bonos para el financiamiento de las actividades de las SPEM's, al igual que el aporte en especie, es un aspecto sumamente rico que debe de ser aprovechado.

Las SPEM's, como se logró determinar, son alianzas entre el sector público (municipalidades) y el sector privado, que poseen las siguientes características:

En relación con el vehículo de asociación, se trata de una sociedad, que se constituye

69 Op cit 51. Artículo 111.

70 Op Cit 51. Artículo 5.

71 Op cit 51. Artículo 8.

72 Op cit 51. Artículo 9.

73 Op cit 50. Artículo 87. — Las municipalidades podrán emitir bonos para financiarse. Estos títulos estarán sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y estarán exentos del pago de toda clase de impuestos.

El Estado, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuradas como sociedades anónimas y las municipalidades están facultadas para invertir en bonos municipales.

entre ambos sectores y se rige según las regulaciones de las sociedades anónimas.

En cuanto al marco normativo, su campo de acción está debidamente delimitado por medio de la Ley Reguladora de las SPEM's. Son alianzas público privadas que surgen para la ejecución de obras necesarias para el desarrollo de la comunidad y para la prestación de servicios públicos locales.

Son APP que surgen con un propósito específico- que estará delimitado en el objeto de la sociedad- y para la confección de una obra determinada.

Al ser la municipalidad el sector público participante, se trata de proyectos más pequeños (en tamaño y dinero) y por ello, más ejecutables.

En relación con el financiamiento, permiten la posibilidad de emitir bonos y colocarlos en el mercado de valores.

La figura de la SPEM no ha sido muy utilizada en el país. La mayoría de las municipalidades desconocen por completo el concepto de las sociedades públicas de economía mixta. Muy pocas son las municipalidades que saben del tema, y a la fecha⁷⁴, solamente se han dado dos intentos de constituir una SPEM.

El primer fue de un grupo de cantones guanacastecos, los cuales formaron la

empresa "Ecotecnología de la Altura S.A.". Esta sociedad está inscrita en el Registro Nacional bajo el número de cédula jurídica número 3-101-424905. Sin embargo, el capital social de "Ecotecnología de la Altura S.A." pertenece en su totalidad a las municipalidades de Tilarán, de Cañas, de Bagaces y de Abangares, lo cual hace que dicha sociedad no sea una sociedad pública de economía mixta porque para que lo sea, la presencia del sector privado es requisito fundamental.

Si bien de primera entrada se descarta que sea una SPEM, es interesante analizar ciertos aspectos de su pacto constitutivo. En relación con su objeto, se indica que será "principalmente el administrar el Relleno Sanitario donde se dará el tratamiento y se dispondrá finalmente de los desechos sólidos de los cantones de Cañas, Tilarán, Bagaces y Abangares u otros que la empresa determine, sin perjuicio de que pueda dedicarse a la prestación de servicios públicos locales en la jurisdicción descrita anteriormente..."⁷⁵

En cuanto al capital social, se estableció uno de ₡100000 (cien mil colones) representado por cien acciones comunes y nominativas de mil colones cada una, las cuales fueron íntegramente pagadas y suscritas entre todas las municipalidades. En lo demás, la sociedad se constituyó como cualquier otra sociedad anónima. Se estableció la reserva legal, una

⁷⁴ Agosto, 2011.

⁷⁵ Pacto constitutivo, sociedad anónima "Ecotecnología de la Altura", número 3-101-424905, inscrita en el Registro Público bajo las siguientes citas: tomo 560, asiento 9013.

junta directiva, causales de liquidación, etc. Lo interesante del caso de “Ecotecnología de la Altura S.A.” es que existe un informe del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (de ahora en adelante el “IFAM”) denominado “Ecotecnología de la Altura S.A.: propuesta de una empresa de economía mixta para los cantones de la altura guanacasteca” en el cual se propone buscar un socio privado para formar una SPEM con “Ecotecnología de la Altura S.A.” El informe confunde los pasos al establecer que primero se crea la sociedad de economía mixta y una vez que ésta está inscrita en el Registro Nacional se realiza el procedimiento establecido por la Ley de Contratación Administrativa para seleccionar al socio privado. En este caso no está claro el concepto de sociedad pública de economía mixta ya que como se ha venido mencionando, no se podría constituir ni inscribir en el Registro Nacional sin la presencia del socio privado.

La otra SPEM de la cual se tiene conocimiento es una sociedad creada por la Municipalidad de Golfito. Sin embargo, ésta aún no está inscrita en el Registro Nacional, por lo que se dificultó obtener la información específica de su constitución. Según el IFAM, la SPEM creada por la Municipalidad de Golfito comete el mismo error en relación con la participación del sector privado que “Ecotecnología de la Altura S.A.”, otorgándole el 100% del capital accionario a la municipalidad. Sin embargo, al no estar inscrita en el Registro Público, lo anterior no se puede corroborar con seguridad.

Así las cosas, por el momento no existe una SPEM debidamente constituida y propiamente inscrita en el Registro Nacional como tal.

Conclusiones.

La necesidad de inversión en obra pública a través de modelos novedosos.

Costa Rica, al igual que todos los países de la región, necesita invertir en infraestructura pública para seguir adelante. Sencillamente, la construcción de infraestructura pública no es algo que se pueda sacrificar a la hora de planear el presupuesto de una nación. Dicho de otra forma, el Estado no puede darse el lujo de obviar la carencia de infraestructura; por el contrario, la inversión en infraestructura pública es y debe seguir siendo una prioridad.

Esto cobra más sentido si se considera que Costa Rica está en la posición número 101 de 142 de nivel de infraestructura según el reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad global. Específicamente, en cuanto a la infraestructura de caminos está en la posición 124 y en infraestructura de puertos está en la posición 137 de 142. Evidentemente, tiene un déficit de infraestructura y debe de invertir en esto como país.

Como es natural, la construcción de obra pública y la prestación de los servicios públicos han estado en manos del sector público. Éste tiene como deber proporcionar a sus ciudadanos las obras y servicios públicos,

con el fin de que la colectividad pueda gozar adecuadamente de ellos.

Costa Rica está consciente de que la inversión en obra pública es fundamental para su desarrollo como país. Actualmente, cuenta con una serie de dependencias que se encargan del tema, como lo son: el MOPT, el MIDEPLAN, el CNC, entre otros. Estas entidades buscan fomentar la inversión en infraestructura pública y son las encargadas de proponer proyectos y velar por la correcta operatividad de los que ya están en práctica. El Estado costarricense ha utilizado la concesión de obra pública para la construcción de infraestructura pública. Ésta ha sido utilizada por países vecinos para la inversión en obra pública, en donde muchos de los gobiernos han basado la construcción de infraestructura pública en este modelo de asociación, y les ha funcionado correctamente.

En Costa Rica, las concesiones de obra pública están reguladas por la Ley de Concesión de Obra Pública. Esta ley incluye el procedimiento requerido para celebrar contratos de concesión de obras públicas. Sin embargo, sucede que el proceso es muy largo e involucra una serie de requisitos bastante costosos tanto como para el Estado o Administración concedente, como para los participantes.

La concesión de obra pública implica un proceso técnico y muchas veces, los

funcionarios que trabajan en la administración del caso, no lo conocen. Es decir, se requiere preparar a aquellas personas involucradas en los procesos de concesión de obra pública; capacitarlos de manera tal, que entiendan correctamente cómo se debe de llevar a cabo el proceso con base en la ley, su reglamento y el ordenamiento jurídico en general.

La experiencia nacional con las concesiones de obra pública no han sido las mejores. Hay mucha desconfianza de cómo se lleva a cabo el proceso de control y rendición de cuentas. De igual manera, los trámites y requisitos estipulados en la ley tardan mucho en completarse, posicionando a Costa Rica en uno de los países en los cuales se dura más tiempo en la realización de trámites. Naturalmente, esto resulta poco atractivo para los inversionistas, ocasionando un gran desinterés por el país como inversión.

La concesión de obra pública es una figura sumamente rica y como alianza entre el sector público y el sector privado, ha funcionado en otros países. En Costa Rica, no es que haya que descartarla por completo. Al contrario, debe de invertirse tiempo en cómo mejorar su regulación en el tanto se haga más expedita y más sencilla su implementación. Igualmente, se debe de capacitar al personal encargado de la materia para que pueda contribuir y no entorpecer- con la ejecución de los proyectos de obra pública concesionados.

El mercado de capitales como opción para financiar obra pública y el papel del fideicomiso de obra pública.

Paralelo a ello, en relación con el tema, la necesidad de invertir en obra pública y encontrar la manera más eficiente para hacerlo, el Plan de Gobierno de la Presidente de la República Laura Chinchilla (2010-2014), señaló que era menester reactivar la construcción de infraestructura pública. De la mano de este llamado, indicó también que la explotación del mercado de capitales para invertir en obras públicas era una opción que debía de ser tomada en cuenta.

El mercado de valores aparece como un medio que sirve para movilizar recursos de largo plazo y generar liquidez a través de la emisión de bonos. En el país, el mercado de valores no ha sido muy desarrollado, es muy limitado en tamaño y se ve dominado por bonos del Estado. En este contexto, aparece la figura del fideicomiso de obra pública como alternativa.

El Reglamento de Oferta Pública de Valores sufrió una importante modificación en el 2010, a través de la cual se estableció la figura de los fideicomisos de obra pública. Sin embargo, estos fideicomisos tienen una serie de especificaciones que deben cumplir para poderse ejecutar debidamente.

Entre estas especificaciones se incluyen los permisos y las autorizaciones con las que deben cumplir los fideicomisos para

ser aprobados y poder ser ejecutados. La experiencia en este tema ha sido que entidades como el Ministerio de Hacienda, el Banco de Costa Rica y MIDEPLAN, duran un tiempo considerable en otorgar - si es que las otorgan- esas autorizaciones.

Como resultado, los requisitos de creación del fideicomiso son lentos y complicados. El tiempo que se toman estas autorizaciones se traduce en dinero, y éste, sumado a la inversión del negocio, termina siendo bastante oneroso.

En otras palabras, el proceso de creación y de aprobación de fideicomisos de obra pública no es apto para cualquier proyecto de obra pública. Deben de ser proyectos suficientemente grandes y cuantiosos económicamente para que puedan soportar el peso del tiempo y del dinero invertido en el procedimiento.

Al igual que la concesión de obra pública, los fideicomisos de obra pública están destinados a grandes proyectos. Pero, la construcción de infraestructura pública no necesariamente siempre se debe de abordar por medio de grandes proyectos.

La inversión en Costa Rica de obra pública necesita una modalidad de inversión que se enfoque a proyectos más específicos y más pequeños de construcción de infraestructura pública. Además, deben de ser procesos más sencillos, que involucren menos trámites que los descritos anteriormente. Es necesaria una

vía más expedita para invertir en obra pública que atraiga a inversionistas por su facilidad de implementación y poca tramitología.

Las alianzas público-privadas y la implementación de éstas a nivel municipal en Costa Rica:

Las alianzas público-privadas van mucho más allá que la concesión de obra pública y a través de los años, varias modalidades han sido utilizadas para invertir en la construcción de infraestructura pública. Este tipo de alianza es sumamente flexible y dicha flexibilidad debe de ser explotada en Costa Rica para la inversión en obras públicas.

La unión del sector público con el sector privado, resulta esencial hoy en día para salir adelante en la creación de infraestructura, el Estado no puede llevarlo a cabo por sí solo. Es decir, necesita aliarse con sujetos del sector privado. Sector público no implica necesariamente administración central. El sector público abarca todo el aparato estatal y sus instituciones, siendo una de estas las municipalidades.

Recientemente, en varios países latinoamericanos se ha dado un impulso por invertir en obra pública a nivel municipal. Costa Rica, debe adoptar esta tendencia y fomentar las inversiones privadas en los cantones a través de sus respectivas municipales.

La inversión en obra pública municipal está siendo promovida a través del uso de alianzas público-privadas. La inversión

en infraestructura a nivel municipal es una excelente manera de invertir en obras públicas, porque implica proyectos a menor escala que los diseñados a nivel nacional.

La construcción de obra pública municipal es mucho más manejable que la construcción de obra pública nacional y como consecuencia directa de ello, los proyectos por lo general son menos cuantiosos económicamente. Es precisamente bajo este contexto que se sugieren las sociedades públicas de economía mixta.

Las sociedades públicas de economía mixta y el fomento de su uso en el país.

Una sociedad pública de economía mixta es una alianza público privada que surge a nivel municipal para la construcción de infraestructura pública y/o la prestación de los servicios públicos municipales, en la cual la municipalidad ostenta como mínimo el 51% de la participación y uno o varios socios del sector privado el porcentaje restante. En relación con estas sociedades y con su implementación, se llegó a varias conclusiones puntuales.

Desconocimiento de la figura y poca experiencia en el campo.

Como primer punto, cabe mencionar que las SPEM's no son conocidas en las municipalidades del país. A la presente fecha no hay ni una sola sociedad pública de economía mixta inscrita en el Registro

Nacional. Por un lado, existe una sociedad anónima que pertenece en su totalidad a las municipalidades de varios cantones guanacastecos que pretende convertirse en una SPEM, pero que en su estado actual no es una. Por otro lado, se tiene conocimiento de una sociedad pública de economía mixta perteneciente a la Municipalidad de Golfito, pero no está inscrita en el Registro. Por último, se sabe que la Municipalidad de Curridabat está trabajando en la constitución de un par de estas sociedades para diversos proyectos, pero aún no están listas y no han sido inscritas en el Registro Nacional. Siendo que para que una de estas sociedades exista debe de estar debidamente inscrita, al día de hoy, no existe ni una sola SPEM en el país.

La complejidad, oscuridad e importancia de ciertos aspectos de la figura.

La figura como tal de la sociedad pública de economía mixta no es una figura sencilla. No todas las municipalidades están siquiera conscientes de la existencia de la figura y si la conocen, no conocen con claridad cómo crear la sociedad y cómo ésta debe de funcionar. Esto no se les puede asignar por completo a la municipalidades, porque primero, la Ley Reguladora de las SPEM's es una ley relativamente nueva y después, si bien ésta desarrolla el tema de estas sociedades, sí deja por fuera varios temas relevantes en relación con las mismas.

Contratación del socio privado.

Entre estos temas que deja a la interpretación, está el proceso de selección del socio privado de la SPEM. La Ley Reguladora de las SPEM's remite a la Ley de Contratación Administrativa; sin embargo, esta última no indica nada al respecto. Siguiendo un camino conservador, lo recomendable es elegir al socio o a los socios privados por medio de una licitación pública, pero esto no es completamente necesario y otros podrían opinar lo contrario.

No se puede ignorar que los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa son procesos largos y engorrosos. Esto hace que la escogencia del socio privado que conformara la SPEM con la municipalidad se pueda complicar, o al menos atrasar. No obstante, considerando que la municipalidad es un ente público y considerando el salvaguardo de los mejores intereses de la misma, lo recomendable es seguir al pie de la letra uno de los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación y su Reglamento.

Capital social de la sociedad.

Igualmente, otro punto que genera discusión es el tema del capital social de la sociedad por formarse. En ningún lado se indica de cuánto

deberá ser este capital social y qué deberá de representar. Nada detiene que se constituyan SPEM's con capitales sociales mínimos que no respondan a ninguna realidad. Es decir, que no respalden los proyectos de obra pública para los cuales fueron diseñadas las sociedades.

De lo único que se tiene certeza en relación con el capital social es que el 51% de éste siempre pertenecerá a la municipalidad y ésta nunca podrá transferir su porcentaje de acciones a sujetos de derecho privado. Naturalmente, esta distribución del capital social convierte a la SPEM en una sociedad pública. Si bien se trata de una alianza público privada, la sociedad es pública por su distribución accionaria.

Siendo pública, la SPEM va a estar sometida a los controles y aprobaciones de presupuestos por parte de la Contraloría General de la República. Éste es otro de los temas que generan cierta confusión. La Contraloría no tiene mucho conocimiento sobre estas sociedades y sin embargo, de constituirse una, acudirá a ésta para obtener la aprobación de su presupuesto. Resulta necesario informar al personal de la Contraloría General de la República sobre la figura de las SPEM's; formarlos un poco en torno a las atribuciones y poderes de éstas.

Seguidamente, la distribución en el capital social conlleva a otra conclusión y es el hecho de que la municipalidad siempre tendrá el control en la toma de decisiones

de la sociedad. Muy difícilmente un socio del sector privado invertirá en un negocio en el cual sabe que ostentará la minoría en el capital accionario y por ende, en la toma de decisiones que le incumban.

Como se mencionó, existen otros mecanismos para que la municipalidad mantenga el control sobre ciertos temas que no implican necesariamente la mayoría accionaria. Tal es el caso de las llamadas "golden shares", que simplemente otorgan poder sobre el voto de las demás acciones en ciertas circunstancias. Se podrían constituir acciones que tengan este poder de veto sobre las demás, y que la municipalidad sea quien las ostente.

Esto sería útil pensando en el supuesto de que se establezca una SPEM con un capital social que represente el presupuesto del proyecto que se desea ejecutar y que la municipalidad tenga que suscribir y pagar el 51% de las acciones. Las municipalidades no tienen dinero, no tienen fondos y esto siempre va a representar un problema desde este punto de vista. De tener menos acciones pero con cierto poder, esta situación se podría eliminar o al menos, disminuir, ya que la municipalidad no tendría que suscribir y pagar tantas acciones.

No obstante, si en efecto la SPEM desea recurrir a financiamiento bancario o a la emisión de títulos, su capital social sí debería de equivaler al presupuesto del proyecto que se desea ejecutar. Esto porque tantos los controles bancarios como los controles

y requisitos exigidos por la SUGEVAL, implican que la sociedad que recurre a su financiamiento tenga con qué responder. Es decir, el capital social de la sociedad debería de obedecer a la realidad y a las operaciones que la sociedad lleva a cabo, ya que de lo contrario, se le dificultaría el acceso al crédito.

La posibilidad de las SPEM's de acudir al mercado de valores.

Siguiendo la línea del financiamiento, las SPEM's tienen un marco bastante amplio en cuanto a sus posibilidades de acudir a éste. La Ley Reguladora de las SPEM's les permite a éstas realizar emisión de valores como fuente de financiamiento. Si bien se deben de apegar a los lineamientos establecidos tanto en la Ley Reguladora del Mercado de Valores como en el Reglamento de Oferta Pública de Valores, la posibilidad de recurrir a emitir valores y colocarlos en el mercado existe y debe de ser explotada por las SPEM's.

Un proyecto de obra pública municipal que cuente con los requisitos necesarios para respaldar una emisión de valores, constituye una inversión provechosa desde varios puntos de vista. En primer lugar, la captación del dinero estaría destinada a la construcción de infraestructura pública, municipal, y por otro, las emisiones que cuentan con las autorizaciones del Estado y que por lo general son bonos de éste, generan mayor atracción a los inversionistas.

De igual manera, fomentar la inversión de obra pública municipal por medio del mercado de capitales es una excelente contribución al reactivo del mercado de valores costarricense. De emitir bonos, la SPEM estaría reuniendo en una sola acción todos los temas analizados: la inversión en obra pública por medio de alianzas público privadas y a través del levantamiento de capital haciendo uso del mercado de capitales.

La posibilidad de las SPEM's de formar alianzas estratégicas.

Finalmente, se concluye que el futuro de las sociedades públicas de economía mixta está en la posibilidad que ostentan éstas de formar alianzas estratégicas con otras entidades públicas o privadas. La maravilla de las alianzas empresariales es que no están sometidas a ningún procedimiento de contratación. Las alianzas estratégicas por su naturaleza, simplemente surgen. Es decir, las partes se unen, se alían estratégicamente, motivados por un negocio e interés común.

Teniendo ya constituida la SPEM, ésta debe de realizar sus proyectos por medio de la formación de alianzas empresariales estratégicas. Una vez inscrita la sociedad en el Registro Nacional, ésta está lista para actuar y para formar dichas alianzas. A través de éstas puede realizar proyectos más complejos que hubiera sido difícil lograr por medio simplemente de la sociedad en sí.

La ventaja de estas alianzas es que hay libertad en cuanto a qué aporta cada parte. Por eso, la alianza puede ser tan interesante como creatividad haya a la hora de establecerlas. Por ello, las SPEM's deben explotar esta posibilidad de formar alianzas y basarse en tal atribución para llevar a cabo sus propuestas de negocios y de proyectos municipales.

Es así, como se concluye que las SPEM's constituyen una modalidad alterna de alianza público privada para la inversión en obra pública y como tal, debe de ser explotada en el país. Si bien Costa Rica enfrenta dificultades en el tema de construcción de infraestructura pública, el Estado no se debe de frustrar y debe más bien recurrir a esquemas diferentes y frescos. La inversión en obra pública municipal pareciera ser una buena opción. De tal manera, poco a poco se iría construyendo la infraestructura pública nacional de la Costa Rica de mañana.

Recomendaciones.

Al fomentar el uso de las sociedades públicas de economía mixta- una figura nueva en el país- resulta útil proponer ciertas recomendaciones que surgieron a raíz del estudio e investigación de la figura.

Campaña informativa sobre la figura.

Como primer paso, sería provechoso dar a conocer a través de las municipalidades del país las SPEM's y su ley reguladora. Realizar una campaña informativa sobre la figura, sobre

su propósito, sobre sus alcances y sobre las posibilidades que las sociedades públicas de economía mixta ofrecen. Se podría empezar con la realización de un panfleto informativo en relación con la figura, para difundir su existencia.

De igual manera, la campaña informativa no debe de ir dirigida solamente a las municipalidades, se debería de informar también a aquellas instituciones que se ven involucradas de una u otra manera en el proceso de creación y de implementación de una SPEM. Piénsese en la Contraloría General de la República por ejemplo, que debe de aprobar el presupuesto de la SPEM y quizás los encargados de esto desconozcan por completo la figura.

Si bien las SPEM's están debidamente reguladas a través de su Ley Reguladora, lamentablemente no se puede asumir que todas las entidades públicas conocen la figura y más específicamente, su funcionamiento.

Capacitación del personal.

Dicha campaña informativa no puede ir sin la debida capacitación a los encargados del tema tanto en las municipalidades como en las instituciones relacionadas con la materia. De nada sirve conocer la figura si los funcionarios van a ser incapaces de implementarla. Para ello, se les debe de capacitar en relación con los puntos más importantes sobre la constitución de una SPEM, empezando por su elemento fundamental: que sea una alianza

pública privada; es decir, ni solo pública ni solo privada.

Tómese de nuevo el ejemplo la Contraloría General de la República y el hecho de que ésta debe de aprobar el presupuesto de la SPEM. Al ser que al día de hoy no ha habido ni una sola de estas sociedades constituidas e inscritas en el Registro Nacional, la mayoría de las instituciones públicas desconocen cómo ejercer sus controles o como desarrollar su papel en torno a éstas.

Hay que considerar también la posibilidad de traer personal capacitado de otros países. Es decir, contratar a personal con experiencia en el área, que sepa cómo funcionan estas alianzas en la práctica. Es una realidad que el gobierno debe de invertir en gente preparada y en buenos salarios para poder salir adelante con su deficiencia de infraestructura.

Propuesta de reforma de ciertos aspectos de la Ley Reguladora de las SPEM's.

Como recomendación más específica sobre la figura, sería necesario ahondar sobre la posibilidad de reformar ciertos aspectos de la ley. Reformar o regular, ya que muchos puntos quedaron en el aire.

- Para empezar, el procedimiento de contratación del socio privado de la SPEM debería de estar más claro. Si bien es claro que se debe de acudir a los procedimientos de contratación administrativa, la ley debería de indicar

un procedimiento específico para el caso, ya que la Ley de Contratación Administrativa no es clara al respecto. Lo ideal sería que se remitiera en el texto de la Ley Reguladora de las SPEM's a un procedimiento sencillo, y en la medida expedito, de selección del socio privado de la sociedad.

- En relación con el capital social de la sociedad, la Ley Reguladora de las SPEM's debería de ser más claro y más exigente en este punto. Para evitar problemas y asegurarse la posibilidad de recurrir a financiamiento bancario efectivo, el capital social debería de ser representativo de la realidad. Naturalmente, el que no lo especifique hace más flexible la figura en el tanto no se requiera recurrir a los bancos por financiamiento. Sin embargo, se debería de aclarar este punto en el texto de la ley.
- Otro punto que debería de ser reformado para asegurar cierta imparcialidad en el funcionamiento de la sociedad, es el de los miembros de la Junta Directiva de la SPEM. Sería recomendable incluir en la Junta Directiva miembros que no sean necesariamente de la municipalidad o de la empresa o socio privado. Piénsese en la posibilidad de que uno de los miembros de la Junta Directiva sea un munícipe del cantón. Esto podría dar cierta estabilidad e imparcialidad a la empresa a la hora de

realizar sus labores. Sería interesante que la Ley diera expresamente esta posibilidad de incluir miembros ajenos a los socios, en aras de mejorar el funcionamiento de la SPEM. La SPEM debería de ejercer buenas prácticas de gobierno corporativo, en las cuales se incluya la integración de miembros imparciales en la Junta Directiva, tal y como lo hacen muchas de las grandes empresas hoy en día.

Muchos de los aspectos que se mencionaron anteriormente que se desean corregir se irán corrigiendo a través del uso de la figura en la práctica. Por ello, lo fundamental es que se empiece a utilizar la sociedad pública de economía mixta. Así que la recomendación primordial es empezar a promoverlas en el seno de las municipalidades y dar el apoyo debido a aquellas que se aventuren en la constitución de una SPEM.

