

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 90

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Corrección de pruebas
a cargo del editor.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
-B. 33454-

SUMARIO

PRESENTACIÓN	5
<i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	
LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CENTROAMÉRICA	11
<i>Dr. Javier Llobet Rodríguez</i>	
LA FUNCIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD	55
<i>Dr. Enrique N. Ulate Chacón</i>	
EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL DERECHO ALEMÁN	89
<i>Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada</i>	
EL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	107
<i>Lic. Yuri López Casal</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LA BIOSEGURIDAD EN AMÉRICA	125
<i>Lic. Jorge Cabrera Medaglia</i>	
EFFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES. 153	
<i>Lic. Carlos Andrés D'Alolio</i>	
CONTRATOS DE BOLSA A PREMIO	191
<i>Licda. Ana Catalina Apú</i>	
ACERCAMIENTO A LA AVERÍA GRUESA, UNA FIGURA CONTROVERTIDA DE LA LEX MARITIMA; Y NOTAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INSTITUTOS DEL DERECHO MARÍTIMO	217
<i>Lic. Carlos E. Valenciano Góngora</i>	
“REBUS SIC STANTIBUS” VERSUS “PACTA SUNT SERVANDA”	249
<i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	



PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Al celebrar su arribo al número 90, la Revista Judicial ofrece estudios sobre Derechos Humanos, Derecho Ambiental, Contratos, Responsabilidad Civil, Bioseguridad, Quiebras y Contratos de Bolsa.

Nuestro colaborador, el **Dr. Javier Llobet Rodríguez**, en “**Los derechos de los niños y adolescentes en Centroamérica**” nos explica que con la Convención de Derechos del Niño se otorgan a éstos los mismos derechos que a los adultos, pero, además, diversos derechos específicos para el pleno desarrollo de sus potencialidad. En el caso de los derechos de carácter social, se presenta un rezago en Centroamérica entre la normativa de la Convención y la realidad.

El Profesor del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental, de la Universidad de Costa Rica, **Dr. Enrique Ulate Chacón**, se refiere a las limitaciones agroambientales a la propiedad en su trabajo “**La función social, económica y ambiental de la propiedad**”. Después de explicar su fundamento constitucional e informarnos que la Sala Constitucional, desde 1990, reconoce más claramente el carácter dinámico del derecho de propiedad, y la posibilidad de imponer dentro de su estructura –conjunto de derechos y obligaciones del propietario- limitaciones de interés social, para evitar el ejercicio antisocial o abusivo de ese derecho que no es ilimitado, el autor menciona diversas disposiciones en la legislación agraria; hace referencia a varias leyes (entre ellas, la Ley forestal, la Ley de Protección Fitosanitaria, la Ley de salud animal y la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos). Este trabajo tiene otros importantes contenidos, como las consecuencias de la función económica y social y la cultura agraria tradicional y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, en detrimento de la naturaleza, la calidad de vida y la propia existencia humana. El Dr Ulate analiza, especialmente, la función ambiental en los campos del daño ambiental, la propiedad agraria y la biodiversidad.

La **Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada**, Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Candidata a Doctora en Derecho Civil en la Ludwig-Maximilians- Universität München, colabora con “**El contrato de compraventa en el Derecho Alemán**”. La autora nos comenta que la incorporación de distintas directivas europeas al derecho alemán, en especial la Directiva de Compraventa de Bienes de Consumo (Directiva 1999/44/EG de 25.05.99), fue el motor de la reforma del Derecho de Obligaciones de 2002 al BGB (Código Civil Alemán), así como lo fue el interés por armonizar la Ley con la Convención de UNCITRAL sobre

compraventa internacional. Particularmente, ella se refiere a los dos aspectos fundamentales que contiene la reforma al derecho de obligaciones alemán que son las nuevas normas generales a la alteración o perturbación de la prestación y el contrato de compraventa. Otros temas tratados por la Msc. Riveros Ferrada son el saneamiento de vicios de la cosa, el cumplimiento tardío, la resolución, la rebaja del precio, la indemnización por diversas causas.

Durante muchos años, la doctrina civilista ha discutido sobre el tema de la causalidad en la responsabilidad. Es en este campo que el **Lic. Yuri López Casal** participa con su bien estructurado y completo estudio sobre **“El nexa causal en la responsabilidad civil extracontractual”**. Este tema tiene importancia en los casos en que se trata de determinar si existe o no una relación de causalidad entre la fuente de imputación y el resultado dañoso o, según, algunos entre la fuente y la lesión de un bien jurídico. En el caso de que no exista habrá que acudir a las causas extrañas que rompen la relación de causalidad; otro tema es si la causalidad puede distribuirse o no entre los diversos causantes. Desde las agudas observaciones de Hicer Linkimer Bedoya, hace ya varios años, queda claro que en muchos casos no debe hablarse de concurrencia de culpas, sino de concurrencia de causas; también así lo sostiene el Profesor Chabas, en Francia. El Lic. López Casal, nos informa sobre algunas clasificaciones de la causalidad. En un primer nivel, nos habla de la causalidad equivalente, cumulativa, alternativa y concurrente. Con un claro ejemplo, se refiere a la causalidad equivalente respecto a la omisión. En un segundo nivel, trata acerca de la causalidad adecuada, de la cual también nos da ilustrativos ejemplos. Finalmente, nos dice que el fin de protección de la norma es el tercer y último nivel de análisis para determinar la debida configuración del nexa causal, en tanto requisito constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual. En relación con la causación de daños por un tercero, el autor explica: “El actuar culposo de un tercero se le atribuye siempre al primer agente causante del daño. El actuar doloso del tercero no se le atribuye al agente causante del daño. No obstante, cuando el primer agente causante del daño ha propiciado, con su conducta culpable y antijurídica, que un tercero dolosamente cause otro daño al damnificado, entonces dicho daño sí se le puede atribuir al primer agente causante del daño”.

El **Licenciado Jorge Cabrera Medaglia**, abogado especialista en Derecho Ambiental, asesor legal del INBIO, profesor de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, nos brinda **“Algunas consideraciones sobre el marco legal e institucional de la bioseguridad en América”**. Nos habla de un escenario legal cambiante y complejo y de los diversos marcos regulatorios existentes en nuestra región. Superando el enfoque netamente agrícola, nos ofrece uno mucho más amplio que considera la bioseguridad en animales, microorganismos, peces y especies forestales. Critica las deficiencias de procedimientos que no cumplen con el Protocolo de Cartagena. En sus páginas finales sostiene que “aunque en América se cuenta con emergentes disposiciones normativas en materia de bioseguridad no siempre resulta clara la política subyacente tras ellos. En otras palabras, estrategias más comprensivas para el desarrollo y uso de la biotecnología no parecen estar del todo vinculadas con la redacción de marcos normativos.”

Nuestro asiduo colaborador, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, **Lic. Carlos Andrés D'Alolio**, esta vez comparte con nosotros el trabajo titulado **“Efectos de la Quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes”**. El objetivo de esta investigación, es ahondar en la dinámica de ese tipo de contratos, en relación la quiebra. Para ello, se acude principalmente a un enfoque doctrinario de Derecho Comparado. El Lic. D'Alolio sostiene que: “La quiebra, representa una tempestad que viene a romper la regularidad y del desarrollo usual de los pactos. La decisión judicial que pone al deudor en condición de fallido, conlleva efectos patrimoniales que verdaderamente lo hincan. Los dos más importantes, son el desapoderamiento y el período de sospecha. A su manera, ambos afectan lo que el otro pactante, podía esperar. Tocan a cualquier relación jurídica que ya existiera antes de la sentencia falencial”. Este trabajo analiza los efectos de la quiebra frente a los contratos de leasing financiero, fideicomiso de garantía y franchising. El autor comenta los principios de Satta sobre las relaciones jurídicas preexistentes y estudia la legislación concursal costarricense; a nivel hispanoamericano detalla los efectos de la quiebra sobre cada uno de los anteriores contratos.

“Contratos de Bolsa a Premio” se titula el aporte de la **Licenciada Ana Catalina Apú**, especialista en Derecho Comercial. Para la autora, el elemento cardinal a rescatar en los contratos a premio, es precisamente el premio, *prima* o la *bonificación*, que recibe cualquiera de las partes contratantes al producirse el incumplimiento de la obligación que han asumido o, mejor dicho, cuando esa obligación o derecho es condicional potestativa; ello en virtud de una decisión fundamentada en el bienestar de sus intereses particulares. La Licenciada Apú nos informa sobre los antecedentes de la regulación de los contratos a premio. Se refiere, primero, a los contratos bursátiles y examina la clasificación de éstos dependiendo de su liquidación (contratos al contado, contratos a plazo firme y contratos condicionales, los que en España se clasifican, a su vez, en contratos a opción, a premio y a voluntad). La autora explica que la legislación costarricense esquematiza la clasificación de las operaciones bursátiles o de los contratos de bolsa, según la modalidad del cumplimiento o la liquidación de las obligaciones recíprocas en: Operaciones de Contado, Operaciones a plazo, Operaciones a futuro, Operaciones a premio u opcionales y Reporto. La Ley Reguladora del Mercado de Valores, en su artículo 44, explica: “Son operaciones a premio los contratos a plazo en los cuales una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del premio pactado, cuyos montos mínimos fijará el respectivo reglamento...” Para la Licenciada Apú en los contratos a premio las dos partes, al vencimiento, no están obligados a concluir la operación ni a asegurar su ejecución efectiva; esto significa que el comprador y el vendedor se reservan la facultad de abandonar o resolver el contrato cuando no quieran ejecutarlo o la de modificar sus condiciones o modo de ejecución, ya sobre el objeto o su vencimiento, mediante ciertas ventajas concedidas a la contraparte, el pago de un premio, prima o bonificación. En forma muy ordenada estudia los elementos objetivos, subjetivos y formales, las tipologías y etapas del contrato. En sus conclusiones afirma que “El *contrato a premio* es un contrato con identidad propia, si bien de carácter preparatorio de uno de compraventa de valores. Su condición autónoma se fundamenta en el hecho de que si no se llega a utilizar el premio, no se ve afectada la naturaleza y eficacia de la operación. En esencia es un contrato que otorga al comprador el *derecho* de opción para

recoger o para abandonar los efectos comprados, pagando al vendedor en este último caso, la indemnización o el *premio* que se estipula”.

“Acercamiento a la Avería Gruesa, una figura controvertida de la *Lex Marítima*; y notas para la interpretación de la naturaleza jurídica de los institutos del Derecho Marítimo” se denomina la colaboración del **Lic. Carlos E. Valenciano Góngora**. El autor pone como fundamento de la institución la unidad de la aventura marítima. Nos relata que la *Avería Gruesa*, remonta sus orígenes a las leyes de los navegantes rodios, pero sigue siendo hoy parte esencial del tráfico marítimo. Aclara que el instituto de Avería Gruesa pretende instaurar un sistema de contribución dirigido a compensar las pérdidas voluntariamente soportadas por una de las partes de la aventura marítima para la seguridad común de toda la empresa. El Licenciado Valenciano Góngora nos muestra su desarrollo en las actuales *York-Antwerp Rules*, que son introducidas a la práctica jurídica mediante su incorporación como cláusulas en contratos de transporte, principalmente en los «*Bills of lading*» o *conocimientos de embarque*, así como en los Contratos de Fletamento, y en las pólizas de seguro marítimo. El autor estudia también el acto de avería gruesa y sus elementos; concluye afirmando que: “el instituto de Avería Gruesa conserva un gran valor teórico y también ius-filosófico, pues en su formulación refleja con meridiana claridad la razón de ser misma del Derecho Marítimo, y la fundamentación y justificación de sus institutos: la regulación y protección de las relaciones que nacen al seno de la *aventura marítima*, en tanto que *comunidad de intereses* como *unidad ideal*, configurada ante los riesgos de la navegación”.

Por la importancia de una más amplia difusión, atendiendo una sugerencia de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, reimprimimos nuestro artículo informativo, publicado por la revista estudiantil *Hermenéutica*, titulado: “**Rebus sic stantibus versus Pacta sunt servanda**”.



LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CENTROAMÉRICA

*Dr. Javier Llobet Rodríguez LL.M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica*

1. Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho de la Infancia y la adolescencia

El tratamiento especializado del Derecho de la Infancia y la Adolescencia a través de instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del marco de las Naciones Unidas, se inicia con la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959 (resolución 1386 (XIV))¹, de contenido claramente proteccionista. Sin embargo, debe reconocerse que la declaración universal de derechos humanos, aprobada por la ONU en 1948, con un afán también proteccionista, dijo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (Art. 25 inciso 2). En el mismo sentido se había pronunciado la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (artículo VII), que había sido aprobada unos meses antes.

La declaración de derechos del niño de 1959 tiene como antecedente la declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, que contiene cinco puntos. Debe tenerse en cuenta que ésta se aprobó por la Sociedad de las Naciones en su V Asamblea General, sobre todo como consecuencia de la preocupación por las consecuencias que tuvo para la infancia la primera guerra mundial y la revolución rusa. La aprobación fue a iniciativa de la organización "Save the Children International Union", creada por la inglesa Eglantyne Jebb². Se trata de un texto de una gran generalidad, lo que no es sino una consecuencia del poco desarrollo que había tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³. Debe resaltarse de esta declaración expresiones como para los niños lo mejor y los niños primero, antecedentes del principio de interés superior del niño⁴.

1 Véase el texto en: Pacheco, Máximo (Editor) (1987), pp. 616-619.

2 Sobre esta declaración: Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Ángeles (2001), pp. 53-54; Montenegro, Marianella (1999), p. 65.

3 Cf. Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Ángeles (2001), pp. 53-54.

4 Sobre dicho principio: Llobet Rodríguez (1999), pp. 7-29; Llobet Rodríguez (2000), pp. 45-54; Llobet Rodríguez, Javier (2002), pp. 103-141; Cilledo (2001), pp. 31-45; Grosman (2004), pp. 23-75.

En 1978 Polonia presentó un proyecto de Convención de derechos del niño, que en una versión modificada fue presentada a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La Convención que se elaboró con base en ello fue aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 44/25 del 5 de diciembre de 1989, entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990. La aceptación que ha recibido de la Comunidad Internacional dicha convención no encuentra paralelo en ninguna otra, llegando a ser ratificada por la casi totalidad de los países, con la excepción de Estados Unidos de América y Somalia⁵. En lo atinente al consenso internacional que ha existido en la aceptación de la Convención de Derechos del Niño es importante citar lo dicho por la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002:

“29. La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar, que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional como ordinaria, sobre la materia que nos ocupa (...).”

Con anterioridad a la Convención de Derechos del Niño, la ONU por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985 aprobó las reglas mínimas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como reglas de Beijing. Además con posterioridad a la convención se aprobaron las reglas para la protección de los menores privados de libertad por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/113 del 14 de diciembre de 1990. En la misma fecha, por resolución 45/112, se aprobaron también por dicha Asamblea las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas directrices de Riad.

Con respecto a los instrumentos internacionales es importante mencionar en lo relativo al Derecho Penal Juvenil la resolución (78) 62 del 29 de noviembre de 1978, tomada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que se refiere a la transformación social y delincuencia juvenil. Igualmente es relevante la recomendación No. R (87) 20, adoptada el 17 de septiembre de 1987 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Ya no referente al Derecho Penal Juvenil, sino en general al Derecho de la Infancia y la Adolescencia, es de importancia la convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, adoptada el 25 de enero de 1996, entrando en vigencia el 1º de julio de 2000⁶. En África se aprobó en 1990 la carta africana de derechos y bienestar del niño, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1999⁷.

En definitiva debe indicarse que el Derecho Penal Juvenil y el Derecho de la Infancia y la

5 Acerca de las razones para la no ratificación de la Convención por dichos países: Beloff (2004), pp. 2-3.

6 Véase: www.legal.coe.int.

7 Véase: www.umn.edu/humanrts/africa/afchild.htm.

Adolescencia en general han encontrado un gran desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, habiendo llegado a estimar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 que al menos se produjeron en el Siglo XX 80 instrumentos internacionales aplicables a los niños⁸.

2. El niño y el adolescente como sujetos de derecho como el aspecto central del nuevo paradigma

La Convención de Derechos del Niño supuso un cambio de paradigma del Derecho de la Infancia y la Adolescencia, ya que se abandonó la concepción que partía de los menores de edad como meros objetos de protección, propia de la llamada doctrina de la situación irregular. El aspecto más relevante del Derecho de la Infancia y la Adolescencia producto del nuevo paradigma, es que el niño, o sea el menor de dieciocho años, llega a ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones, y no como un mero objeto de la tutela estatal y familiar⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 reconoció el carácter de sujeto de derecho que tiene el niño, de modo que la protección que debe otorgársele con base en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos con la evolución que se ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exige una interpretación de dicho artículo adaptándose a ello, abandonando los criterios que partían del menor de edad como un simple objeto de tutela. Se dijo:

“28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero

⁸ Indicó la Corte en dicha resolución: “26. En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. En las citas al pie de este párrafo de la sentencia se hace por la Corte una enumeración de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los niños.

⁹ La Sala Constitucional en el voto 7247-06 declaró con lugar un recurso de amparo en el que un menor de edad alegó que el Profesor de Enseñanza Religiosa del Colegio Redentorista San Alfonso, se negó a recibir una solicitud que planteó a fin de que se le excluyese de las clases de enseñanza religiosa por razones de conciencia y condicionó la respuesta a su gestión, a que la misma tuviera el visto bueno de sus padres. Consideró la Sala que el derecho de petición le corresponde a todos los habitantes de la República, lo que, naturalmente, comprende a los menores de edad. Si bien se comprobó que los recurridos respetaron las creencias del amparado, eso no justifica que se le haya condicionado tanto la recepción de la petición del adolescente afectado, como la emisión de la respuesta correspondiente, a la incorporación en ese escrito del visto bueno de los padres. Se ordenó al Profesor de Educación Religiosa en el Colegio Redentorista San Alfonso, que resuelva la solicitud del recurrente planteada el 17 de marzo de 2006 y le comunique lo resuelto, dentro del plazo de cinco días contado a partir de la notificación de esta resolución.

sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”.

Ello queda reflejado en particular en el artículo 12 inciso 1) de la Convención de Derechos del Niño, el que dice:

“Los Estados partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”¹⁰.

Sobre ello dicen Sandra de Kolle y Carlos Tiffer: *“Es preciso resaltar que la convención establece un nuevo paradigma al estipular que el niño tiene derecho a ser autor de su desarrollo, a expresar sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones relativas a su vida, y a que se reconozca el hecho de que, en función de su edad y madurez, puede formarse un juicio. Como diría Jamusz Kovzak, la sociedad queda obligada a escuchar, recordándonos que debemos aprender a hablar con un niño, y no a un niño”¹¹.*

Señala Daniel Hugo D' Antonio que en la práctica judicial argentina *“(...) se acepta general la edad de seis años como mínima*

para apreciar la expresión de voluntad del niño, sin perjuicio de que, según los requerimientos situacionales y tomando en cuenta los recaudos necesarios pueda procurarse que ello se dé por debajo de dicha edad”. Agrega luego: *“En cambio a una determinada edad, ubicada por la legislación y la jurisprudencia extranjera en los doce años, la opinión directa del niño pasa a constituirse en un elemento de apreciación inexcusable, y deberá ser apreciada otorgándole los alcances propios del desarrollo logrado a esa edad”¹².*

En el caso costarricense debe anotarse que el Código de la Niñez y la Adolescencia tiende a hacer prevalecer la opinión del adolescente en particular a partir de los 15 años. Sin embargo, no puede desconocerse tampoco la gran importancia que debe dársele a la opinión del mayor de doce años, en cuanto a partir de esa edad es que el Código define al grupo etario de los adolescentes. Prueba de la importancia que le da la legislación costarricense a la edad de doce años, como criterio para estimar que tiene una madurez suficiente para saber las consecuencias de sus acciones y dirigir su acción en ese sentido, es que establece la responsabilidad penal juvenil a partir de los 12 años (Art. 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil), aunque hace distinciones, por ejemplo en cuanto a la posibilidad de imponer mayores sanciones, a partir de los 15 años (Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil).

10 Sobre las dificultades que han existido para el reconocimiento de lo indicado por dicha norma: Llobet Rodríguez, Javier (2002a), pp. 159-163.

11 Kolle, Sandra de/Tiffer Sotomayor, Carlos (2000), p. 38. Es importante al respecto citar lo indicado por Emiliano Borja: “El artículo 12 (de la convención de derechos del niño) nos está diciendo que en todos los actos jurídicos y procesales en los que un menor de edad se vea implicado, éste va a formarse su juicio propio y va a ser oído. De esta manera está otorgándole al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir”. Borja Jiménez, Emiliano (2001), p. 199. Véase también: Tiffer Sotomayor, Carlos (2001), p. 28, en donde dice: “Ya no se ve al adolescente o la adolescente como una extensión de sus padres o del Estado, sino como sujeto en sí mismo. Se elimina, entonces, la presunción de la persona menor de edad como ciudadano del futuro para reconocer su carácter de ciudadano del presente”.

12 D' Antonio (2001), pp. 107-108.

4. El interés superior del niño y del adolescente como principio del derecho de la infancia y la adolescencia

El principio del interés superior del niño fue establecido de manera expresa dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la declaración de derechos del niño de 1959, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹³, cuyo principio 2 estableció:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por su parte el principio 7 párrafo 2) dijo: *“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación (...)”.*

Dicha disposición encontraba como antecedente referencias que se habían hecho en la declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924, que

aunque no mencionaba el principio del interés superior del niño, establecía el imperativo de que debía darse a los niños lo mejor y utilizaba frases como *“niños primero”*¹⁴.

En la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, se encuentran varias referencias al *“interés primordial del hijo”*, ello en lo atinente a aspectos concernientes en definitiva a la materia familiar.

Así en el Art. 5 de la misma señala que en la educación familiar *“el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*. Igualmente en el Art. 16 inciso d) y f) se manda tomar en cuenta dicho interés en relación con los derechos y responsabilidades de los padres y en lo relativo a derechos y responsabilidades respecto a la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas.

En las reuniones para la elaboración de la convención de derechos del niño de 1989 se discutió acerca de la conveniencia de regular el principio del interés superior del niño. En efecto algunos consideraban que dicho principio debilitaría la afirmación del niño como sujeto de derecho, ya que podría llegarse a sostener que el ejercicio de sus derechos estaría condicionado a que no se atentara en contra

13 Aprobada por resolución de la Asamblea General de la ONU 1386 (XIV), en 1959: principios 2 y 7 párrafo 2. Cf. Pacheco, Máximo (Editor) (1987), pp. 616-619.

14 Cillero Bruñol, Miguel (2001), p. 24. La declaración de derechos del niño de 1959 tiene como antecedente la declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924. En 1923 la Organización “Save the Children International Union” adoptó una declaración de cinco puntos sobre los derechos de los niños, conocida como la declaración de Ginebra, que fue respaldada en 1924 por la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones. Cf. Montenegro, Marianella y otros (1999), p. 65.

de su interés. En definitiva prevaleció el criterio de regular el principio como fundamental en el Derecho de la Infancia y la Adolescencia¹⁵.

En el Art. 3.1 de la convención se dispuso:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

Existen en la convención una serie de normas adicionales que mencionan el interés superior del niño, relacionadas ellas con el Derecho de Familia. Así el 9.1 dispone:

“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”.

El inciso 3) del Art. 9 establece:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Art. 18.1 párrafo 2) dice:

“Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

El Art. 20.1 dispone:

“Los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

El Art. 21 párrafo 1) prevé:

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

El convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional del 29 de mayo de 1993, estableció en su Art. 1 que debía tenerse en consideración para las adopciones internacionales el interés superior del niño¹⁶.

Del desarrollo que se hizo del principio del interés superior del niño a través de sus fuentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación ordinaria, hay que concluir que el principio del interés superior del niño es anterior a la convención de derechos del niño y al nuevo paradigma del Derecho de

15 Cf. O’ Donnell (2001), p. 21. Sobre la regulación de dicho principio en la Convención a pesar de las discusiones que daban la forma en que había sido utilizado anteriormente: Beloff (2004), pp. 15-16.

16 Véase también el Art. 24 del convenio. Cf. Patronato Nacional de la Infancia (Editor) (1999), pp. 47 y 52.

la Infancia y la Adolescencia que supuso la misma.

En efecto como principio fue acogido en forma expresa en la declaración de derechos del niño de 1959, treinta años antes de la aprobación de la convención de derechos del niño.

Como principio, el interés superior del niño tuvo su origen en el derecho común, especialmente para regular los problemas de conflictos entre los intereses de otros sujetos y los del niño, principalmente en materia de Derecho de Familia, ello para el ejercicio de la patria potestad por los padres y las decisiones sobre la custodia de los niños¹⁷.

Si se analizan las referencias que se hizo arriba, se verá que cuando se realizan concreciones del principio del interés superior del niño, tanto en las convenciones internacionales de derechos humanos, dentro de las que se incluye la convención de derechos del niño, resalta la referencia a problemas a resolver relacionados con la guarda y crianza de los hijos o en lo relativo a la adopción de niños. En definitiva se trata en esa materia de solucionar conflictos de intereses, de modo que se establece que entre el conflicto entre los intereses del niño y los de otras personas, deben prevalecer los primeros. Precisamente la misma denominación, en cuanto se utiliza la palabra “*superior*”, hace mención a una

comparación, ya que significa que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa¹⁸.

Dentro del Derecho de la Familia la formulación del principio del interés superior del niño implicó un avance significativo, en cuanto ya los hijos no son una mera extensión del poder de los padres, especialmente del padre, llegando a tener intereses propios que deben ser tutelados, prevaleciendo incluso sobre los derechos de los padres. El gran cambio que se da a partir de la convención de derechos del niño en esta materia es la atribución del carácter de sujeto de derecho al niño, cuya opinión debe ser oída para determinar que es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez. Ello conforme a lo establecido por el Art. 12 inciso 1) de la convención de derechos del niño y por el Art. 21 inciso 2) del convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a lo que se hizo mención antes.

Sin embargo, en general se reconoce que el principio de interés superior del niño rige con respecto al Derecho a la Infancia y la Adolescencia en general, llevando a la especial atención que debe brindar el Estado para el pleno desarrollo de los menores de edad, debiéndose desarrollar

17 En este sentido indica Daniel O' Donnell: “Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución del matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Interpretado así, este principio favorece la protección de los derechos del niño y el lugar central que debe ocupar en la Convención constituye, a nuestro criterio, un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño”. O' Donnell (2001), p. 22. Acerca de la problemática de la determinación del interés del niño en lo concerniente a la tenencia de los niños: Elster (1995), pp. 108-147; Goldstein (2000), pp. 115-129.

18 Real Academia Española (2001), p. 2110.

estrategias de desarrollo humano, que conduzcan a otorgarle una prioridad sobre los bienes y servicios esenciales a la niñez y a la adolescencia, construyendo un entorno protector, de situaciones como el abuso, la violencia, la discriminación y toda forma de explotación¹⁹.

También dentro del Derecho Penal Juvenil el principio del interés superior del niño tiene relevancia, traducándose en el principio educativo que es establecido como prioritario. Sin embargo, el nuevo paradigma de la Justicia Penal Juvenil, producto de la Convención de Derechos del Niño impide que el principio del interés superior del niño pueda seguir justificando las peores arbitrariedades, como sucedió bajo la doctrina de la situación irregular²⁰, de modo que deben reconocerse al menor de edad las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos, estableciéndose un plus de garantías adicionales que se van a adicionar, no pudiéndose convertir en definitiva el principio del interés superior del niño y con ello el principio educativo, en un “Caballo Troyano en el Estado de Derecho”²¹, es decir como una forma subrepticia de quebrantar las garantías propias de un Estado de Derecho. Una utilización en ese sentido supondría una vuelta a la doctrina de la situación irregular.

5. Los derechos protegidos en la convención de derechos del niño

El desarrollo reciente de la legislación sobre la infancia y la adolescencia en Centroamérica no se puede entender si no es teniendo en cuenta lo desarrollado en la Convención de Derechos del Niño. Es importante anotar que la Convención de Derechos del Niño enfatiza la aplicación a los niños y adolescentes de los diversos derechos humanos que se han reconocido a todos los seres humanos, aunque con un afán protector muchos de ellos se le habían negado a los menores de edad, ello bajo la argumentación de que debían ser protegidos, de modo que al actuarse en su interés esos derechos eran muchas veces innecesarios o hasta contraproducentes, tal y como sucedía en la justicia tutelar de menores, bajo lo que se denominó la doctrina de la situación irregular.

Por otro lado, se llegaba a decidir lo que era mejor para los niños y adolescentes sin tener en cuenta su opinión, independientemente de su edad y madurez, de modo que se les trataba como un mero objeto de protección y no como sujetos de derechos.

Lo anterior fue modificado con la Convención de Derechos del Niño, que llegó a reconocer la aplicación de los derechos civiles y

19 Acerca de ello: UNICEF (2004), pp. 87 y 93.

20 Sobre la doctrina de la situación irregular véase: Tiffer Sotomayor (1998), pp. 15-16; Tiffer Sotomayor (2000), pp. 161-164; García Méndez (1996), pp. 231-232.

21 La terminología proviene del libro: Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores) (1988). De ese libro véase en particular: Gerkel, Jutta/Schumann (1988), pp. 1-9; Heidemann (1988), pp. 85-100. Sobre ello: Kaiser (1997), p. 455; Ostendorf (1998), 297-303.

políticos a los niños y adolescentes, con excepción del derecho al voto activo y pasivo en las elecciones²². Debe tenerse en cuenta la importancia que tiene el principio de autodeterminación en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, lo que lleva al ejercicio autónomo de esos derechos en forma progresiva, replegándose el ejercicio realizado a través de sus padres, conforme el menor de edad va aumentando en edad y madurez, de acuerdo con lo establecido por el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño²³. A lo anterior se agrega la existencia de derechos particulares de los menores de edad, en relación con los derechos civiles y políticos que se conceden a todos los seres

humanos, que se establecen atendiendo a sus particularidades, lo mismo que a su carácter de sujetos que están desarrollando progresivamente sus capacidades, derechos que se adicionan a los derechos que comparten con el resto de la población, pero que no sirven para restringir estos. Ello sucede por ejemplo en la justicia penal juvenil.

Los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención son: a) derecho a la vida (Art. 6); b) derecho al nombre (Art. 7 inciso 1); c) derecho a la nacionalidad (Art. 7 inciso 1); d) derecho a preservar su identidad, nacionalidad y las relaciones familiares (Arts. 8 y 9); e) derecho a formarse un juicio propio

22 Se ha señalado por el Comité de Derechos del Niño: "Como pocos Estados han reducido ya la mayoría de edad electoral a menos de 18 años, es aún necesario lograr que la opinión de los niños sin derecho de voto sea respetada en el gobierno y el parlamento. Si se quiere que las consultas sean útiles, es preciso dar acceso tanto a los documentos como a los procedimientos. Ahora bien, es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten a favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños (...). La participación de los niños y las consultas con los niños tienen que tratar de no ser meramente simbólicas y han de estar dirigidas a determinar unas opiniones que sean representativas. El énfasis que se hace en el párrafo 1 del artículo 12 en 'los asuntos que afectan al niño, implica que se trate de conocer la opinión de los niños que tienen experiencia con el sistema de justicia de menores sobre las propuestas de modificación de las leyes aplicables en esa esfera, o la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción. Es importante que los gobiernos establezcan una dirección directa con los niños y no solamente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos". Comité de Derechos del Niño (2003), p. 6. Juan Marcos Rivero ha criticado al Derecho Penal Juvenil por su falta de legitimación democrática, ya que está destinado a ser aplicado a sujetos que no intervinieron en el proceso de creación de las normas. Rivero Sánchez (2004), pp. 194-195. Sin embargo, aunque debe reconocerse que por una decisión política los ordenamientos establecen una edad mínima para votar y ser electo en los puestos de elección popular, ello no implica que los menores de edad en cuanto no se les conceda ese derecho no puedan intervenir en el proceso de creación de las normas, ya que debe reconocerse el derecho de los menores de edad de intervenir en las discusiones políticas, concernientes a sus intereses o bien a los intereses de todos. Ello implica también el derecho de ejercer una serie de derechos que tienen implicaciones políticas, como por ejemplo el derecho de asociación, participando, por ejemplo en grupos de presión y en partidos políticos, lo mismo que el derecho de participar en manifestaciones políticas. Sobre la consideración de la opinión de los niños como expresión de carácter democrático: Baratta (2001), pp. 85-106. En lo atinente a las elecciones costarricenses del 5 de febrero de 2006 deben elogiarse las encuestas que se realizaron sobre las opiniones de los niños con respecto a los aspectos que debía solucionar el que resultara presidente electo, respuestas que fueron transmitidas a los candidatos a la presidencia. Igualmente deben destacarse las elecciones infantiles que se organizaron. Criticable por emitir un pésimo mensaje y llevar a una frustración de los niños es la situación que con respecto a las elecciones infantiles organizadas por la Defensoría de los Habitantes costarricense, se dio en diversos centros de votación, por ejemplo en el CUNA de Alajuela, en el que poco después de las trece horas se habían acabado las papeletas, de modo que muchos niños no pudieron emitir su voto.

y a expresar libremente su opinión en todos los asuntos en que lo afectan (Art. 12); f) libertad de expresión (Art. 13), g) libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 14); h) derecho a la información (Art. 17); i) derecho de asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas (Art. 15); j) prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, su familia, domicilio o correspondencia y de ataques ilegales a su nombre y a su reputación (Art. 16); k) garantías judiciales ante la justicia penal (Arts. 37 y 40)²⁴.

Además de estos derechos, se reconocen en la Convención derechos económicos, sociales y culturales, que operan también, por un lado, como un reconocimiento de derechos que comparten con el resto de los seres humanos, pero, por otro lado, adquieren caracteres propios cuando se trata de menores de edad, unido a que a ellos se agregan otros derechos adicionales, que atienden a sus necesidades, para llevar al pleno desarrollo de sus potencialidades²⁵.

Los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en la Convención de Derechos del Niño son: a) derecho a un nivel de vida suficiente para su desarrollo físico, espiritual, moral y social (Art. 27 inciso 1); b) derecho a un alto nivel de salud (Art. 24); c) garantía de las obligaciones comunes de ambos padres con respecto a la crianza y el desarrollo del niño (Art. 18); d) derecho a la educación (Art. 28); e) derecho de los niños discapacitados a disfrutar de un nivel de vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan bastarse a sí mismo, facilitando su participación activa en la vida en sociedad (Art. 23 inciso 1); f) protección de los niños refugiados (Art. 22); g) protección frente a los conflictos bélicos y límites al reclutamiento por las fuerzas armadas (Art. 38); h) derecho al descanso, al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas (Art. 31 inciso 1); i) derecho a participar libre y plenamente en la vida cultural y artística (Art. 31 incisos 1) y 2); j) protección de toda forma de violencia, incluyéndose el

23 Sobre la gradual autonomía volitiva del menor de edad: Aláez Corral (2003), pp. 151-155.

24 Una enumeración de los derechos civiles en la Convención de Derechos del niño en: Villapondo (2000), p. 132. Con respecto a las garantías de los menores ante la justicia penal juvenil se señaló por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Caso "Instituto de reeducación del menor" vs. Paraguay): "211. A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales".

25 Sobre estos derechos adicionales: D' Antonio (2001), p. 8, quien indica: "El contacto paterno, la vida familiar, la prohibición de traslados ilícitos, la familia ampliada, la protección integral y muchos otros, permiten diferenciar los derechos inherentes a la propia condición de menor".

abuso físico, sexual, la negligencia infantil y el abuso emocional (Art. 19); k) derecho a que se promueva la recuperación física y psicológica y la reintegración de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abusos, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados (Art. 39); l) derecho a la seguridad social (Art. 26); m) derecho de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar a una protección y asistencia especiales del Estado (Art. 20); n) protección contra los abusos cometidos en materia de adopción (Art. 21); o) protección contra la explotación económica y el trabajo prematuro (Art. 32); p) protección frente al uso ilícito de estupefacientes y contra la utilización de niños en la producción y tráfico de esas sustancias (Art. 33); q) protección contra la explotación sexual y abusos sexuales (Art. 34); r) protección frente a todas las demás formas de explotación (Art. 36); s) protección frente al secuestro, la venta y la trata de niños (Art. 35); t) protección frente a traslados ilícitos al extranjero (Art. 11)²⁶.

A los anteriores derechos debe agregarse como derecho humano de la tercera generación la protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, a tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma (Art. 30).

7. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA SUFICIENTE PARA EL DESARROLLO FÍSICO, MORAL Y SOCIAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CENTROAMÉRICA

Debe tenerse en cuenta que los países centroamericanos ratificaron la Convención de Derechos del Niño. Se une a ello que diversos países, como Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica aprobaron un Código o ley de la niñez y la adolescencia, como forma de desarrollo por la legislación ordinaria de lo dispuesto por la Convención de Derechos del Niño. Así Honduras aprobó su Código de la Niñez y la Adolescencia por decreto 76-96 del 31 de mayo de 1996²⁷; Nicaragua por ley No. 287 del 24 de marzo de 1998²⁸; Costa Rica por ley 7739 del 6 de enero de 1998; Guatemala aprobó su ley de protección integral de la niñez y la adolescencia por decreto 27-2003 del 4 de junio de 2003. Panamá ha venido discutiendo desde hace varios años la aprobación de un Código de la Niñez y la Adolescencia, mientras El Salvador aprobó un Código de Familia el 11 de octubre de 1993, en el que se regularon, entre otros aspectos, los derechos y obligaciones de los menores de edad²⁹. Además se aprobó en dicho país la Ley del Instituto Salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia del 11 de marzo de 1993, que regula la organización, funcionamiento y obligaciones del Instituto

26 Con respecto a los derechos sociales, económicos y culturales garantizados en la Convención de Derechos del Niño: Villapondo (2000), p. 132; Paja Burgoa (1998), pp. 70-102.

27 Cf. Obando/Portillo (1999), pp. 883-953.

28 Cf. Silva Molina (1999), pp. 991-1037.

29 Hananía de Varela/Martínez Ventura (1999), pp. 685-745.

Salvadoreño para la protección integral de la niñez y la adolescencia.

Además Costa Rica y El Salvador aprobaron por aparte leyes de justicia penal juvenil, ello a diferencia de Guatemala³⁰, Nicaragua³¹ y Honduras, que integraron la normativa penal juvenil dentro de la ley o Código de la infancia.

Se establecen, en dichos Códigos o leyes, la garantía de los derechos individuales y de los derechos económicos, sociales y culturales. Resalta en cuanto a estos últimos la garantía a un nivel de vida digno y a la salud³², el derecho a las relaciones de familia y a la adopción³³, la protección de los niños en abandono³⁴, el derecho a la educación, la cultura, el deporte y la recreación³⁵, la protección de la niñez y la adolescencia con discapacidad³⁶, la protección

frente al tráfico ilegal, sustracción, secuestro y trata de niños, niñas y adolescentes³⁷, la protección frente a toda forma de explotación económica y el trabajo prematuro³⁸, la protección frente al uso de sustancias que produzcan dependencia³⁹, la protección frente al maltrato⁴⁰, la protección por la explotación y abusos sexuales⁴¹, etc.

Como uno de los derechos de más importancia, debe destacarse el derecho a un nivel de vida suficiente para el desarrollo físico, espiritual, moral y social, al que hace mención la Convención de Derechos del Niño en el artículo 27, lo que debe llevar entre otros aspectos a la protección frente a la pobreza. Se ha dicho con razón que la pobreza no solamente deniega a los niños y adolescentes bienes y servicios esenciales, sino en definitiva limita sus oportunidades. Se hace necesario respetar

30 Art. 132 y ss. de la Ley de Guatemala.

31 Art. 95-216 del Código de Nicaragua.

32 Arts. 25-35 de la Ley de Guatemala; Arts. 12-23 del Código de Honduras; Arts. 33-41 del Código de Nicaragua; Arts. 41-55 del Código de Costa Rica; Arts. 351 incisos 14) y 15), 353-355 del Código de Familia de El Salvador.

33 Arts. 18-24 de la Ley de Guatemala; Arts. 56-72 del Código de Honduras; Arts. 21-32 del Código de Nicaragua; Arts. 30-40 del Código de Costa Rica; Art. 351 incisos 4), 6) y 8) del Código de Familia de El Salvador.

34 Arts. 139-153 del Código de Honduras.

35 Arts. 36-45 de la Ley de Guatemala; Arts. 35-53 del Código de Honduras; Arts. 43-51 del Código de Nicaragua; Arts. 56-77 del Código de Costa Rica; Arts. 351 incisos 16) y 17), 356-363 y 383 del Código de Familia de El Salvador.

36 Arts. 46-49 de la Ley de Guatemala; Arts. 107-113 del Código de Honduras; Arts. 76 j) y 77 del Código de Nicaragua; Art. 62 del Código de Costa Rica; Arts. 351 inciso 22) y 364 del Código de Familia de El Salvador.

37 Art. 72 y 76 f) del Código de Nicaragua; Arts. 351 inciso 13) y 369 del Código de Familia de El Salvador.

38 Arts. 51, 63-74 de la Ley de Guatemala; Arts. 114-137 del Código de Honduras; Arts. 73-75 y 76 e) del Código de Nicaragua; Arts. 78-103 del Código de Costa Rica; Arts. 351 inciso 11), 376-382 del Código de Familia de El Salvador.

39 Art. 52 de la Ley de Guatemala; 175-179 del Código de Honduras.

40 Arts. 53-55 de la Ley de Guatemala; Arts. 162-169 del Código de Honduras; Art. 42 y 76 i) del Código de Nicaragua; Arts. 19, 34, 48-49 y 134 del Código de Costa Rica; Arts. 386-387 del Código de Familia de El Salvador.

41 Art. 56 de la Ley de Guatemala; Art. 76 g) del Código de Nicaragua; Arts. 19, 34, 48-49, 121-127, 134 del Código de Costa Rica; Art. 351 incisos 11) y 12) del Código de Familia de El Salvador.

el derecho de los niños a la supervivencia, la salud y la educación. Deben garantizarse los bienes y servicios esenciales, tales como el agua potable y la nutrición adecuada, lo mismo que los servicios médicos necesarios⁴².

Según lo indica UNICEF, la pobreza afecta de manera particular a los niños y adolescentes, de modo que son estos los que llevan la peor parte de ella, ya que al impedir su desarrollo físico, espiritual y moral, se convierte en obstáculos que perdurarán toda su vida⁴³. Por otro lado, la pobreza coloca a los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, frente a situaciones de violencia y explotación, llevando a trabajos infantiles prematuros y peligrosos, a la explotación sexual y a la violencia de pandillas⁴⁴. Además la pobreza conduce en muchas ocasiones a que el niño o adolescente tenga que enfrentarse ante la justicia penal juvenil⁴⁵, no solamente debido a la comisión de delitos en contra de la propiedad, sino también a que el sistema penal, en particular la policía, los tenderá a etiquetar como “clientes del sistema penal”, por concordar con el estereotipo del delincuente, todo lo que conduce a que sufran una estigmatización, que puede llevar a que lo que el interaccionismo ha llamado la

autorrealización de la profecía”. En este sentido señalan Smutt y Miranda: *“El reconocimiento y estigmatización de los jóvenes como drogadictos, delincuentes, pandilleros que frecuentemente realizan distintos sectores de la comunidad, medios de comunicación y otros agentes sociales puede llevar a que los jóvenes que se encuentran en riesgo social dediquen sus energías a transformarse en lo que la sociedad manifiesta y espera de ellos. Calificar a un joven de delincuente a menudo contribuye a que desarrolle pautas permanentes de comportamientos indeseables”*⁴⁶.

Debe reconocerse que Centro América presenta una gran divergencia entre los derechos que consagra la legislación y la realidad de los derechos⁴⁷, encontrándose grandes inequidades sociales, de modo que un alto porcentaje de la población se encuentra en situación de pobreza y pobreza extrema, siendo afectados en particular por dicha situación los niños y los adolescentes. Así en 2001 un estudio de PNUD determinó que el 50.8% de los centroamericanos tenía ingresos inferiores a los considerados como mínimos para llevar una existencia digna y un 23% se encontraba en una situación de pobreza extrema, de modo que no podía

42 Sobre ello: UNICEF (2004), p. 16.

43 Sobre ello: UNICEF (2004), p. 16. Véase también: Prats (1997), p. 62.

44 Véase: UNICEF (2004), p. 17.

45 Véase: UNICEF (2004), p. 26.

46 Smutt/Miranda (1998) p. 197 (véase también: p. 89).

47 Sobre los problemas de la falta de realidad, no refiriéndose a Centro América, de los derechos del niño establecidos en la Convención de Derechos del Niño: Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Ángeles (2001), p. 56.

siquiera satisfacer sus necesidades básicas de alimentación⁴⁸. Se estima que la mitad de los centroamericanos en condiciones de pobreza tienen 14 años o menos⁴⁹.

Importante es la diferenciación entre la población urbana y rural, ya que el porcentaje de pobreza en el área rural centroamericana en 2001 era mucho mayor que los correspondientes al área urbana. Así en cuanto a esta última la pobreza total es del 33.6%, mientras en el área rural es del 67.9%. En cuanto a la pobreza extrema el porcentaje de la pobreza urbana era del 10.8%, mientras en el área rural era del 35.1%⁵⁰.

La distribución por países, de acuerdo al estudio de PNUD, de la pobreza total es: Costa Rica 22.9% en 2001; El Salvador 45.5% en 2000; Guatemala 56.2% en 2000; Honduras 71.6% en 2002; Nicaragua 45.8% en 2001 y Panamá 40.5% en 2000⁵¹. En cuanto a la pobreza extrema en los años indicados en Costa Rica era de 6.8%, en El Salvador 19.8%,

en Guatemala 15.7%, en Honduras 53%, en Nicaragua 15.1% y en Panamá el 26.5%⁵².

En lo atinente a Costa Rica en forma preocupante el informe de la Nación del año 2004 denunció el aumento que ha ocurrido en los últimos años en la pobreza. Así señaló que pasó de 18.5% a 21.7% entre 2003 y 2004. La pobreza extrema aumentó del 5.1% al 5.9%⁵³. Debe resaltarse que en las últimas décadas la globalización y el neoliberalismo han provocado un aumento preocupante en la desigualdad social costarricense⁵⁴.

Con respecto a la pobreza debe destacarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición jurídica y los derechos del niño señaló:

“76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la

48 PNUD (2003), p. 47. Para la estimación de la línea de pobreza extrema “se define una canasta básica de alimentos (CBA), que representa un consumo mínimo de alimentos para una familia, hogar o individuo de referencia (tomando en cuenta los hábitos de consumo, el área de residencia, el nivel de ingresos, el tamaño familiar y otras variables”. La línea de pobreza básica “se obtiene agregando al costo de alimentación (línea de pobreza extrema) el costo de satisfacer otras necesidades básicas no alimentarias (vestido, vivienda, etc.)”. PNUD (2003), p. 49.

49 PNUD (2003), p. 48. Se señala citando a Pablo Sauma: “La incidencia de la pobreza no solo es mayor entre los niños y jóvenes centroamericanos (un 61.5% de los niños y jóvenes centroamericanos de 0-14 años se encuentran en situaciones de pobreza, sino que buena parte del total de pobres son niños y jóvenes: un 47% de los pobres centroamericanos son niños y jóvenes de 14 años o menos”. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora), 2006, p. 24.

50 PNUD (2003), p. 48.

51 PNUD (2003), p. 53.

52 PNUD (2003), p. 53.

53 Estado de la Nación (2005), p. 75.

54 Cf. Llobet Rodríguez (1998), pp. 63-64. Sobre esta temática véase en particular: Stiglitz (2005).

*separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención*⁵⁵.

En el mismo sentido el artículo 21 de la Ley de Guatemala dice:

“Carencia material. La falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad (...).”

Con respecto a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la opinión consultiva crítica Mary Beloff, con razón, que se dijera que la pobreza no puede ser el “único” fundamento para la separación del niño de su familia. Indica que debió haber dicho que no puede ser nunca (ni

único ni acompañado con otros) motivo para separar a un niño de la familia⁵⁶.

Al respecto el Código de Nicaragua dispone en el artículo 22:

“En ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela (...).”

Uno de los derechos de mayor importancia con respecto a los niños y los adolescentes es el de la educación. Sobre ello señaló la Corte Interamericana en su opinión consultiva del 28 de agosto de 2002:

“84. Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19

55 Sobre ello: Pedernera (1997), p. 215. En este sentido dijo la Sala Constitucional costarricense en el voto 2793-2003 del 8 de abril de 2003: “En el caso concreto que aquí se examina, de la relación de hechos probados del segundo considerando de esta sentencia, se desprende que la separación de la menor de su familia se decretó con base en un grupo de indicios de riesgo social aumentado como fueron la ausencia de control prenatal, la intervención anterior del Patronato Nacional de la Infancia en relación con otro hijo de la misma pareja, la entrevista con un vecino que no quiso identificarse y una visita al hogar de los padres de la menor. Ninguno de estos elementos refleja que se haya tomado en consideración la posibilidad de mantener unida a esta familia, o que se haya valorado la aplicación de alguna otra medida, antes de aplicar la más grave de ellas, como fue la prohibición de egreso del hospital de la menor con su madre y, luego, su abrigo temporal en un albergue del Patronato Nacional de la Infancia. Con ello se produjo una injerencia estatal excesiva en el seno de esta familia, cuya justificación fue insuficiente y que dio lugar a la lesión del derecho fundamental de la menor de permanecer con ella. Las condiciones económicas precarias del recurrente y su pareja no pueden por sí mismas ser el parámetro que determine si la menor puede permanecer o no con su familia natural. Al respecto, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño acota que a los padres les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. El solo hecho que un menor de edad pueda disfrutar de un marco más propicio para su desarrollo no es justificación suficiente para que sea sustraído a sus padres biológicos (En este sentido, las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos K. Y T. c/Finlandia del 12 de julio de 2001 y Kutzner c/ Alemania del 26 de febrero de 2002)” (el subrayado es del original).

56 Beloff (2004), p. 117

de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”.

Agregó la Corte:

“86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”.

Con respecto a la educación debe resaltarse el Convenio Centroamericano sobre Unificación Básica de la Educación, suscrito el 22 de junio de 1962 en la Segunda Reunión del Consejo Cultural y Educativo de la Organización de los Estados Centroamericanos, reunida en San Salvador.

En el artículo primero se dice:

“La educación es función primordial del Estado y este debe ofrecer el máximo de oportunidades para adquirirla. Toda persona en Centroamérica tiene derecho a recibir todos los beneficios de la educación (...)”.

En el artículo 2 se establece:

“La educación en Centroamérica debe atender a la formación integral del hombre y orientarse hacia el desarrollo económico y social de los pueblos centroamericanos”.

Por su parte el artículo 21 regula:

“La educación primaria tiene carácter nacional en cuanto contribuye a formar la unidad de cada país y debe fomentar la conciencia centroamericana con miras a la integración de la Patria Grande. Es universal, en cuanto está al servicio de todos sin ninguna discriminación. Es obligatoria para todo niño dentro de los límites legales fijados para la edad escolar. Al Estado corresponde el deber de proporcionarla sin perjuicio del derecho a establecer instituciones particulares de enseñanza sometidas a control del Estado”.

El artículo 22 establece:

“La educación primaria costeadada con fondos del erario público es gratuita. Esta calidad implica para el Estado la obligación de suministrar a los escolares elementos humanos y materiales que hagan efectivo el derecho del niño a la misma”.

El artículo 23 prevé:

“Los Estados signatarios se comprometen en la medida que lo permitan sus recursos presupuestarios a desarrollar planes de asistencia social escolar, especialmente ayuda alimenticia, atención médica y dental, vestuario, libros de texto y útiles escolares, transporte, becas y colonias de vacaciones, a fin no solo de estimular y regularizar la asistencia a la escuela de los niños necesitados de esa ayuda, sino también como una medida para mejorar el rendimiento escolar”.

Este Convenio ha tenido una gran importancia en Costa Rica, en donde se le ha reconocido por la Sala Constitucional su carácter obligatorio y superior a las leyes, esto en el voto 11515-02 del 6 de diciembre de 2002, obligando al Poder Ejecutivo a cumplir con el ciclo lectivo de doscientos días anuales, establecido en el Convenio, sin que puedan hacerse objeciones de la falta de contenido presupuestario, ya que deben hacerse las modificaciones presupuestarias respectivas.

Como lo dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002, antes citada, en lo atinente a la pobreza reconoce que la educación tiene una gran importancia, resultando que los niños y los adolescentes que no reciben una educación adecuada, no asistiendo a la Escuela o bien abandonándola prematuramente, es difícil que puedan salir en toda su vida del entorno de la pobreza⁵⁷, lo que en definitiva implica que no se les otorgan los derechos necesarios para el desarrollo de sus potencialidades. Se dice que entre la población sin educación formal la incidencia de la pobreza supera el 60%. Se señala que la pobreza se reduce para quienes tienen enseñanza primera completa, mientras que es de apenas un 10% entre los que tienen enseñanza secundaria, siendo muy inferior entre los que han realizado estudios universitarios, aun cuando no los hayan concluido⁵⁸. Se dice que la incidencia de la

pobreza se reduce 4 puntos por cada año de estudios hasta los 12 años⁵⁹.

Debe reconocerse la existencia de un serio problema con respecto a la educación en Centro América, que precisamente es uno de los derechos que con más amplitud regulan los Códigos y leyes de Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica.

En lo relativo a las tasas de asistencia escolar de la población de 7 a 15 años en Centroamérica en Costa Rica era 89.3% en 2000; en El Salvador 84.2% en 1999; en Guatemala 74.1% en 1998; Honduras 78% en 1999; Nicaragua 79.5% en 1998 y Panamá 91.8% en 1997⁶⁰.

Los problemas con respecto a la educación se reflejan en la tasa de analfabetismo, que en Centroamérica con respecto a los mayores de 15 años era del 23.3% en 2000. En Costa Rica era del 4.4%, en El Salvador del 21.3%, en Guatemala del 31.4%, en Honduras del 25.4, en Nicaragua del 33.5% y en Panamá del 8.1%⁶¹.

Uno de los grandes problemas en Centroamérica es la alta deserción escolar. Así en el área urbana la tasa de deserción en 1999 fue en Honduras del 47%, en El Salvador del 30%, en Costa Rica y en Panamá del 25%. En Guatemala fue del 40% en 1998⁶². Los

57 Cf. PNUD (2003), p. 33.

58 PNUD (2003), p. 33.

59 PNUD (2003), p. 33.

60 PNUD (2003), p. 61.

61 PNUD (2003), p. 51.

62 PNUD (2003), p. 65.

porcentajes de deserción en el área rural son aún mayores⁶³. En El Salvador, Guatemala y Nicaragua entre el 40% y el 70% de los niños deja de asistir a la Escuela antes de completar el ciclo primario. En Costa Rica y Honduras un 50% y un 60% respectivamente, abandonan la educación antes de finalizar el ciclo primario⁶⁴.

Entre los factores que contribuyen a la deserción escolar se citan la falta de recursos económicos en los hogares, la estructura familiar y la educación de la madre. Los porcentajes son mayores cuando falta el padre y la madre tiene poca educación⁶⁵.

Junto a la educación, el derecho económico, social y cultural que recibe mayor atención en los Códigos y leyes de la niñez y la adolescencia en Centroamérica es el derecho a salud. Al respecto debe reconocerse que han existido grandes progresos en los últimos años en Centroamérica, aunque las tasas de mortalidad infantil siguen siendo elevadas, a excepción de las correspondientes a Costa Rica.

La tasa de mortalidad de los menores de cinco años en 2003 en Guatemala fue de 47, en Honduras 41, Nicaragua 38, El Salvador 36, Panamá 24 y Costa Rica 10⁶⁶.

Por su parte la tasa de mortalidad de los menores de un año en 2003 era en Guatemala de 35, en Honduras de 32, en Nicaragua de 30, El Salvador de 32, Panamá de 18 y Costa Rica de 8⁶⁷. Debe reconocerse que desde 1960 se han hecho grandes progresos en Centroamérica, disminuyendo ambas tasas de mortalidad infantil. Hacia 1960 Costa Rica y Panamá tenían tasas de mortalidad infantil inferiores al promedio latinoamericano, actualmente también El Salvador y Honduras reportan tasas inferiores⁶⁸. Se dice que probablemente las campañas de vacunación, explican el descenso de la mortalidad infantil⁶⁹.

La tasa de mortalidad infantil por mil nacidos vivos entre 2000 y 2005 fue de 41.2 en Guatemala, 35.7 en Nicaragua, 31.2 en Honduras, 26.4 en El Salvador, 20.6 en Panamá y 10.5 en Costa Rica⁷⁰.

Esa tasa tiene relación con el porcentaje de partos atendidos por personal sanitario calificado. En 2001 fue del 95% en Costa Rica, 90.5% en Panamá, 66.9% en Nicaragua, 57.9% en El Salvador, 54.4% en Honduras y 40.6% en Guatemala⁷¹. Debe resaltarse en particular que el alto porcentaje costarricense se explica por el

63 PNUD (2003), p. 65.

64 PNUD (2003), p. 65.

65 PNUD (2003), p. 65.

66 UNICEF (2004), p. 105.

67 UNICEF (2004), pp. 106-108.

68 PNUD (2003), p. 80.

69 PNUD (2003), p. 79.

70 PNUD (2003), p. 34.

71 PNUD (2003), p. 383.

gran desarrollo que ha tenido en dicho país la seguridad social.

La misma relación que se da entre la mortalidad infantil en los partos y los partos atendidos por personal calificado, se da entre estos y la mortalidad materna en los partos. Así por cien mil nacimientos en Costa Rica en 2000 murieron 36 madres, en Panamá en 2000 fallecieron 60, en Honduras en 1998 murieron 108, en Nicaragua en 2001 fallecieron 121, en El Salvador en 1998 murieron 149 y en Guatemala en 2000 fallecieron 186⁷². Debe destacarse, sin embargo, que en Costa Rica entre 1990 y 2000, a diferencia de los otros países centroamericanos se produjo un aumento de la mortalidad materna, ello de 15 a 36⁷³.

La esperanza de vida al nacer en Costa Rica es bastante alta, siendo de 78 años en 2003, lo que obedece al sistema de seguridad social existente. En El Salvador es de 75, en Panamá de 75, en Nicaragua de 70, en Honduras de 69, Guatemala de 66⁷⁴. Deben destacarse especialmente la alta esperanza de vida en Costa Rica, El Salvador y Panamá, llegando a estrechar las diferencias con respecto a los países desarrollados. En lo atinente a Guatemala debe darse todavía una gran mejoría. El aumento de la esperanza de vida se puede explicar con el descenso de la mortalidad infantil⁷⁵.

Debe resaltarse la relación entre el derecho a la salud y el derecho a una buena alimentación, con respecto al cual persisten graves deficiencias en Centro América. En 2000 el 25% de los niños menores de cinco años tenía peso insuficiente en Honduras, el 24.2 % en Guatemala, el 11.8% en El Salvador, el 9.6% en Nicaragua, el 5% en Costa Rica y el 3.6% en Panamá⁷⁶.

También relacionado con el derecho a la salud es el derecho a una vivienda digna y a condiciones sanitarias adecuadas en ésta. En ello se aprecian todavía muchos progresos por realizar. En Costa Rica en 2000 el 97% de las viviendas tenía acceso a agua potable o fuentes mejoradas de agua, en Panamá el 89.8%, en Honduras el 89.2%, en El Salvador el 72.6%, en Guatemala el 70.8% y en Nicaragua el 70.1%. En lo atinente al porcentaje de viviendas con acceso a saneamiento para eliminación de excretas, en 2000 Costa Rica tenía el 98.6%, en Panamá el 93.2%, en El Salvador el 90.5%, en Nicaragua el 85.8%, en Honduras el 80.8% y en Guatemala el 38.2%⁷⁷.

Uno de los aspectos más preocupantes con respecto a la infancia y la adolescencia es el alto grado de violencia que las afecta en Centroamérica. La tasa de homicidios por 100,000 en Centroamérica es de las más elevadas. En el período entre los años 2000 y 2005 fue en El Salvador de 43.4, en

72 PNUD (2003), p. 383.

73 PNUD (2003), p. 383.

74 UNICEF (2004), pp. 106-108.

75 PNUD (2003), p. 77.

76 PNUD (2003), p. 379.

77 PNUD (2003), p. 387.

Guatemala de 23.1, en Panamá de 13.7, Nicaragua de 12.3 y Costa Rica del 6.2⁷⁸. No se indicaron datos de Honduras para ese período, aunque se trata de un país en que se desarrolla una gran violencia. Así en 2000 la tasa de homicidios por 100,000 en Honduras fue de 46.3⁷⁹. Todo ello ha llevado a catalogar a Centroamérica como una de las áreas más violentas del mundo⁸⁰.

Aunque es errado asociar exclusivamente la violencia en Centroamérica con las maras, no debiendo desconocerse la gran cantidad de muertes de la que son responsables grupos para-policiales, a lo que se hará mención luego con respecto a Honduras, debe admitirse que las maras efectivamente constituyen un grave problema por la violencia con que actúan⁸¹.

Las mismas como lo indica Carlos Elbert "(...) se valen de una metodología casi primitiva del ejercicio de la fuerza, despreciando toda inhibición y escrúpulo"⁸². Indica: "*Entre sus actividades delictivas más graves se cuentan: extorsiones, tráfico de drogas, robos a mano armada, violaciones y asesinatos, muchas veces a sangre fría y por simples motivos de venganza o como mera prueba de coraje*"⁸³.

En las maras participan muchos menores de edad. Así se ha dicho en El Salvador que están conformadas por niños, adolescentes y jóvenes que van desde los 9 a los 30 años, teniendo la mayor parte de las personas que participan en las maras entre 14 y 21 años. Se señala que la mayoría de esas personas ingresaron a la mara cuando tenían 14 años⁸⁴.

78 Organización Panamericana de la Salud (2005).

79 PNUD (2006), p. 97.

80 Cordero, Luis Alberto (2006), p. xvi-xvii.

81 Sobre las maras en Centroamérica: ERIC y otros (2004); DNI (2004), pp. 93-105.

82 Elbert (2004), p. 26. Agrega: "Para describir a estos grupos sin mucha condescendencia ni delicadeza semántica, puede afirmarse que son verdaderas bandas asesinas, en estado de embotamiento por las drogas y la desensibilización, resultantes de sus hábitos brutales de vida. Se reúnen en clanes de tipo familiar, cuyo objetivo es procurarse lo necesario, descargando toda la violencia posible sobre cualquier objetivo humano o social" (p. 25). La mención que hace Elbert sobre la particular violencia de las maras y la falta de toda consideración hacia las personas que no pertenecen las mismas es acertada. Sin embargo, para evitar malentendidos debe hacerse la observación, que luego se reitera, de que las maras son mucho más que agrupaciones para cometer hechos delictivos. Elbert, de todas maneras aclara que las maras son parte de la política de exclusión social producto de las políticas neoliberales que se han venido desarrollando en Latinoamérica (pp. 28-29).

83 Elbert (2005), p. 15.

84 Smutt/Miranda (1998), p. 129.

Se calcula que 8 de cada 10 personas que integran las maras son hombres y 2 son mujeres⁸⁵.

Existen dificultades para estimar la cantidad de pandilleros que existen en Centroamérica. Los cálculos más conservadores indican que hay unos 50,000, pero otros llegan a estimar la cantidad en 600,000⁸⁶. En una investigación publicada recientemente partiendo de datos elaborados por Jorge Delgado se dice que en Guatemala hay unos 14,000 jóvenes que participan en pandillas, en Honduras 40,000, en El Salvador 10,000, en Nicaragua 4,500, en Costa Rica 2,600, en Panamá 1385 y

en Belice 100, para un total de 72,585 en Centroamérica⁸⁷.

En Costa Rica debe reconocerse que existe un problema de delincuencia juvenil y hay pandillas de jóvenes⁸⁸. Por ejemplo en algunos barrios de San José, pandillas de jóvenes controlan determinado espacio territorial, encontrándose enfrentadas a otras pandillas. Así en un estudio realizado en 2002 por diversas organizaciones estatales y ONG sobre la violencia juvenil en Costa Rica, se mencionó la existencia de pandillas en la zona de Pavas, la Carpio, en cuya extensa zona urbano-marginal se encontraron tres agrupaciones, una de ellas

-
- 85 Cf. Cruz/Portillo (1998), p. 129. Sobre el perfil de las pandilleras: Cruz/Portillo (1998), pp. 124-127. En las pandillas se tiende a reproducir el patrón patriarcal, de dominación del hombre sobre la mujer. Sobre ello indican Cruz y Portillo: "Durante las sesiones del grupo focal se evidenció que la mujer, con la esperanza de escaparse del control familiar, opta por integrar una pandilla en búsqueda de comprensión y aceptación, pero tiene que enfrentar un control todavía mayor por parte de la pareja que, muy a menudo, asume el papel de padre castigador-perseguidor, que puede llegar a ejercer un control hasta sobre su propia sexualidad, en lo que concierne a la decisión sobre el aborto. De esta manera se perpetúa en el esquema de relación hombre/mujer pandillera el mismo patrón de sumisión y discriminación de la cual son objeto las mujeres en la vida cotidiana, con un componente agregado de violencia y machismo que pone a la mujer en una situación de mayor desigualdad". Agregan: "Si se observan con atención los datos recabados del sondeo, se descubre que la mujer no se siente atraída hacia la pandilla por el poder: aun si no fue definido previamente qué se entiende por 'poder' y para qué se usa, en los enfoques de género con el grupo de mujeres pandilleras ha resultado evidente que la mujer en el interior de la pandilla está, por lo general, excluida y marginada de la esfera de poder". Cruz/Portillo (1998), p. 151. La mujer pandillera con frecuencia es vista como un objeto de satisfacción sexual, lo que se refleja en el ceremonial de ingreso a la pandilla, que en el caso de las mujeres muchas veces consiste en tener relaciones sexuales con los diversos miembros de la pandilla (trecito). Sobre ello: Cruz/Portillo (1998), p. 153. Acerca de la reproducción en las pandillas juveniles (de Ecuador) de la discriminación y la violencia en contra de las mujeres: Cerbino (2006), pp. 54-55.
- 86 Sobre las discusiones acerca de la cantidad de pandilleros en Centroamérica: Elbert (2004), p. 14, quien señala que tal vez ascienden a unos trescientos cincuenta mil. Jürgen Schübelin dice que los cálculos oscilan entre 70,000 y 500,000 de miembros de las maras en Centroamérica. Cf. Schübelin (2005), pp. 172-173.
- 87 Cf. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006), p. 11. Se ha calculado por algunos que en Costa Rica, Nicaragua y Panamá hay por lo menos cinco mil pandilleros en cada país. Cf. ERIC y otros (2004), p. 17.
- 88 Sobre la violencia juvenil en Costa Rica: Fournier/Pérez (1994); Fournier (1996). En la ciudad de Alajuela se ha hablado de la pandilla de menores de edad que ha sido denominada "Los teletubis", a la que se ha referido la Prensa. A principios de la década de los noventa del siglo pasado las pandillas juveniles en Costa Rica recibieron una gran atención, siendo denominados por la Prensa los integrantes de las mismas como "los chapulines", aunque se trata de pandillas que no reúnen los caracteres de las maras, careciendo de la unidad y la subcultura propia de estas. Sobre los llamados "chapulines": González, Mauricio (2000), pp. 40-67; Espinoza, Ana Nancy (2006), p. 75.

en el sector denominado la Cueva del Sapo. Se mencionaron además el Infiernillo (Barrio Santa Rita) en Alajuela, Los Guidos, Cartago centro, Los Cuadros de Goicoechea, los Hatillos, Alajuelita, San Carlos y Limón⁸⁹. A pesar de ello estas pandillas no reúnen las características de las maras⁹⁰.

Con frecuencia se asocian las maras a los jóvenes inmigrantes centroamericanos que fueron expulsados por los Estados Unidos de América. Es cierto que las maras recibieron una influencia notable de las pandillas de ciudades como Los Ángeles⁹¹ y que se mantiene un ligamen entre las pandillas de

dicha ciudad y las centroamericanas, de modo que muchas de las pandillas en Centroamérica tienen contacto con las norteamericanas⁹², lo que ocurre por ejemplo con la Mara Salvatrucha y la Mara Calle 18, que surgieron en los Estados Unidos de América⁹³, que se encuentran también en países como El Salvador, Honduras y Guatemala, heredando las maras centroamericanas la enemistad que surgió entre las maras de Los Ángeles⁹⁴. Las personas pertenecientes a las maras que fueron expulsadas de los Estados Unidos ayudaron a organizar las maras y trasladaron la cultura de las mismas, llegando a ocupar en Centroamérica puestos de líderes de las

89 DNI (2004), p. 102.

90 Véase la nota anterior. Véase además: Espinoza, Ana Nancy (2006), p. 77. Con frecuencia se pretende catalogar a las barras de los equipos de fútbol costarricenses, como la Ultra, la Doce y la Garra, como agrupaciones de jóvenes que pueden evolucionar hacia las maras. Cf. Espinoza, Ana Nancy (2006), p. 87, citando la opinión de personas miembros de la Unidad Especial del Ministerio de Seguridad Pública. Sin embargo, ello no es acertado, ya que aunque las barras de esos equipos presentan entre sus miembros lazos de cohesión que compensan las necesidades afectivas de los jóvenes que forman parte de las mismas, lo que es una característica que presentan las maras, no se da el sentido territorial que tienen las maras, no reuniendo además un carácter homogéneo, siendo la unión entre los integrantes más bien alrededor de los partidos de fútbol y los preparativos antes de los mismos. Sobre las barras de los equipos de fútbol: Rodríguez Aguilar, Enésimo Gerardo (2005), pp. 41-58; Espinoza, Ana Nancy (2006), pp. 87-88.

91 Sin embargo, indican Cruz y Portillo: "La influencia que ejercen en los jóvenes las pandillas de Estados Unidos es bastante grande, sobre todo en el modo de ser pandilleros. Sin embargo, no es posible atribuir la dinámica del fenómeno interno de las pandillas salvadoreñas a un clonaje – una 'copia al carbón'– de la problemática norteamericana o de lineamientos de allá. Muchas veces, en el transcurso de la investigación, los miembros más veteranos de las pandillas, que han crecido junto a este fenómeno en Estados Unidos, se quejaban de que la expresión salvadoreña del pandillerismo juvenil cometía hechos que normalmente no estaban permitidos en las pandillas de las calles de los Ángeles". Dicen luego: "Al final, la manera de comportarse en las pandillas y de ser pandilleros es el producto híbrido de la herencia de la migración de Estados Unidos y de las condiciones particulares que prevalecen en la realidad salvadoreña". Continúan diciendo después: "Con todo, el fenómeno de las pandillas salvadoreñas está estrechamente vinculado, de manera particular, al fenómeno de las pandillas de la ciudad de los Ángeles, California". Cruz/Portillo (1998), p. 54-56.

92 Se ha dicho que: "Entre la MS y la Dieciocho salvadoreñas y las radicadas en Los Ángeles existe comunicación y algún tipo de dependencia en la toma de decisiones. Incluso se habla de que los acuerdos tomados localmente, sin el apoyo de los que residen en los Ángeles, no tienen ningún tipo de validez". Smutt/Miranda (1998), p. 38.

93 Sobre la influencia estadounidense: Smutt/Miranda (1998), pp. 33-39. Véase también: Cruz/Portillo (1998), pp. 55-59.

94 Sobre este enfrentamiento y el origen del mismo: Cruz/Portillo (1998), pp. 57-59.

maras, pero ello no debe llevar al error de considerar que en general los jóvenes que están en las maras son inmigrantes deportados por los Estados Unidos, ya que estos suponen una minoría⁹⁵.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el funcionamiento de las maras se da a un nivel territorial dentro de los barrios⁹⁶, de modo que se

trata de una lucha por defender el territorio frente a otras maras y de conquistar nuevo territorio⁹⁷. No puede desconocerse que gran parte de las víctimas de homicidio no son extraños a las maras, sino más bien son consecuencia del enfrentamiento entre las maras, que lleva a una mayor enemistad entre las mismas, debido a la necesidad que sienten los jóvenes pandilleros de vengar a sus muertos.

95 Se ha dicho sobre esto: "La sociedad posee muchas veces ciertos mitos sobre las pandillas. Uno de ellos, y que la investigación de estos jóvenes se encarga de desmentir, es el que se refiere al origen del fenómeno de las pandillas. El hecho es que no son los jóvenes que vienen del extranjero, específicamente de Estados Unidos de América, los responsables de conformar estas agrupaciones en el país. El papel de estas personas, más bien, consistiría en transmitir el modelo cultural del pandillero originario de la nación del norte. De esta forma, se comienza a establecer una cadena de aprendizaje de los elementos que conforman la vida pandillera norteamericana, que luego serán reproducidos aun por aquellos jóvenes que nunca estuvieron en Estados Unidos". Se agrega: "Según los resultados, sólo un 16.3% mencionó haber estado alguna vez en Estados Unidos (...). Los jóvenes que contestaron afirmativamente a la pregunta poseen mayor nivel educativo y son mayores de edad. Aparentemente, quienes ingresaron a las pandillas en Estados Unidos, y por diversas razones regresaron al país y se integraron también a una en El Salvador reciben mayor reconocimiento de parte de los pares pandilleros. En general, parece que éstos son más reconocidos por los demás miembros de la pandilla; son más respetados y tienen más facilidades para ingresar a las pandillas del país e inclusive para pedir favores especiales y prerrogativas a los otros pandilleros". Cruz/Portillo (1998), pp. 51-52. En sentido similar se dijo en otra investigación que muchos de los líderes de la Mara Salvatrucha y la Barrio Dieciocho en El Salvador se iniciaron como miembros de pandillas en Estados Unidos. Cf. Smutt/Miranda (1998), p. 133. Sobre el tema véase también: Estado de la Región (1999), pp. 292-294.

96 Se distingue entre las maras de barrio y las estudiantiles. Las primeras tienen un territorio de acción que comprende el lugar de residencia de sus miembros. Por su parte las maras estudiantiles están formadas por jóvenes inscritos en una institución educativa, defendiéndose el uniforme y peleándose a pedradas cuando se encuentra con maras enemigas de otra institución educativa, dando lugar a riñas tumultuarias. Los miembros de las maras estudiantiles pueden pertenecer también a las maras de barrio, pudiendo suceder que miembros de una misma mara estudiantil sean enemigos en el ámbito del barrio, por pertenecer a maras de barrio rivales. Las consideraciones que se hacen en el presente trabajo están referidas en particular a las maras de barrio. Sobre las diversos tipos de maras: Estado de la Región (1999), p. 298; Smutt/Miranda (1998), pp. 27-29. En Costa Rica debe reconocerse que los enfrentamientos entre estudiantes de diferentes colegios, en particular alrededor de partidos de básquetbol, no es un fenómeno nuevo, sino se ha dado desde hace varias décadas. Acerca de las pandillas estudiantiles: Cruz, José Miguel (2006), pp. 131-134. Sobre la violencia estudiantil: Zamora Cavaría, Eugenia/Espinoza Quirós, Ana Yancy (Coordinadoras) (2006), pp. 6-7.

97 Se señala: "Los territorios 'controlados', por el hacinamiento de las urbanizaciones, no exceden generalmente de 300 mts²; una calle o un pasaje constituye un límite de pandillas que son enemigas a muerte. Esto significa que los jóvenes se encuentran 'atrapados en sus propios dominios' y por tanto, no se pueden desplazar con libertad porque se sienten inseguros o amenazados". Smutt/Miranda (1998), p. 28.

El fenómeno de las maras es muy complejo, siendo consecuencia de múltiples causas⁹⁸. Sobre las maras se han llevado a cabo, especialmente en El Salvador una serie de investigaciones que han tratado de analizar sus causas y las posibles soluciones⁹⁹. Se concluyó en una investigación publicada en 1998: *“La organización de las pandillas en El Salvador no es un hecho casual. La conducta de los jóvenes tiene su origen en la pobreza, el debilitamiento de la familia como instancia socializadora, la falta de oportunidades educativas y laborales, la violencia cotidiana, la baja estima de sí mismo, entre otros factores”*¹⁰⁰. Se enumeraron una serie de causas:

a) *“El debilitamiento de la familia como instancia socializadora constituye un factor que predispone a los jóvenes a ingresar a las pandillas como un intento de cubrir los vacíos afectivos que ésta no logra llenar”*¹⁰¹.

En el fenómeno de las maras en Centroamérica tiene un papel fundamental la búsqueda de

vínculos afectivos, los que no son suplidos adecuadamente por la familia, debido a la desatención de los padres, la falta de comunicación de estos con sus hijos y la frecuente ausencia de la figura paterna dentro de la familia¹⁰². Se agrega a ello la frecuente violencia intrafamiliar que experimentan los jóvenes dentro de su familia, lo que hace que la misma, en vez de ser un espacio de seguridad y apoyo, sea más bien un lugar de temor y desamparo. Se señala en este sentido por Smutt y Miranda: *“De acuerdo con la información obtenida en el desarrollo de esta investigación, se observa que una de las funciones esenciales de la pandilla, es la de satisfacer las necesidades afectivas de sus miembros. La mayor parte de niños, niñas y adolescentes que las integran, viven en ambientes hostiles, indiferentes a las necesidades de los jóvenes, en los cuales, ni la familia ni otras instancias de socialización como la escuela, las iglesias, etc., logran proporcionarles el afecto y la estabilidad emocional necesarios para su desarrollo. De tal forma que a través de la pandilla, los jóvenes intentan compensar las carencias*

98 Se ha dicho: “La información sugiere que no existe una sino múltiples causas sociales, económicas, psicológicas y políticas por las cuales los jóvenes ingresan a las maras. Algunas que pueden enumerarse son: entorno familiar desintegrado, abuso sexual y maltrato infantil, uso de drogas, explotación económica por parte de los adultos, migración de las familias, entorno social y económico hostil, negación de sus necesidades y problemas económicos, falta de oportunidades laborales, desempleo y subempleo en las familias, contradicciones entre las políticas educativas y la ley, una justicia penal juvenil que, aunque en sus preceptos teóricos pretende la reinserción social de los jóvenes infractores, en la realidad se encuentra rezagada; falta de credibilidad en la aplicación de la justicia, inconformidad y rechazo al sistema por no encontrar oportunidades para estructurar un proyecto de vida, soledad y necesidad de reconocimiento, sentimiento de recepción afectiva por parte de la mara, y el poder que el grupo le adjudica en relación con el resto de los otros sectores sociales”. Estado de la Región (1999), p. 294.

99 Sobre los diversos estudios que se han realizado sobre las maras en Centroamérica: Portillo (2003), pp. 475-493, quien señala que los primeros en escribir sobre las maras no fueron los académicos, sino la prensa escrita (p. 478), señalando que el primer estudio académico fue realizado por Leverson, Figueroa y Maldonado, quienes publicaron en 1988: “Por sí mismos. Un estudio preliminar de las ‘maras’ en la ciudad de Guatemala” (p. 478).

100 Smutt/Miranda (1998), p. 194.

101 Smutt/Miranda (1998), p. 194.

102 Cf. Smutt/Miranda (1998), pp. 57-59.

del núcleo familiar, del ambiente escolar y comunitario”¹⁰³. Téngase en cuenta que las maras son mucho más que organizaciones para cometer hechos delictivos¹⁰⁴, como usualmente son percibidas por la comunidad, sino más bien dentro de las mismas los jóvenes buscan vínculos afectivos, que les dan un sentido de pertenencia a un grupo¹⁰⁵, siendo importantes dentro de las maras principios como la lealtad entre los miembros de la mara, lo mismo que la protección que se brindan entre ellos, especialmente en los enfrentamientos con miembros de maras rivales, pero también en los que tengan con

la policía¹⁰⁶. Se dice sobre ello por Smutt y Miranda: “A interior de la mara existen normas y reglas que deben ser observadas y vigiladas en su cumplimiento; a ellas están sujetos todos, incluido el líder y las mujeres. Estas se basan en el principio de solidaridad y responden a la necesidad de seguridad que tienen los miembros del grupo”¹⁰⁷. Se señala además: “A pesar de la violencia manifiesta en la vida cotidiana de las pandillas se manejan también una serie de valores que definen la dinámica al interior del grupo. Dentro de los valores que se destacan de una manera muy especial pueden mencionarse el barrio, la madre,

103 Smutt/Miranda (1998), p. 135. Véase también: p. 82. Consúltense además: Cervino (2006), pp. 59-63.

104 Se ha dicho: “La violencia juvenil encuentra su máxima expresión en las maras. Sin embargo, ellas no son sinónimo de delincuencia, pues aunque muchos mareros delinquen, otros no. Su vida en grupo no es necesariamente parte de una cultura criminal, sino más bien, es la expresión de una cultura urbana de la pobreza y una derivación de la cultura de la violencia”. Estado de la Región (1999), p. 296. Señalan Garrido, Stangeland y Redondo que: “Hasta la obra de F. M. Thrasher de 1927 *The gang* (‘La banda’), la idea habitual acerca de las pandillas consistía en considerarlas un grupo bastante informal de delincuentes que se reunía para cometer los delitos. Thrasher cambió esa percepción describiéndolas como una organización en la que tenían su cobijo y su identidad los jóvenes que veían cerradas sus puertas en la sociedad convencional. Es decir la pandilla no sólo era una agrupación destinada a cometer delitos, sino también una subcultura con sus normas, creencias y estilo de vida”. Sin embargo, los citados autores, desde su punto de vista, señalan que ha existido abuso con ese término, ya que pareciera que toda asociación de jóvenes antisociales constituía una “banda de criminales”, y esto, ciertamente no es el caso. Ello los lleva a aceptar el concepto propuesto por Miller que emplea el concepto de grupo de jóvenes delincuentes, definiéndolo como “una asociación de tres o más jóvenes cuyos miembros participan habitualmente en actividades ilegales con la cooperación o apoyo de sus compañeros”. Indican que ello facilita la comparación estadística y evita caer en la fenomenología descriptiva de la “subcultura” de la pandilla. Garrido/Stangeland/Redondo, 2001, pp. 471-472. Lo indicado por dichos autores debe ser rechazado, ya que el estudio de las pandillas y de los jóvenes que participan en ellas no puede ser meramente un estudio estadístico, lo que puede llevar simplemente a favorecer las soluciones meramente represivas, sino es fundamental el estudio de la subcultura de las pandillas, para conocer sobre las mismas, determinando las razones que han llevado a los jóvenes a participar en las mismas, y la forma en que se debe actuar en forma preventiva en contra de las mismas. Sobre las bandas juveniles y subcultura: Feixa (1999); Trotha (1993), pp. 53-59. Acerca de la delincuencia juvenil y las bandas juveniles: Mirón Redondo/Otero-López (2005).

105 Sobre ello: Cruz/Portillo (1998), p. 69, los que dicen: “El respeto, tener amigos, la protección y el poder sin intangibles y, como se sabe, llenan necesidades anímicas muy propias de la persona humana en esa etapa de la vida (adolescencia y juventud). En este sentido, podría decirse que gran parte de las razones que han tenido para integrarse a las pandillas juveniles hay que buscarlas en esos afectos. Estos son tan importantes para los jóvenes que se sobreponen a otros elementos más prácticos y más valorados socialmente, los cuales son sacrificados de manera consciente, como las oportunidades de empleo, educación y la confianza de la sociedad”.

106 Smutt/Miranda (1998), pp. 194-195.

107 Smutt/Miranda (1998), p. 139.

*la religión o algunas imágenes sagradas, amistad, solidaridad, compañerismos, lealtad y sinceridad*¹⁰⁸.

Sobre los vínculos afectivos y los valores que existen dentro de las maras es necesario citar lo que indican Cruz y Portillo: *“Muchas veces los programas de intervención parten de la premisa de que los jóvenes deben abandonar las pandillas como condición para brindarles ayuda y así se les hace saber a ellos. En la mayor parte de los casos, esta propuesta sólo provoca que los jóvenes se alejen de tales proyectos porque no representan una opción real para ellos. Desde su perspectiva, estos programas les ofrecen dos alternativas: por un lado, dejar de ser pandilleros, es decir, abandonar una identidad que han construido intensamente y por la cual incluso se ha derramado sangre; o, por otro lado, correr el riesgo de ser asesinados por sus excompañeros por renegar públicamente de las pandillas*¹⁰⁹.

Como forma de identificación con la mara, debe mencionarse los tatuajes, los que exceden de un simple valor ornamental. Así representan la pertenencia a la mara, al grupo barrial de ésta (cliclas), recuerdos de miembros de la mara que fueron muertos, o bien de las personas que el que lleva el tatuaje ha matado, etc.¹¹⁰. Por otro lado, los miembros de la mara se caracterizan también por su vestimenta, por ejemplo pantalones anchos, y por el uso de un lenguaje. Además tienden a expresarse a través de los “Graffitis”¹¹¹.

b) *“El desmedido y no planificado crecimiento urbano incide en el incremento y consolidación de las pandillas juveniles*¹¹².

Un factor de importancia con respecto a las maras es que las mismas son propiciadas por problemas urbanísticos, desarrollándose usualmente en barrios abandonados por las autoridades, con problemas en los servicios

108 Smutt/Miranda (1998), p. 143.

109 Cruz/Portillo (1998), pp. 165-166.

110 Cf. Cruz/Portillo (1998), pp. 99-100. La gran preocupación que se ha creado en Costa Rica con respecto a la posible aparición de las maras, ello debido a una serie de reportajes periodísticos, ha llevado a que en algunos lugares se haya discriminado a las personas con tatuajes. Sobre ello se dijo por la Sala Constitucional costarricense en el voto 3671-2005 del 6-4-2005: “Valora este Tribunal, la justificación dada por los recurridos en el sentido de que existe gran preocupación por la presencia de los grupos denominados ‘maras’. Al respecto indican, que la manifestación más evidente de estos grupos contra lo establecido socialmente es su vestimenta, los grandes tatuajes corporales y las perforaciones masivas en el cuerpo, en consecuencia, afirman que si un ciudadano ostenta símbolos similares o idénticos a los de ellos, para evitar incidentes toman medidas precautorias, tal y como sucedió en el caso concreto. Esta Sala considera legítima la actuación realizada por la seguridad del centro comercial recurrido, al procurar resguardar la integridad de sus instalaciones físicas y las de sus visitantes, sin embargo, no es atendible el acto impugnado por el recurrente, pues no aportan ningún elemento objetivo que relacionara al recurrente con estos grupos, además, del informe rendido bajo juramento, tampoco se dice que el recurrente hubiera adoptado una actitud amenazante o agresiva respecto del resto de los visitantes o que se hubiera encontrado en actitudes sospechosas que pudieran amenazar la tranquilidad del lugar. Por el contrario, del informe se desprende que la decisión de no permitir su ingreso al Mall, se dio únicamente por sus expresiones corporales”.

111 Cf. Schübelin (2005), p. 173. Sobre el tema véase también: Cerbino (2006), p. 13.

112 Smutt/Miranda (1998), p. 196.

básicos. La mala planificación urbana lleva a la ausencia de lugares de esparcimiento, por ejemplo para la práctica de los deportes, lo mismo que a un hacinamiento entre las diversas viviendas. Todo ello lleva a la percepción generalizada de los jóvenes de vivir en una comunidad con una infraestructura en mal estado. A la mala planificación urbana se une el hacinamiento en que se vive en las mismas viviendas, que lleva dentro de ellas a una ausencia de intimidad de los miembros de la familia y propicia además la violencia intrafamiliar¹¹³;

c) *“La necesidad de los jóvenes de ser reconocidos y valorados los conduce a preferir ser alguien temido, violento e incluso muerto, que no ser nadie, lo cual se intenta satisfacer de modo colectivo a través de las pandillas”*¹¹⁴. Sobre ello dicen Cruz y Portillo: *“Un elemento de vital importancia, y una de las funciones de la pandilla, es el poder que los joven detentan al adherirse a alguna (...). Los jóvenes pandilleros, aunque mencionaron explícitamente el poder como una de las mayores ganancias, tienden a valorar mucho más el efecto que éste produce, y es*

*aquí donde el poder se concretiza en una forma de relación social. Dicho efecto es identificado como el respeto, y de hecho, es la mayor ganancia según lo expresado por los mismos jóvenes pandilleros”*¹¹⁵.

d) *“La expulsión de los niños y adolescentes del sistema de educación formal favorece el crecimiento y difusión de las pandillas”*¹¹⁶.

En las comunidades en que hay una actividad de pandillas se aprecia un menor promedio de años de estudio que en aquellas en que no se presenta esa actividad. Esto es provocado en gran parte no sólo porque los jóvenes decidan salirse de la escuela, sino porque la misma con frecuencia termina expulsándolos por pertenecer a una mara¹¹⁷;

e) *“Los jóvenes de las pandillas encuentran grandes obstáculos para insertarse en el mercado de trabajo. Aquellos que lo consiguen, logran hacerlo a través de empleos esporádicos que no requieren cualificación ocupacional”*¹¹⁸;

113 Smutt/Miranda (1998), p. 196.

114 Smutt/Miranda (1998), p. 196.

115 Cruz/Portillo (1998), pp. 70-71. Véase también: Cerbino (2006), p. 58, quien señala: “La pandilla es un juego de identidad, la búsqueda de no ser indiferente sino precisamente de marcar una diferencia. Un juego que pone apuestas simbólicas e imaginarias que ‘invitan’ porque son atractivas. Formar parte significa esto: eliminar o alejar la indistinción. El amparo y la protección que la pandilla brinda permite sentirse acogido y además sentirse ‘envitado’ a la construcción preformativa de una identidad junto con otros miembros y participantes en el ‘juego’”.

116 Smutt/Miranda (1998), p. 197. Sobre la deserción escolar y la relación con la violencia juvenil: Fournier (1996), p. 3.

117 Smutt/Miranda (1998), pp. 197-198; Cruz/Portillo (1998), pp. 46, 160-161.

118 Smutt/Miranda (1998), p. 198. Véase también: Cruz/Portillo (1998), pp. 93-99.

f) *“Las pandillas o maras constituyen un mecanismo de expresión para los jóvenes y una reacción contestataria frente a la violencia cotidiana en que ellos se desenvuelven”*¹¹⁹;

g) *“Los jóvenes reciben violencia de la sociedad, la procesan y la devuelven a través de sus gestos, lenguaje y comportamientos”*¹²⁰;

h) *“Los jóvenes miembros de pandilla no logran visualizar oportunidades personales que les permitan construir un proyecto de vida; de tal forma que viven el presente sin fijarse metas a mediano y largo plazo”*¹²¹;

i) *“Para hacer frente a la problemática de las pandillas juveniles será necesario impulsar un proceso de prevención orientado a incidir en el contexto en que los jóvenes están inmersos”*¹²².

Debe evitarse la relación directa que con frecuencia se hace entre maras y pobreza, ya que ello lleva a una estigmatización de los jóvenes pobres como “mareros”, justificando la actuación arbitraria de la policía y fomentando la exclusión social de esos jóvenes, al

restarles posibilidades educativas y laborales. Se agrega a ello que relacionar directamente la pobreza con la delincuencia juvenil puede conducir a la concepción de la doctrina de la situación irregular, superada por la Convención de Derechos del Niño. Debe indicarse que no es posible establecer una relación directa entre la pobreza y las maras, lo que se demuestra por el hecho de que en muchos barrios pobres centroamericanos no existen maras o tienen poca presencia. Se aprecia además que en países como Nicaragua, con graves problemas sociales, el problema con las maras tiene menor gravedad que en otros países centroamericanos¹²³. Sobre lo anterior en una investigación publicada por la UCA de El Salvador en 2004 se señala: *“Las y los jóvenes pueden volverse mareros, integrarse a las redes de distribución de drogas y vivir de la violencia no solo porque viven en situación de pobreza y desventaja social, o porque los padres los abandonaron desde pequeños o porque los maltrataron sistemáticamente, sino porque en su entorno social inmediato no encuentran ningún recurso de apoyo alternativo que les provea lo que la familia y el ordenamiento económico no ha sido capaz de darles. De otra manera, ¿cómo se explica que no todos los muchachos que viven en situación de pobreza y vulnerabilidad económica se vuelven pandilleros? O ¿cómo se explica que no todos los individuos que tuvieron familias disfuncionales y violentas se han convertido*

119 Smutt/Miranda (1998), p. 199.

120 Smutt/Miranda (1998), p. 200. Sobre el aprendizaje social de la agresividad por los jóvenes: Fournier (1996), p. 3.

121 Smutt/Miranda (1998), p. 200.

122 Smutt/Miranda (1998), p. 201. Sobre ello véase: Cerbino (2006), quien dice: “Si no transformamos los entornos sociales cotidianos en los cuales los jóvenes se desenvuelven, cualquier política de juventud, sobre todo aquellas relacionadas con la violencia, no tendrá resultados efectivos. Es decir que es imprescindible superar, además de la pobreza, la marginalidad y la exclusión imaginaria y simbólica”.

123 Sobre los menores índices de delincuencia en Nicaragua que en Honduras, Guatemala y El Salvador: Bautista Lara (2004), pp. 75-126.

en pandilleros? La respuesta está en las variables que habitan en la comunidad, en las redes y en las interacciones sociales, en lo que se ha dado en llamar capital social¹²⁴.

En la investigación mencionada de la UCA de El Salvador se dice que aunque los barrios en que florecen y se desarrollan las maras se caracterizan por la precariedad económica, ello: *“(...) no quiere decir que exista una relación directa obvia entre la pobreza y la presencia de pandillas. Hay que recordar que los lugares escogidos por los equipos de investigación de Guatemala y Nicaragua eran claramente comunidades marginales, en donde la pobreza prevalece y determina el entorno social. Por ello, cualquier análisis sobre las condiciones socioeconómicas de las comunidades en donde aparecen las maras va a dar como resultado siempre una relación con la pobreza y la miseria. Pero en Honduras y El Salvador, los equipos de investigación escogieron sitios que no necesariamente son los más pobres y los resultados no son tan uniformes. En El Salvador, por ejemplo, los investigadores encontraron que las comunidades más afectadas por las pandillas no son las que están integradas por las personas con más bajos ingresos- o ‘los más pobres de los pobres’-, sino que son comunidades en donde la carencia de recursos por parte de sus integrantes es más bien relativa. Se trata de barrios en que los habitantes tienen el desafío de generar recursos para vivir, pero que no se*

encuentran en la última línea de la miseria. Muchos de sus habitantes poseen cierto nivel de educación, disponen de empleo o de un sistema de ingresos más o menos fijos, y cuentan con acceso a vivienda más o menos digna, aunque de pequeñas dimensiones. Por el contrario, en Honduras, concretamente en la ciudad de El Progreso, los resultados son otros. Las pandillas prosperan en los barrios y comunidades en donde la pobreza es más obvia y en donde la misma alcanza diversas formas de expresión: el ingreso de sus habitantes, la calidad de los servicios a los que tienen acceso condición de la vivienda. Así, los lugares que aparecen más libres de pandillas, dentro de El Progreso, son aquellos en donde el acceso a los recursos y los beneficios sociales son mayores¹²⁵.

Como se dijo, el fenómeno de las pandillas es multicausal, no siendo uniformes las causas en los diversos países centroamericanos. Como se señaló antes, es problemático identificar las maras con la pobreza, lo que no quiere decir que tenga que reconocerse que precisamente la exclusión social, el abandono y la inseguridad vital contribuyen al fenómeno de las maras¹²⁶. Importante es que la garantía del principio de dignidad humana exige la realización de una política social que garantice las condiciones mínimas de existencia de los niños y adolescentes (y de todas las personas). Sin embargo, con un carácter secundario, una buena política social contribuye a la prevención

124 ERIC y otros (2004), pp. 21-22. Se señala en otra investigación: “No se puede afirmar que todos los jóvenes pobres se organicen en maras; sin embargo, puede decirse, por la información de la observación participante, las entrevistas y los grupos focales de discusión, que curiosamente la totalidad de los jóvenes que integran estos grupos viven en situación de pobreza”. Smutt/Miranda (1998), p. 62.

125 ERIC y otros (2004), pp. 286-287.

126 Cf. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006), pp. 22-27; Cruz, José Miguel (2006), p. 125. Debe tenerse en cuenta que no debe identificarse la pobreza con la exclusión social, ya que se puede ser pobre y no excluido, y a la inversa no todos los excluidos son pobres, aunque se reconozca que tiende a existir un círculo amplio en que coinciden pobres y excluidos. Sobre la exclusión social: Estivill (2003). Más que la pobreza es la exclusión social la que puede llevar a favorecer el surgimiento de las maras.

de la delincuencia juvenil. Precisamente uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Juvenil, que surge de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, es que debe dársele prioridad a la prevención antes que a la represión, se parte de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social y no de una “buena” política penal. Debe estimarse que la mejor manera de combatir la delincuencia juvenil no es con la imposición de sanciones o alternativas a éstas, sino por medio de la prevención, ello a través de una política social y educacional. Desde esta perspectiva, parte fundamental de la doctrina de la protección integral es la elaboración de un programa de prevención de la delincuencia juvenil, tratando conforme al principio de dignidad de la persona humana, que los niños y adolescentes tengan las condiciones educativas y sociales que permitan el pleno desarrollo de su personalidad¹²⁷.

De gran relevancia en definitiva es que la ausencia de perspectivas, motivada por la falta de posibilidades educativas y laborales, unido al fenómeno de la transformación de la familia y la inexistencia de redes sociales de apoyo dentro de la comunidad y de lugares adecuados de esparcimiento, son factores que contribuyen a la proliferación de las maras.

A ello se une la existencia de una cultura de la violencia a nivel familiar y social¹²⁸, que hace perder la sensibilización frente al daño causado a otras personas y donde se ve la violencia como normal, lo que se acentúa en países como El Salvador, que han vivido una larga y sangrienta guerra civil, en donde las muertes se convirtieron en algo cotidiano¹²⁹. Debe mencionarse además la problemática del consumo de drogas¹³⁰.

Con frecuencia se atribuye la proliferación de la violencia juvenil a la pérdida de valores de parte de los jóvenes, de modo que se les convierte en un chivo expiatorio¹³¹. En realidad lo que ha sucedido es que las transformaciones sociales producidas por la globalización han llevado no solamente al aumento de los problemas sociales en Latinoamérica, sino también a un cambio de los valores en la sociedad en general, lo que tiene repercusiones en los jóvenes. La globalización ha aumentado la exclusión social, ha fomentado el consumismo, al que no pueden acceder los jóvenes excluidos, y ha conducido a un individualismo, dejándose de lado la solidaridad social. En este sentido es importante lo que señala Marco Vinicio Fournier: *“Los fenómenos que han transformado al mundo en las últimas décadas, no pueden circunscribirse únicamente a los planos político y económico. Por el contrario, la orientación a*

127 Se ha reconocido en general por la doctrina que la mejor política criminal es un buena política social, es decir que la mejor forma de prevención de la delincuencia es a través de la política social. Sin embargo, debe admitirse que aun la mejor política social no puede erradicar totalmente el delito. Cf. Zipf, Heinz (1979), pp. 158-159. Señala García-Pablos de Molina que la buena política social, que es conocida como prevención primaria, es la más efectiva, aunque sus efectos son a mediano o largo plazo, lo que hace que los políticos desde una perspectiva populista prefieran tratar de impresionar a la opinión pública a través de un endurecimiento del sistema penal. Cf. García-Pablos de Molina (2005), pp. 498-499.

128 Sobre ello: Cruz/Portillo (1998), p. 83. Acerca de la imitación de conductas agresivas por los jóvenes: Fournier (1996), pp. 3-4.

129 Cf. Smutt/Miranda (1998), pp. 157-159; Cruz/Portillo (1998), pp. 85-88.

130 Cf. Cruz/Portillo (1998), pp. 88-90; Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coodinadora), 2006, p. 15.

131 Una crítica a ello en: Cerbino (2006), p. 19.

disminuir el tamaño y el control del Estado, la tendencia a regirse casi de manera exclusiva por las leyes del mercado, el reforzamiento de la competitividad como estrategia ideal de interacción y de productividad como meta última del quehacer individual y social, han producido transformaciones profundas en la axiología de los ciudadanos, y por ende en los patrones de interacción. Cuando una sociedad se rige casi de manera exclusiva por la competitividad, y donde la capacidad de consumo se ha convertido en criterio último de la felicidad y el estatus social, difícilmente pueden seguir teniendo vigencia valores como la solidaridad, la fidelidad y la honestidad. A todo lo anterior agregamos la frustración que cotidianamente representa para la gran mayoría de la población, el no poder alcanzar este nuevo concepto de felicidad, y el estrés creciente que implica, no sólo este tipo de relaciones competitivas, sino también la cotidianeidad de la vida en las grandes urbes”¹³².

En la investigación de la UCA se concluyó: *“Aun a pesar del ejercicio más brutal de violencia de la que son capaces en varios lugares de Centroamérica, las y los jóvenes que están integrados a las maras son esencialmente personas que han sido obligadas a sobrevivir de la violencia a causa de la falta de oportunidades; son producto de la victimización de la que fueron objetos desde pequeños, y de la indiferencia social y política”¹³³.*

El problema de las maras es de difícil solución, pero ésta no puede dejar de ser una política preventiva de la delincuencia, tal y como la recomiendan las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas directrices de Riad, lo que lleva al desarrollo de una política social de realización de los derechos de la niñez y la adolescencia¹³⁴. Sobre ello indican Cruz y Portillo: *“Los jóvenes pandilleros necesitan oportunidades reales para poder concretizar sus expectativas de cara al futuro y poder integrarse efectivamente en la sociedad. Muy poco podrán lograr los pandilleros que sean calmarse si no reciben el apoyo para poder desempeñar un rol social, un empleo que les permita tener un lugar dentro de la sociedad. En tal sentido, las oportunidades, en principio, pueden ser entendidas como espacios en el mercado laboral. El pandillero y la pandillera dejan clara su petición a la sociedad salvadoreña: empleo; pero también agregan que necesitan oportunidades de educación que les permita acceder a ese empleo productivo y rentable – capaz de competir con las formas de obtener dinero fácil. Hay que recordar que los jóvenes pandilleros constantemente son excluidos del sistema educativo por su propia condición, de tal suerte que éstos optan por abandonarlo totalmente por su imposibilidad de acceso”.* Agregan: *“El esfuerzo por integrar a los jóvenes pandilleros de manera productiva debe encontrar asidero en una comunidad que esté dispuesta a recibirlos y a trabajar por su desarrollo”¹³⁵.*

132 Fournier, op. cit., p. 3. Eduardo Galeano: “¿Qué pasa con los millones y millones de jóvenes latinoamericanos condenados a la desocupación o a los salarios de hambre? Entre ellos, la publicidad no estimula la demanda, sino la violencia; entre ellas estima la prostitución. Los avisos proclaman que quien no tiene no es: quien no tiene auto, o zapatos importados, o perfumes importados, es un nadie, una basura; y así la cultura del consumo imparte clases para el multitudinario alumnado de la escuela del crimen”. Galeano (1997), p. 3.

133 ERIC y otros (2004), p. 320. Sobre ello véase además: DNI (2004), p. 105.

134 Cf. Llobet Rodríguez (2002b), pp. 378-388.

135 Cruz/Portillo (1998), pp. 169-170.

En este mismo sentido se dijo en la investigación de la UCA de El Salvador: *“Cualquier abordaje sobre la problemática de las maras en Centroamérica debe comenzar por reconocer que el entorno inmediato de las y los jóvenes constituye un área de intervención particularmente válida y urgente, por encima de las concepciones e intervenciones que criminalizan y personifican el fenómeno sin atender al contexto”*¹³⁶. Se agregó: *“Los hallazgos de los estudios locales sobre las variables socioeconómicas que intervienen sobre el apareamiento y el desarrollo de las pandillas apuntan hacia la importancia que tiene el acceso a los recursos y a ciertas fuentes de bienestar, como factores preventivos para la aparición de las pandillas juveniles. De diversas formas y a distintos niveles parece que las comunidades y las familias que tienen cierta dotación de recursos, ya sea por sus propias estrategias de supervivencia como por la asistencia de instituciones o la provisión de servicios públicos, suelen prevenir mejor el apareamiento o la formación de las pandillas juveniles. Tener una vivienda relativamente digna, contar con un gobierno local eficiente que pueda canalizar los recursos para apoyar a las comunidades más necesitadas pueden hacer una diferencia a la hora de evitar y enfrentar a las maras”*¹³⁷.

No puede negarse que ante los delitos cometidos por los miembros de las maras debe intervenir la justicia penal, imponiendo las sanciones correspondientes, que en el caso de que se trate de delitos llevados a cabo por menores de edad, debe hacerse de acuerdo con la regulación y los principios del Derecho Penal Juvenil y debiendo respetarse las garantías constitucionales¹³⁸. Sin embargo, no debe olvidarse que el problema de las maras no puede ser solucionado a nivel judicial, sino más bien debe realizarse la solución en el ámbito social, debiendo partirse de que la mejor política criminal es una buena política social, tal y como se dijo antes.

El problema de las maras no justifica que el Estado actúe desconociendo los principios del Estado de Derecho, perdiendo legitimación¹³⁹, tal y como tiende a ocurrir en Centroamérica, en donde con frecuencia se acude a las ejecuciones judiciales y la tortura en contra de menores de edad a los que se les atribuye la participación en las maras, con la participación o tolerancia de la policía, lo que no se puede justificar de ninguna manera.

Significativa en Centroamérica es la violencia con que se actúa en contra de los llamados “niños de la calle”, que en ciudades como San

136 ERIC y otros (2004), p. 320.

137 ERIC y otros (2004), p. 294. La buena política social, que es conocida como prevención primaria, es la más efectiva, aunque sus efectos son a mediano o largo plazo, lo que hace que los políticos desde una perspectiva populista prefieran tratar de impresionar a la opinión pública a través de un endurecimiento del sistema penal. Cf. García-Pablos de Molina 2005, pp. 498-499. Sobre el aumento de las penas como una cadena sin fin, que lleva a nuevos reclamos de aumento al constatarse que el anterior aumento no tuvo los efectos preventivos esperados: Lobet Rodríguez (1998), p. 24.

138 Véase: Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 159-2004 del 25-2-2004, que señaló excesos al atribuírsele, con un criterio peligrosista, a un imputado la participación en un hecho ilícito por el hecho de pertenecer a la indicada banda, con lo que se quebrantó el principio de culpabilidad.

139 Sobre ello: Estado de la Región (1999), p. 298. Como bien lo indica Luigi Ferrajoli: “Un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no solo pierde su legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”. Ferrajoli (1995), p. 396. Sobre ello véase: Lobet Rodríguez, 2005, pp. 87-94, 96-107; Lobet Rodríguez (1998), pp. 54-61.

Pedro de Sula se estiman en unos 8,000¹⁴⁰ y que no deben ser confundidos con los miembros de las maras, los que en general no viven en la calle¹⁴¹. Estos “niños de la calle” no llegan a pertenecer a las maras porque son demasiado pequeños o demasiado débiles corporalmente por el consumo durante años de drogas¹⁴². Se dice los niños de la calle viven de mendigar, lavar carros, algunos trabajos ocasionales y pequeños hurtos¹⁴³. Su actitud con respecto a las maras es ambivalente, por un lado, de temor ante ellas, pero, por otro, de admiración por el respeto de que gozan¹⁴⁴. Se dice que algunos trabajadores sociales han hecho referencia a casos en que “niños de la calle” pagan dinero a los miembros de las maras para su protección¹⁴⁵.

Con respecto a la violencia en contra de los niños y adolescentes en Centroamérica

realizada por grupos paramilitares señala el “Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá”: “El Informe especial sobre muertes violentas de niños, niñas y adolescentes en Honduras (2002) señaló un fuerte aumento de las muertes violentas de jóvenes e los últimos años: en el 2000 se registraron 289 casos y en el 2001 (hasta septiembre) 621. La mayor parte de las víctimas murió entre los 12 y los 21 años de edad (65%), en forma homicida y por arma de fuego (82%). Los jóvenes muertos de manera violenta por lo general no pertenecían a ‘maras’ o pandillas (66%), ni tenían antecedentes de infracción a las leyes. El citado informe apunta que un factor importante de los asesinatos es el posible ‘etiquetamiento’ de algunos jóvenes por características particulares como su vestimenta, corte de pelo, tatuajes, etc. Para asesinatos se utilizaron preferentemente armas

140 Cf. Schübelin (2005), p. 167.

141 Se ha dicho en El Salvador: “El sondeo indagó sobre las condiciones de vida de los jóvenes pandilleros. Existe la creencia generalizada de que éstos fueron niños de la calle y que, por tanto, al llegar a las pandillas siguen sin poseer una vivienda fija. En tal sentido, muchas veces se identifica a los niños de la calle como los futuros miembros de las pandillas. Los resultados parecen mostrar lo contrario: el 90 por ciento manifestó que disponía de una vivienda (...). Aunque en este caso, los datos muestran una diferencia leve, pero notoria, entre hombres y mujeres. De manera comparativa, las mujeres enfrentan el hecho de no tener un lugar donde vivir con un poco más frecuencia que los hombres”. Cruz/Portillo (1998), pp. 41-42. Véase también: Cruz, José Miguel (2006), p. 126; De León, Rosa/Sagone, Itziar (2006), p. 182.

142 Cf. Schübelin (2005), p. 167. Indica Gabriel Scandizzo en Argentina con respecto a los llamados niños de la calle: “Es sumamente difícil encontrar un concepto que exprese el significado de la salida de los niños a la calle, la idea de ‘autoexpulsión condicionada’ puede representar mas o menos fielmente esta acción como un intento de parte del niño de resolver el estado de tensión que plantea la permanencia en su hogar ‘tengo que estar todo el día cuidando a mis hermanos’, ‘no alcanza la comida’, ‘me aburro’, ‘me pegan’, ‘tengo que trabajar’ son los motivos más comunes que esgrimen estos niños para explicar por qué dejaron su casa. Por sobre todos las cosas, este movimiento representa una actitud de búsqueda de otras formas de vida frente a la realidad de carencia privación que su hogar de origen le ofrece. La autoexpulsión casi nunca se produce en forma compulsiva sino que conforma un proceso que comienza, por lo general, en la irregularidad de concurrencia a la escuela, se continúa en un perpetuo deambular por el barrio y progresivamente se prolonga hacia las calles céntricas y estación de ferrocarril, para finalmente llegar, por este medio de transporte, a las terminales de la Ciudad de Buenos Aires, convirtiéndose en lo que conocemos como chicos de la calle, es decir aquellos que adoptan el ámbito callejero y lo convierten en su hábitat, espacio de subsistencia y socialización”. Scandizzo (2005), p. 149.

143 Cf. Schübelin (2005), p. 167.

144 Cf. Schübelin (2005), p. 167.

145 Cf. Schübelin (2005), p. 167.

de fue de grueso calibre y circulación prohibida (AK-47: 36%) o de fabricación artesanal ('chimbas'). Existe un relevante número de casos que no se encuentra registrado por la Policía ni el Ministerio Público, aún cuando las muertes fueron reportadas por los medios de comunicación o por instituciones privadas. En la mayoría de los casos de muertes de jóvenes no se ha realizado una investigación policial exhaustiva sobre las circunstancias y los posibles móviles y, en los pocos que han llegado a conocimiento jurisdiccional, los procesos no han sido impulsados como lo exige la gravedad de los hechos (70% sin impulso procesal), pues existen escasos personamientos fiscales (28%), raramente se han dictado y ejecutado autos de prisión (4%) y, prácticamente no se ha emitido sentencia alguna. En este sentido, hay indicios de que algunas muertes violentas de jóvenes en Honduras son expresión de actos de grupos que pretenden 'hacer justicia' por encima de la ley (UPE, 2002)¹⁴⁶.

La Organización Casa Alianza ha reportado que entre enero de 1998 y mayo de 2005 fueron asesinados en Honduras 2720 niños, jóvenes o adultos de menos de 23 años. El patrón común de la mayoría de las víctimas es que provenían de barrios pobres, más del 70% tenían entre 12 y 17 años de edad, el 70% eran

hombres, entre el 80 y el 90% fueron muertos mediante armas de fuego¹⁴⁷. De esos casos en 600 se inició una investigación policial, en 100 se llevó el asunto a los tribunales y en 8 se dictó una sentencia condenatoria¹⁴⁸. Se señala que a pesar de que el gobierno ha indicado que las muertes se deben a enfrentamientos entre bandas, se calcula que solamente el 23% de los casos son efectivamente homicidios cometidos por miembros de las bandas. Se indica que un 9% fueron cometidos por los llamados "carros de la muerte", generalmente Jeeps o Pick ups en los que se desplazan grupos paramilitares, dándole muerte a "niños de la calle". Se dice que en un 4% de los casos se ha podido identificar como autores a policías o miembros de la policía privada. Con respecto al 63% restante de "totalmente desconocidos autores", Casa Alianza ha afirmado que al menos una parte considerable de los homicidios habrían sido ejecutados por "Comandos de la Muerte", financiados por personas de negocios, y que habrían sido realizados en el sentido de "operaciones sociales de limpieza", por medio de las cuales se le da muerte en forma arbitraria a jóvenes que se tienen por miembros de las bandas¹⁴⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado de Guatemala en el caso llamado de los "Niños de la Calle", ello por sentencia de

146 PNUD (2003), p. 303.

147 Cf. Schübelin (2005), p. 166.

148 Cf. Schübelin (2005), p. 167.

149 Cf. Schübelin (2005), p. 167. Sobre las muertes realizadas por grupos paramilitares de "Niños de la Calle" en Latinoamérica, en particular en Brasil: Waldmann (1994), pp. 75-103; Zaffaroni (1993), pp. 59-61.

19 de noviembre de 1999¹⁵⁰. Según lo indicado por Casa Alianza en enero de 2004, en ciudad de Guatemala el promedio de asesinatos de menores de edad era de 25 a 35 por mes, mientras que en Honduras era de entre 40 y 60¹⁵¹.

El Salvador, Honduras y Guatemala iniciaron en 2003 una política de “Súper mano dura”, de encarcelamiento de las personas pertenecientes a las maras¹⁵², sin mayores resultados¹⁵³. En forma paradójica se dice por la Universidad de Centroamérica que desde la vigencia de la política de “Súper mano dura”, la tasa de homicidios ha aumentado en El Salvador. Se ha señalado que el total

de homicidios entre enero y junio de 2005 fue de 1,665, lo que revela un incremento del 32.6% con respecto al año pasado, cuando en ese período se registraron 1,255 muertes violentas. El promedio diario de muertes en 2003 fue de 6 y en 2004 de 7.6¹⁵⁴. En definitiva la política de “Súper Mano Dura” ha resultado un rotundo fracaso.

En lo atinente al respeto a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, moral y social de los niños y adolescentes, debe tenerse en cuenta que se trata de una derivación del principio de dignidad de la persona humana, base de los diversos derechos. Debe destacarse que en Centroamérica se presentan

150 Se dijo en la sentencia: “78. En el período en que ocurrieron los hechos, la zona de ‘Las Casetas’ era notoria por tener una alta tasa de delincuencia y criminalidad y además abrigaba un gran número de ‘niños de la calle’. 79. En la época en que sucedieron los hechos, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los ‘niños de la calle’; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos inhumanos y degradantes, homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil (...). La problemática social de los niños de la calle y las detenciones y ejecuciones extrajudiciales de que son objeto, ha ocupado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversas ocasiones, por ejemplo en cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, emitido el primero de junio de 1993 (No. II), el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, dado el 6 de abril de 2001 (No. 30-36), en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, dado el 29 de septiembre de 1997 (letra C), en el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, ordenado el 29 de febrero de 1999 (No. 26-44). Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002), pp. 184-185, 188-193, 204-206, 245-246.

151 En: www.ni.laprensa.com.ni/archivo/2004/enero/27/nacionales/nacionales-20040127-11.html.

152 Cf. Schübelin (2005), pp. 174-175. Una crítica a las leyes aprobadas en aprobadas en diversos países centroamericanos, lo mismo que la política de mano dura en: Elbert (2004), pp. 21-25. Véase también: García Méndez (2004), p. 22A. En Guatemala se ha denominado “Cero tolerancia”, en Honduras “Libertad Azul” y en El Salvador “Plan Mano Dura” y “Plan Súper Mano Dura”.

153 Se ha dicho sobre ello: “Hasta hoy (...) las intervenciones sobre las pandillas han estado dominadas por el afán de limpiar las calles y reprimir, siguiendo las tradiciones autoritarias de imponer el orden a cómo dé lugar, sin importar los procedimientos o la legalidad de los mismos, y mucho menos sin atender las causas sobre la existencia de las pandillas”. ERIC y otros (2004), p. 281. Se ha resaltado que una línea dura en contra maras pueden más bien fomentar la cohesión de las mismas. Así se indica: “En general la pandilla toma conciencia de sí misma como grupo emergente, cuando la sociedad la ataca y la visualiza como elemento extraño e indeseable; situación que aumenta la cohesión entre sus miembros. El caso extremo en que se observó esta situación fue con la aparición, en marzo de 1995, del grupo clandestino denominado ‘Sombra Negra’ cuyo objetivo era exterminar a los pandilleros. Frente a tal amenaza los miembros de las pandillas se unieron más e incluso mostraron disposición a coordinarse con maras rivales para hacerle frente a este grupo”. Smutt/Miranda (1998), p. 124. Sobre las leyes en contra de las maras: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006), pp. 47-54.

154 <http://www.laopinion.com/latinoamerica/?rkey=00050706160303889620>.

diversas problemáticas que llevan a una cosificación de los niños y los adolescentes. Hay que mencionar en primer lugar el abuso sexual, que se desarrolla principalmente en el ámbito familiar o con respecto a personas cercanas a la familia, que es responsable de aproximadamente dos terceras partes de los abusos. Debido a la presión que sufren los niños de sus agresores, unido al sentimiento de culpa que sienten, el abuso sexual generalmente se mantiene oculto. Por ello es difícil cuantificar el abuso sexual, aunque algunos estudios que se desarrollaron en unos catorce países llegaron a estimar que la tercera parte de la población adulta femenina y la quinta parte de la masculina fue objeto de algún tipo de abuso durante su niñez¹⁵⁵.

Unido al abuso sexual, debe resaltarse la problemática de la violencia doméstica, que tiene una gran extensión en Centro América, que ha adquirido caracteres alarmantes por la cantidad de homicidios de mujeres en particular en Guatemala, pero ha afectado también a los otros países centroamericanos, como Costa Rica. Esa violencia doméstica también afecta gravemente a los menores de edad. En el Primer Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en Costa Rica, presentado en 2000, se decía que con respecto a los menores de un año la tasa de mortandad por homicidios es de 0.65 por 100,000, lo que en general está relacionado con situaciones de violencia doméstica¹⁵⁶.

Según CEFEMINA entre 1999 y 2003 fueron asesinadas en Costa Rica 11 niñas de 0 a 14 años y 8 adolescentes de 15 a 17 años. Se dice que excepcionalmente los homicidas eran desconocidos, puesto que la mayoría estaban vinculados a las víctimas¹⁵⁷. Se une a lo anterior que en otras situaciones los niños y los adolescentes son víctimas de la violencia doméstica en forma directa o indirecta, ya sea porque son también objeto de agresiones físicas, emocionales o sexuales, o bien presentan graves trastornos emocionales como consecuencia de presenciar la violencia doméstica sufrida principalmente por su madre¹⁵⁸.

Otros problemas de gran gravedad son la prostitución y la pornografía infantil, que dieron lugar a la firma de un protocolo adicional a la Convención de Derechos del Niño. Así al respecto se han realizado en los últimos tiempos a diversas investigaciones en Centroamérica, todo ello relacionado con el llamado turismo sexual. Según una denuncia de Casa Alianza del 22 de junio de 2002, entre 35,000 y 50,000 niños son obligados a prostituirse en Centroamérica¹⁵⁹. Una investigación de Rocío Rodríguez García, publicada por Casa Alianza México en 2002, asegura que en Internet hay una cantidad importante de páginas que promueven el turismo sexual en México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica¹⁶⁰. De hecho en Costa Rica, como consecuencia principalmente de

155 Paja Burgoa (1998), p. 81.

156 UNICEF (2000), p. 68.

157 UNICEF (2004a), p. 103.

158 Cf. UNICEF (2004a), p. 103.

159 En: BBC Mundo.com, 22 de junio de 2002. Casa Alianza: miles de niños en las calles, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2059000/2059145.stm. Sobre la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Costa Rica: Claramunt (2002).

160 Cf. Címac noticias. Com, www.cimacnoticias.com/noticias/02abr/02043004.html.

denuncias realizadas por Casa Alianza, se llegaron a iniciar una serie de investigaciones judiciales por pornografía infantil, algunas de las cuales han llevado al dictado de una sentencia condenatoria¹⁶¹.

Se agrega a ello el negocio de las adopciones, que se ha venido desarrollando por medio de intermediarios que han descubierto los beneficios económicos que pueden obtener a través del traslado de niños de países centroamericanos a otros países. Con frecuencia este negocio se desarrolla en forma clandestina. Casa Alianza inició en la década de 1990 una lucha en contra de las adopciones ilegales en Honduras y luego denunció una serie de irregularidades en Guatemala, denuncia que motivó incluso una querrela. Se ha resaltado que para proceder a una adopción en Guatemala los trámites son muy simples y que la adopción se ha convertido en un gran negocio, ya que se señala que las adopciones internacionales tienen un costo entre 15,000 y 25,000 dólares, llevándose en 2001 más de 2,300¹⁶². Otras veces la adopción puede seguir los trámites oficiales, beneficiándose de la falta de controles que se dan luego de que el niño fue trasladado a otro país. No han faltado las denuncias de que muchos de estos niños luego son conducidos a la servidumbre y a otra serie de abusos¹⁶³.

Otra problemática es la del trabajo infantil prematuro, que conduce a la explotación económica de los menores de edad. En general ello está asociado con el abandono prematuro de la escuela y con bajas remuneraciones¹⁶⁴. Sobre los problemas del trabajo infantil se ha dicho: *“El trabajo infantil es perjudicial para los niños, impide que puedan disfrutar de su infancia, obstaculiza su desarrollo y a veces provoca daños físicos o psicológicos que persisten toda su vida; también perjudica a las familias, a las comunidades y a la sociedad en su conjunto. Como resultado y como causa de pobreza, el trabajo infantil perpetúa situaciones de desfavorecimiento y exclusión social. Socava el desarrollo nacional al impedir la escolarización de los niños y el que puedan obtener los conocimientos y las aptitudes necesarios para que como adultos puedan contribuir al crecimiento económico y a la prosperidad”*¹⁶⁵.

La medición del trabajo infantil es difícil, por las condiciones de informalidad e ilegalidad en que se da. Se dice que en Centro América y República Dominicana hay 14.4 millones de niños y adolescentes entre 5 y 17 años, de los cuales el 16%, o sea 2.3 millones trabaja en actividades económicas, según estadísticas del IPEC, basadas en cifras oficiales de 2002. Casi la mitad de los niños trabajadores, un

161 Con respecto a delitos en contra de pornografía véase: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1391-2004 del 3 de diciembre de 2004; voto 126-2005 del 28 de febrero de 2005; Tribunal de Casación Penal, voto 525-201 del 13 de julio de 2001; voto 901-2004 del 2 de septiembre de 2004; voto 123-2005 del 24 de febrero de 2005.

162 www.cimacnoticias.com/noticias/03sep/03092607.html.

163 Paja Burgoa (1998), p. 81. A los problemas relacionados con la adopción de niños en Guatemala se refirió el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, dado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de abril de 2001 (No. 37-42). Cf. Relatoría de la Niñez CIDH/OEA (2002), pp. 246-248.

164 Cf. Paja Burgoa (1998), pp. 83-87. Acerca de los riesgos para la salud y la seguridad del trabajo infantil: Forastieri (2003).

165 OIT (2003), p. 1. Acerca de los riesgos para la salud y la seguridad del trabajo infantil véase además: Forastieri (2003).

47%, labora en la agricultura, mientras un 20.5% lo hace en el comercio, un 13.9% en servicios, un 11.4% en manufactura y un 6.2% en otras ramas económicas, que incluyen labores consideradas como peligrosas¹⁶⁶.

6. CONCLUSIONES

Los diversos países centroamericanos han ratificado la Convención de Derechos del Niño y con ello han asumido el nuevo paradigma de la niñez y la adolescencia, que parte de considerar a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y obligaciones, de modo que deben garantizárseles los derechos que se conceden a todos los seres humanos por el

hecho de serlo, sean estos mayores o menores de edad, pero sin dejar de considerar que por su carácter de sujetos en formación necesitan de una protección especial del Estado, de modo que se les garantiza derechos adicionales a los concedidos a los mayores, para ayudar al pleno desarrollo de sus potencialidades. Se ha tratado en Centroamérica de darle un desarrollo por la legislación ordinaria de lo establecido en la Convención de Derechos del Niño. Sin embargo, debe reconocerse que muchos de los derechos establecidos en ésta y en las leyes nacionales centroamericanas, no dejan de ser una expresión de buenas intenciones, que necesita todavía de una adecuada realización en la práctica.

166 En: Info Niñez, www.coeti.org.py/%20Info17/02_Internacional/02_TI/Not_Int_TI_07.html.

7. BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, Benito (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos.

Bautista Lara, Javier (2004). *Policía, seguridad ciudadana y violencia en Nicaragua*. Managua, PAVSA.

Beloff, Mary (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

Borja Jiménez, Emiliano (2001). *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. San José, Editorial Jurídica Continental.

Cerbino, Mauro (2006). *Jóvenes en la calle*. Barcelona, Anthropos.

Cillero Bruñol, Miguel (2001) *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre derechos del niño*. En: UNICEF y otros (Editores). *Derechos de la niñez y la adolescencia*. San José, UNICEF, pp. 31-45.

Claramunt, María Cecilia (2002). *Explotación sexual comercial de personas menores de edad*. San José, OIT.

Cordero, Luis Alberto (2006). *Presentación*. En: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006). *La cara de la violencia urbana en América Central*. San José, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, pp.xi-xxiii.

Cruz, José Miguel/Portillo, Nelson (1998). *Solidaridad y violencia en las pandillas del gran San Salvador. Más allá de la vida loca*. San Salvador, UNA Editores.

Cruz, José Miguel. *El Salvador*. En: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006). *La cara de la violencia urbana en América Central*. San José, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, pp. 105-161.

D' Antonio, Daniel Hugo (2001). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires, Astrea.

De León, Rosa/Sagone, Itziar (2006). *Guatemala*. En: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora). *La cara de la violencia urbana en América Central*. San José, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, pp. 163-200.

DNI (2004). *Diagnóstico regional sobre las condiciones de detención de las personas adolescentes en las cárceles de Centroamérica*. San José, DNI Sección Costa Rica.

Elbert, Carlos (2004). *La violencia social en América Central a través del caso centroamericano de las bandas juveniles "maras"*. En: *Revista Cenecip (Venezuela)*, No. 23.

Elster, Jon (1995). *Juicios salomónicos*. Barcelona, Gedisa S. A.

ERIC y otros (2004). Maras y pandillas en Centroamérica. Pandillas y capital social. San Salvador, Volumen II, UCA Editores.

Espinoza, Ana Yancy. Costa Rica. En: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006). La cara de la violencia urbana en América Central. San José, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, pp. 59-103.

Estado de la Nación (2005). Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Un análisis amplio y objetivo sobre la Costa Rica que tenemos a partir de los indicadores actuales (2004). Informe 11. San José, Estado de la Nación.

Estevill, Jordi (2003). Panorama de la lucha contra la exclusión social. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo.

Feixa, Carles (1999). De los jóvenes, bandas y tribus. Madrid, Ariel.

Forastieri, Valentina (2003). Los niños en el trabajo. Riesgos para la salud y la seguridad. Madrid, OIT.

Fournier, Marco Vinicio (1996). Violencia juvenil. Los restos de la psicología ante las transformaciones mundiales. San José: Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud. Representación de Costa Rica.

Fournier, Marco Vinicio/Pérez, Rolando (1994). Autoritarismo y percepción de la violencia social: el caso de los chapulines. San Pedro de Montes de Oca, Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Psicológicas.

Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (Coordinadora) (2006). La cara de la violencia urbana en América Central. San José, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano.

Galeano, Eduardo (1997). La escuela del crimen. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 13, p. 3.

García Méndez, Emilio (1996) Adolescentes en conflicto con la ley penal: Seguridad ciudadana y derechos fundamentales. En: Estudios básicos de Derechos Humanos VII (Editor: IIDH). San José, pp. 225-250.

García Méndez, Emilio (2004). Las maras. En: La Nación (periódico), 5 de abril de 2004, p. 22A.

García-Pablos de Molina, Antonio (2005). Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos. Valencia, Tirant lo blanch.

Garrido, Vicente/Stangeland, Per/Redondo, Santiago (2001). Principios de Criminología. Valencia, Tirant lo blanch.

Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores) (1988). Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft.

Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (1988). Ein trojanischen Pferd im Rechtsstaat. En: Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores). Ein trojanischen Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft, pp. 1-9.

Goldstein, Joseph (2000). ¿En el interés superior de quién? En: Beloff, Mary (Editora). Derecho, infancia y familia. Barcelona, Gedisa, pp. 115-129.

González, Mauricio (2000). Responsabilidad penal de los adolescentes en Costa Rica: los escenarios de la alarma social, el saber y la norma. En: González, Mauricio/Tiffer, Carlos (Compiladores). De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. San José, UNICEF, pp. 38-89.

Grosman, Cecilia (2004). El interés superior del niño. En: Grosman (Directora). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 23-75.

Heidemann, Antonie (1988). Kollisionen zwischen den verfahrensrechtlichen Garantien und der Erziehungsanspruch des JGG bei der Verteidigung Jugendlicher? Probleme und rechtspolitische Alternativen. En: Gerkel, Jutta/Schumann, Karl (Editores). Ein trojanischen Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler, Centaurus Verlagsgesellschaft, pp. 85-100.

Kaiser, Günther (1997). Strafen statt Erziehen? En: ZRP (Alemania), No. 11, pp. 451-458.

Kolle, Sandra de/Tiffer Sotomayor, Carlos (2000). Justicia juvenil en Bolivia. San José, ILANUD y otros.

Llobet Rodríguez, Javier (1998). Prólogo. Seguridad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica. En: Rotman. La prevención del delito, Investigaciones Jurídicas, p. 7-66.

Llobet Rodríguez, Javier (1999). Interés superior del niño, protección integral y garantismo. En: Tiffer/Llobet. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José, ILANUD/UNICEF, pp. 7-29.

Llobet Rodríguez, Javier (2000). El interés superior del niño y garantías procesales y penales. En: Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, pp. 45-54.

Llobet Rodríguez, Javier (2002). Los principios de interés superior y protección integral del niño en la justicia penal juvenil. En: Tiffer Sotomayor/Llobet Rodríguez/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 103-138.

Llobet Rodríguez, Javier (2002a). Garantías en el proceso penal juvenil. En: Tiffer Sotomayor/Llobet Rodríguez/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, pp. 141-201.

Llobet Rodríguez, Javier (2002b). Principios de la fijación de la sanción penal juvenil. En: Tiffer Sotomayor/Llobet Rodríguez/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, pp. 371-466.

- Llobet Rodríguez, Javier (2005). Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales (Primera Parte). San José, Editorial Jurídica Continental.
- Mirón Redondo, Lourdes/Otero-López, José Manuel (2005). Jóvenes delincuentes. Madrid, Ariel.
- Montenegro, Marianella (1999). Fundamentos y principios del Derecho Penal de Adolescentes. Panamá, Unicef.
- O' Donnell, Daniel (2001) La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido. En: UNICEF (Editor). Derechos de la niñez y la adolescencia. San José, UNICEF y otros, pp. 15-29.
- Ochaíta, Esperanza/Espinoza, María Angeles (2001). El menor como sujeto de derechos. En: Martín López, María Teresa. (Editora). La protección de los menores. Derechos y recursos. Madrid, Civitas y otros, pp. 33-66.
- OIT (2003). Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo 2002. Ginebra.
- Organización Panamericana de la Salud (2005). Situación de la Salud en las Américas. Indicadores Básicos. En: www.paho.org/spanish/dd/ais/IB-folleto-2005.
- Ostendorf, Heribert (1998) Das deutsche Jugendstrafrecht zwischen Erziehung und Represion. En: StV (Alemania), 297-303.
- Pacheco, Máximo (Editor) (1987). Los derechos humanos. Documentos básicos. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Paja Burgoa, José (1998). La Convención de los Derechos del Niño. Madrid, Tecnos.
- Patronato Nacional de la Infancia (Editor) (1999). Legislación sobre la niñez y la adolescencia. San José, Patronato Nacional de la Infancia.
- Pedernera, Luis (1997). "Las penas" de la infancia. El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.
- PNUD (2003). Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá 2003. San José.
- PNUD (2006). Venciendo el temor. (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica, San José.
- Portillo, Nelson (2003). Estudios sobre pandillas juveniles en El Salvador y Centroamérica: una revisión de su dimensión participativa. En: Apuntes de Psicología (España), Vol. 21, No. 3, pp. 475-493.
- Prats, Martín (1997). Estado, control social y políticas sociales: enfoque desde los derechos humanos. En: El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, pp. 39-116.

Real Academia Española (2001). Diccionario de la lengua española. Madrid, Editorial Espasa Calpe.

Relatoría de derechos humanos CIDH/OEA (2002). Buenos Aires.

Rodríguez Aguilar, Enésimo Gerardo (2005). Un acercamiento a la construcción de un colectivo juvenil inscrito en el marco del fútbol nacional: la Ultra Morada. En: FLACSO. Cuaderno de Ciencias Sociales- Culturas juveniles. Teoría, historia y casos. San José, No. 136, pp. 41-58.

Scandizzo, Gabriel (2005). Chicos en situación de calle. En: Eroles, Carlos/Fazzio, Adriana/ Scandizzo, Gabriel. Políticas públicas de infancia. Una mirada desde los derechos. Buenos Aires, Espacio Editorial, pp. 139-158.

Schübelin, Jürgen (2005). Die Toten auf den Strassen von Honduras. En: Deutschen Institut für Menschenrechte y otros (Editores). Francfort del Meno, Suhrkamp, pp. 167-177.

Smutt, Marcela/Miranda Jenny Lissette (1998). El fenómeno de las pandillas en El Salvador. San Salvador, UNICEF y otros.

Tiffer Sotomayor, Carlos (1996) Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada. San José, Juritexto.

Tiffer Sotomayor, Carlos (1998) Justicia penal juvenil costarricense: un modelo armado para aplicar. En: Seminario Taller ley de justicia penal juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria (Editor: UNICEF y otros), 1998, pp. 15-16.

Tiffer Sotomayor, Carlos (2000). Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung von Costa Rica. Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg.

Tiffer Sotomayor, Carlos (2001). Justicia juvenil y policía. San José, Escuela Judicial/UNICEF/ ULANUD.

Trotha, Trutz von (1993). Bande, Gruppe, Gang. En: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Compiladores). Stuttgart, C. F. Müller.

UNICEF (2000). Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. San José, UNICEF y otros.

UNICEF (2004). Estado Mundial de la Infancia 2005. Nueva York, UNICEF.

UNICEF (2004a). IV Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. San José, UNICEF y otros.

Villapondo, Waldo (2000). De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Waldmann, Peter (1994). Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: Junker, Detlef/ Nohlen, Dieter/Sangmeister, Hartmut (Editores). Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts. München, Verlag Beck, pp. 75-103.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2001). Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad. En: Méndez/Abregú/Mariezcurrena (Editores) Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. San José, IIDH, pp. 47-64.

Zipf, Heinz (1979). Introducción a la política criminal (Traducción: Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaén, Editorial Revista de Derecho Privado.
[www.iin.org.uy/declaracion de panama.htm](http://www.iin.org.uy/declaracion_de_panama.htm).

www.ni.laprensa.com.ni/archivo/2004/enero/27/nacionales/nacionales-20040127-11.html

www.laopinion.com/latinoamerica/?rkey=00050706160303889620

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2059000/2059145.stm

www.cimacnoticias.com/noticias/02abr/02043004.html

www.cimacnoticias.com/noticias/03sep/03092607.html

“LA FUNCIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD”

(Limitaciones agroambientales a la propiedad)

Prof. Enrique Ulate Chacón
Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental
Universidad de Costa Rica

CONTENIDO:

1. El Fundamento Constitucional del Derecho de Propiedad. Propiedad como Institución y como derecho subjetivo. Principios y valores constitucionales que informan el instituto de la propiedad. La función económica, social y ambiental en la Constitución Política.
2. La función económica, social y ambiental en la legislación agraria promulgada antes de la reforma del artículo 50 Constitucional. La prevalencia de la función económico y social, motivada por el fomento a la producción, la equidad en la distribución de la tierra.
3. La Jurisprudencia Constitucional, respecto de la normativa agroambiental, antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política. El dinamismo de la propiedad. Las limitaciones y el contenido mínimo en el ejercicio del derecho de propiedad.
4. Las consecuencias de la función económica y social. La cultura agraria tradicional y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, en detrimento de la naturaleza, la calidad de vida y la propia existencia humana.
5. El rol de la Jurisprudencia en la delimitación de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Los principios desarrollados en el ámbito jurisprudencial sobre la función ecológica y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.
6. El impacto de la reforma constitucional de los artículos 46 y 50, en la nueva legislación agraria y ambiental. Hacia una nueva cultura agraria orientada por el modelo del desarrollo sostenible de las actividades agrarias. La función ecológica de la propiedad como catalizador del ejercicio de la propiedad, cumpliendo con su destino económico y social.
7. Las nuevas limitaciones agroambientales impuestas por el legislador al ejercicio de la propiedad.
8. Límites agroambientales, función ambiental de la propiedad, y responsabilidad por daño ambiental.
9. El impacto de la función ambiental en los institutos vinculados a la propiedad agraria, y su desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales agrarios.
10. La función ambiental de la propiedad en la Ley de Biodiversidad. Las limitaciones agroambientales reafirmadas en la nueva Ley. Implicaciones jurídicas

1. El Fundamento Constitucional del Derecho de Propiedad. Propiedad como Institución y como derecho subjetivo. Principios y valores constitucionales que informan el instituto de la propiedad. La función económica, social y ambiental en la Constitución Política.

Desde el siglo pasado, nuestro Constituyente se ha preocupado por regular el Instituto de la Propiedad como uno de los derechos fundamentales del Ser Humano. La propiedad fue la máxima expresión en el ámbito de la libertad económica del ciudadano. Se concibió como un derecho sagrado, absoluto e inviolable.

Sin embargo, desde la Constitución de 1821, se establece la posibilidad de imponer limitaciones a través de la Ley. Ello fue evidente con la promulgación de la legislación especial agraria. Lo cierto es que nuestro Constituyente nunca se ocupó de indicar cuál sería el contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad. Es al legislador a quien corresponde establecer dicho contenido mínimo y esencial, a través de las limitaciones al derecho, y es al Tribunal Constitucional, a quien le corresponde ejercer el control de esa facultad legislativa, para evitar que por la vía de las limitaciones de prive del dominio a los titulares.

El artículo 45 de la Constitución Política, es la norma que hace referencia explícita al Derecho de propiedad. Tal norma dispone:

“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o

conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad **limitaciones de interés social.**”

Como lo ha dicho en forma reiterada la Jurisprudencia, los dos párrafos de la norma constitucional, se originaron en momentos históricos diferentes: uno influenciado por los principios y valores del Estado Liberal, y otro influenciado por los derechos económicos y sociales propios del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la pregunta que nace de inmediato es: Se trata de una sola propiedad o puede admitirse diversos tipos de propiedades. Indudablemente, la distinta naturaleza y función de los bienes, nos impone la distinción entre diversos tipos de propiedades.

Sin duda alguna, la Constitución Política reconoce, como en la mayoría de Constituciones modernas, la propiedad como Institución. Y como tal, es una sola.

Sin embargo, respecto del derecho de propiedad como derecho subjetivo hoy se distinguen “las propiedades”, a partir de la doctrina italiana del Prof. Salvatore Pugliatti, pues sin duda difieren en su función y en su estructura.

La función de la propiedad, está referida a la utilidad social del bien, a su diversa naturaleza

productiva: así podríamos hablar de naturaleza agrícola, ganadera, forestal, urbana, etcétera. Y la estructura, referida al conjunto de derechos y obligaciones del propietario los cuales, van a diferir dependiendo de la función que le venga asignada al bien. En otros términos, los derechos y obligaciones de un titular de un terreno forestal, son distintos a los derechos y obligaciones del titular de un inmueble ubicado en zona urbana.

Hoy esa tesis es compartida por la más sobresaliente doctrina, tanto nacional como internacional, y también por los criterios vertidos por la Jurisprudencia.

Para nadie es un secreto que el Derecho de propiedad, como derecho subjetivo, entraña un conjunto de derechos y deberes, facultades y obligaciones para su titular, que viene siendo moldeados por la legislación especial agraria, atendiendo a la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaiga, y a los nuevos principios y valores que van moldeando el entero ordenamiento jurídico.

2. La función económica y social en la legislación agraria promulgada antes de la reforma del artículo 50 Constitucional. La prevalencia de la función económico y social, motivada por el fomento a la producción, la equidad en la distribución de la tierra.

El Código Fiscal, la Ley de Terrenos Baldíos¹, la Ley de Informaciones Posesorias y la Ley de Tierras y Colonización, fue la primer

normativa de ocuparse de una regulación en el uso racional de los recursos naturales, para conservarlos. Pero también propiciaron la ocupación, titulación y destrucción de los bosques.

En la segunda mitad de éste siglo, prevalecieron el interés en la producción y la explotación de la tierra, lo cual venía justificado por la imposición de la función económica y social de la propiedad agraria.

En efecto, la doctrina agraria costarricense ya se había manifestado por una cultura agraria tendiente a poner a producir la tierra para cumplir con su destino económico: "... La tierra multiplicó su feracidad con el auxilio de la mecanización y la técnica, que supone el uso creciente de ciertos bienes muebles.... Pero si la tierra comparte su importancia con el capital mueble agrario, perdiendo su primacía, ha adquirido un nuevo relieve como asiento de los bienes que constituyen la explotación agropecuaria... . Dichos bienes son considerados propiedad agraria en su aspecto económico, en cuanto a instrumentos o medios de producción agropecuaria, y en su aspecto social, relativo a su control y a la distribución de sus beneficios... La propiedad agraria, se caracteriza por la exigencia individual y social de la necesaria destinación a la producción, para preservar la calidad y la capacidad productiva del bien. La exigencia social de la producción se hace más obvia en las normas que autorizan la expropiación de los bienes agrarios no utilizados en la explotación o empleados deficientemente y en

1 Ley de Terrenos Baldíos No. 13 del 10 de enero de 1939. Derogada por la Ley de Tierras y Colonización No. 2825.

las que vedan o limitan las formas indirectas de tenencia y explotación...”²

La misma Ley de Terrenos Baldíos permitió la adquisición de tierras por particulares, hasta un máximo de 30 hectáreas. Quedó prohibido, salvo ese caso, cerrar con cercas los terrenos baldíos propiedad del Estado, derribar montes o establecer en ellos construcciones o cultivos o extraer leña, madera u otros productos. Con ello era evidente la intención de nuestro legislador de conservar los recursos forestales.

La Ley de Tierras y Colonización de 1961, reguló la función económica y social de la propiedad con mayor prevalencia que la ambiental. Ello era una exigencia cultural, en garantizar no solamente el “acceso” real a la propiedad, a través de la intervención del Instituto de Tierras y Colonización, sino también exigir que se cumpliera con el destino económico de los bienes productivos (entre otros, artículo 1, 2 y 5).

La doctrina patria afirmó que “A partir pues, de la promulgación de la Ley de Tierras y Colonización es ilegal la ocupación de tierras del Estado. Pero las comenzadas antes de su vigencia son lícitas, dentro de los límites y condiciones establecidas por la Ley General de Terrenos Baldíos u otras cualesquiera vigentes al iniciarse la ocupación y sirven a los efectos de la prescripción positiva”.³

Fue así como en la Ley de Tierras y Colonización, junto a la función económica y social, se dictaron una serie de disposiciones tendientes a conservar los recursos naturales (artículo 1 inciso...). En particular, se establecía que las tierras que no tuvieran implantado el régimen de conservación y uso adecuado de las reservas que en ellas existían de recursos naturales renovables de la nación estaban incumpliendo la función social de la propiedad.⁴

Sin embargo, su aplicación desmedida, por la cultura que le era inherente, en cuanto a la función económica y social, llevaron al ejercicio abusivo del derecho de propiedad. Por ello también se advierte que “La apropiación indebida de tierras en las reservas nacionales por particulares adquiere caracteres alarmantes cuando es realizada por propietarios de latifundios con el fin de aumentar su cabida y más aún si el propósito que se persigue se limita a acaparar tierras sin cultivarlas.”⁵

El legislador impuso a la propiedad, en particular a la propiedad agraria una serie de limitaciones dirigidas a cumplir su función económica y social. La Ley de Tierras y Colonización hace referencia expresa a ambas funciones⁶. Por un lado, le impone la obligación al Estado de dotar a personas que carecen de tierras o las poseen en forma insuficiente, de las tierras

2 BARAHONA ISRAEL, Rodrigo. Derecho Agrario, San José, Universidad de Costa Rica, 2ª edición, 1982, página 228-229.

3 Ibid, página 231.

4 Ley de Tierras y Colonización, artículo 153 inciso 4.

5 BARAHONA ISRAEL, op. cit., página 235.

6 Ley de Tierras y Colonización, artículos 6; 21 inciso 1; 58, 142, 144, 150.

suficientes para su desarrollo individual y social (artículo 2).

También se establece la obligación de poner a producir la tierra, pues el incumplimiento de esa función económico productiva implicaría eventualmente la expropiación de las tierras que se encuentran incultas, abandonadas, explotadas indirectamente, o insuficientemente explotadas. Y castiga el ejercicio antieconómico de terrenos aptos para la agricultura destinados a la ganadería (artículo 144).

Pero también se le impone a los beneficiarios del Instituto de Desarrollo Agrario, como una de sus obligaciones la conservación de los recursos naturales renovables, pues la falta a estas disposiciones pueden implicar la revocatoria de la parcela.

Por otra parte, la Ley de Titulación Múltiple de Tierras⁷ sujeta a las fincas tituladas, a limitaciones agroambientales impuestas por la Ley de Aguas⁸, pues se excluyen del dominio privado las aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio público; y se impone servidumbre de uso público sobre las riberas de los ríos no navegables.

Otras limitaciones contenidas en dicha Ley están vinculadas con la Ley General de Caminos y la prohibición de destruir bosques

y arboledas que contengan especímenes vegetales o animales que estén en proceso de extinción en el país.⁹

La Ley Forestal de 1961¹⁰ también impuso importantes limitaciones a la propiedad agraria tendientes a someter obligatoriamente al régimen forestal aquellos bosques y terrenos que el Poder Ejecutivo considerase indispensables para establecer en ellos zonas protectoras, reservas forestales, reservas nacionales y reservas biológicas. En caso de negativa de los propietarios procedería la expropiación.¹¹

En efecto, a partir de la promulgación de dicha Ley comienza a manifestarse con mayor profundidad la función ambiental de la propiedad. Se contemplan políticas de conservación, forestación y reforestación de los bosques y terrenos, y de promoción, por medio de incentivos, a la actividad forestal.

El Patrimonio forestal del Estado les constituyen las reservas nacionales, las reservas forestales, los parques nacionales, los viveros forestales del Estado, las zonas protectoras y las reservas biológicas.

“Cuando la conservación del bosque y de los terrenos forestales está inspirada en el propósito de proteger los suelos, o de mantener y regular el régimen hidrológico, el clima o

7 Ley de Titulación Múltiple, No. 5064 del 22 de agosto de 1972.

8 Ley de Aguas, No. 276 del 15 de agosto de 1942, artículos 72 y 73.

9 Ley de Titulación Múltiple, artículo 5 inciso c).

10 Ley Forestal No. 4465 del 25 de noviembre de 1969.

11 Ley Forestal, artículo 2 inciso b, 71 y 72.

el medio ambiente, las áreas destinadas a esos fines se denominan zonas protectoras. En ellas se detiene el proceso de erosión de los suelos, ya que las raíces de los árboles sujetan y retienen la capa vegetal y las hojas que caen cubren el suelo por donde corre el agua, evitando así que arrastre las partículas de la tierra.

Las zonas protectoras pueden estar situadas en propiedad estatal o en propiedad privada. En una y otra se prohíbe las labores agrícolas que impliquen la destrucción de la vegetación.

El mantenimiento y regulación del régimen hidrológico es otra función importante de los bosques. Por ello han merecido un tratamiento detallado en la Ley Forestal, la cual declara zonas forestales las que bordean manantiales y una pequeña franja de la ribera de los ríos, arroyos, lagos, lagunas o embalses naturales. Dentro de las reservas nacionales, son áreas protectoras una ancha franja a uno y otro lado de las riveras de los ríos, y una amplia a uno y otro lado de la depresión máxima de las cuencas hidrográficas.

La función de los bosques en relación con las aguas es tan importante que puede trascender del ámbito nacional, como sería el caso de un río que corre por varios países.”¹²

3. La Jurisprudencia Constitucional, respecto de la normativa agroambiental, antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política. El dinamismo de la propiedad. Las limitaciones y el contenido mínimo en el ejercicio del derecho de propiedad.

Desde hace muchos años, la Doctrina¹³ ha distinguido entre límites y limitaciones del derecho de propiedad, en el contexto del contenido de ese derecho. Según ALBALADEJO, el contenido normal del Derecho de propiedad debe enmarcarse mediante la indicación de los límites del dominio¹⁴. Estos pueden establecerse por razones de interés privado, o por razones de interés público, siendo estos últimos los predominantes. Por ejemplo los establecidos en la Ley de Aguas o en la Legislación especial agraria o ambiental.

12 BARAHONA ISRAEL, op. cit., página 706.

13 ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo III, Derecho de bienes, Barcelona, 8ª edición, 1994, páginas 259 a 262.

14 “A veces el límite consiste en que el propietario no puede hacer algo; otras en que tiene el deber de hacerlo, quitándosele así la libertad de omitirlo (por ejemplo, la de no revocar la fachada del inmueble o la de no cultivar la finca rústica)... Como los límites del dominio constituyen régimen normal del mismo, ni hace falta un acto especial para imponerlos a cada cosa en particular, ni hay que probarlos... sino que basta invocar (cuando proceda) la norma jurídica que los establece. Por el contrario, tratándose de limitaciones han de establecerse por un acto especial relativo a la cosa de cuya propiedad se trata, y, como son excepcionales, han de ser probadas, pues, en otro caso, la propiedad se presume libre de ellas.” BID, página 262.

Nuestra Jurisprudencia patria hizo la distinción entre los límites y limitaciones al Derecho de propiedad¹⁵. Considera las limitaciones al derecho de propiedad originados en el interés social, del cual habla el artículo 45 párrafo segundo de la Constitución Política.¹⁶ Identificando dicho concepto con los problemas de las clases sociales, con las medidas necesarias para mejorar las condiciones económicas de las clases y lograr la convivencia humana, orientado por el bien común y la justicia social.¹⁷

La Jurisprudencia emanada, en aquél entonces de Corte Plena, conociendo como Tribunal Constitucional, señaló muy claramente el principio de la función económica social de la propiedad, como una restricción impuesta a la propiedad con efectos generales. Específicamente, en el ámbito de la propiedad forestal, la Jurisprudencia estableció la importancia de las limitaciones desde el punto de vista ambiental:

“En el recurso se alega la inconstitucionalidad de los artículos 30, 71, 88, 98, 101, incisos b) y d), 103, 104 y 105 de la Ley Forestal por encontrarlos lesivos de lo dispuesto en el artículo 45 constitucional, pues según el

criterio del recurrente, el primer artículo citado atenta contra la inviolabilidad de la propiedad al exigir aprobación de la Dirección General Forestal para poder efectuar trabajos de eliminación de bosques con el objeto de realizar colonizaciones o parcelación de tierras o cualquier empresa agrícola o ganadera, toda vez que con esas (sic) intromisión del Estado se pone en manos de éste la facultad de administrar la propiedad privada. A lo anterior es de señalar que ningún choque se produce entre el artículo 30 de la Ley Forestal y el 45 de la Constitución Política, pues el derecho de propiedad no es absoluto. En efecto, si bien el constituyente declaró categóricamente que la propiedad es inviolable, de seguido estableció restricciones a ese principio, una de ellas la posibilidad de expropiación “por interés público legalmente comprobado”, y por otra en que se dispone que la Asamblea Legislativa puede imponer a la propiedad limitaciones de interés social “mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros”, de donde debe concluirse que la primera declaración tiene dos limitantes referidas al interés público y al interés social. El concepto clásico de propiedad que la tenía como absoluta y sin límites, ha variado notablemente, permitiendo ahora que se impongan “limitaciones de interés social”,

15 “Tradicionalmente se han usado como sinónimos “límites” y “limitaciones”, pero ya hoy día se hace la diferencia entre ambos términos, para entender como “límites” los que son impuestos por la ley en forma generalizada sin referirse a una cosa o a un propietario individualizados, se aplican a todos los que están en una misma situación; mientras que las “limitaciones” por regla general son impuestas voluntariamente por los propietarios, aunque sea con base en la ley, y siembre para casos concretos... Pero nótese que la votación de dos tercios no constituye autorización para imponer toda clase de limitaciones a la propiedad, pues el texto se refiere únicamente a las de “interés social” (Corte Plena, Sesión Extraordinaria, del 25 de marzo de 1983)

16 Corte Plena, Sesión Extraordinaria del 16 de junio de 1983.

17 Corte Plena, Sesión Extraordinaria del 25 de marzo de 1982.

conforme lo autoriza el párrafo segundo del artículo 45, con lo cual ha sido posible que el legislador estableciera, como función esencial del Estado, la de “velar por la protección, aprovechamiento, conservación y fomento de los recursos forestales del país” (artículo 1º de la Ley Forestal), función que se cumple con la serie de restricciones que la citada Ley impone a la explotación de los bosques. De la misma norma constitucional se concluye que esos límites no son un desconocimiento del derecho de propiedad, como lo alega el recurrente, sino una **limitante para lograr el cumplimiento de fines superiores, más importantes que los estrictamente individuales en favor del propietario, sean los de la comunidad y de las futuras generaciones que deben contar con recursos forestales, incluso en protección del ambiente y la sanidad... Es cierto que se le ha limitado en su ejercicio, en protección de los intereses forestales del Estado que procuran la conservación de los recursos naturales y la sanidad ambiental; pero ello está permitido por la norma constitucional que el propio recurrente estima lesionada...**

VIII.- Ya en forma reiterada esta Corte ha dicho que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto, y que pueden ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores. Mal podría tildarse de inconstitucional, por ejemplo, el artículo 371 de la Ley General de Salud, en cuanto reprime con prisión a quien cultivare plantas de adormidera, coca o marihuana, por atentar contra la libertad de agricultura establecida en el artículo 46 de la Constitución, norma que el recurrente estima como violada por las restricciones que a la labor agrícola impone la Ley Forestal. Y si se toma en consideración el criterio ya externado de que **esa Ley protege intereses de mayor rango que**

los meramente individuales del poseedor o propietario de terrenos sometido a regulación forestal, se concluye aquí también que las restricciones que se acusan de inconstitucionales no lesionan la garantía del artículo 46 de la Carta Política, pues ya se dijo que lo que ha hecho el Estado es restringir por razones de interés social el ejercicio de los atributos de la propiedad. IX. La Ley Forestal pretende proteger los recursos naturales, circunstancia que incide en la organización de la producción. **Los recursos hidrológicos, los cambios ambientales, la sanidad del lugar son factores que influyen en la producción agropecuaria y se encuentran directamente relacionados con los recursos forestales de la zona; por ello las regulaciones sobre explotación forestal no lesionan sino que, por el contrario, afirman la garantía constitucional del artículo 50, en cuanto dispone que el Estado debe organizar la producción.** X. Con la Ley Forestal no se le está impidiendo al recurrente la posibilidad de lograr trabajo, honesto y útil, con el que procure por la subsistencia y bienestar de él y de su familia. Es indudable que el derecho que otorga el artículo 56 de la Constitución Política no es irrestricto, pues se encuentra sometido a las leyes y reglamentos respecto a la modalidad y condiciones de ejercerlo. **Así el señor Elizondo Villegas puede dedicarse a la agricultura si ése es su deseo; pero en ejercicio de tal derecho no le es lícito actuar contra la legislación vigente que protege los recursos forestales y regula la producción agrícola. Existen cultivos prohibidos (como el señalado anteriormente, la marihuana), y prácticas agrícolas restringidas (como las quemas), por normas jurídicas que imposibilitan a los agricultores para dedicarse a esos cultivos o utilizar las prácticas dichas. Sin embargo, esas normas no son inconstitucionales, pues no**

restringen ilegítimamente el derecho al trabajo, sino que lo regulan para salvaguardar otros intereses de mayor rango que garantizan la convivencia, fin último al que tiende el sistema jurídico.”¹⁸.

La Sala Constitucional, a partir del año 1990, reconoce más claramente el carácter dinámico del derecho de propiedad, y la posibilidad de imponer dentro de su estructura –conjunto de derechos y obligaciones del propietario– limitaciones de interés social, para evitar el ejercicio antisocial o abusivo de ese derecho que no es ilimitado.¹⁹

Dentro de dicho contexto reconoce, implícitamente, la existencia de propiedades especiales, con particularidades distintas atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate, y su función específica:

“El poder del propietario sobre la propiedad está determinado por la función que ésta cumpla. El objeto del derecho de propiedad ha sufrido transformaciones importantes. **Actualmente, no sólo se tutela el derecho de los propietarios, sino también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquél.** El derecho objetivo enmarca del contenido de los derechos subjetivos. Cada objeto de derecho implica una peculiar forma de apropiación. Así por ejemplo las facultades del dominio relativas a un fundo agrícola son muy distintas de las correspondientes a una finca ubicada en el sector urbano de intensa utilización.”²⁰

Dichas limitaciones, según la Sala Constitucional, deben ser razonables y no vaciar el contenido del derecho, pues pasaría a ser una privación total del mismo.²¹

4. Las consecuencias de la función económica y social. La cultura agraria tradicional y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, en detrimento de la naturaleza, la calidad de vida y la propia existencia humana.

El ejercicio de la función económica y social de la propiedad, sin considerar la ambiental, fue algo normal dentro de la cultura agraria imperante. Se titularon gran cantidad de terrenos. Los Bancos del Estado propiciaron, con el financiamiento, el desmonte y la destrucción del bosque para aumentar la frontera agrícola, a través de actividades agrícolas y ganaderas, con mínimas prácticas de recuperación de suelos y áreas devastadas.

La propiedad agraria recaía sobre un bien esencialmente de naturaleza productiva. Pero se hizo caso omiso a los mandatos del legislador en conservar adecuadamente los recursos naturales, lo que implicaba formas distintas de ejercicio de la actividad agraria. Pero el aumento de la población, las escasas técnicas en la producción agraria, la dependencia de los agroquímicos por la pérdida de fertilidad del suelo, y la misma cultura agraria fueron minando la destrucción de nuestros preciados recursos, con el escaso control Estatal.

18 Corte Plena, sesión extraordinaria celebrada el 17 de mayo de 1984

19 Sala Constitucional, No.5305-93.

20 Sala Constitucional, No. 5097-93 de las 10:24 horas del 15 de octubre de 1993.

21 Sala Constitucional, No. 5097-93.

Pero no existían criterios claros para poner coto al ejercicio abusivo y antisocial de la propiedad, pues la mayoría de las normas han protegido y propiciado el ejercicio egoísta de ese derecho, y la explotación desmedida de los recursos naturales.

Si bien es cierto el Legislador desde hacía muchos años venía procurando que, a través de claras limitaciones agroambientales, se propiciara un desarrollo sostenible, no es sino cuando los Derechos Humanos de la Tercera Generación que se da un cambio cultural trascendental para el entero ordenamiento jurídico.

En el medio costarricense, ya la más destacada doctrina ambientalista, ha mostrado gran preocupación, por la falta de una tesis jurisprudencial – en el ámbito constitucional– en cuanto a los límites agroambientales que deben o no ser indemnizadas, lo que puede constituir un obstáculo para una política ambiental orientada al desarrollo sostenible.

“Debemos tomar en consideración que el creciente desarrollo de las preocupaciones ambientales en nuestro país ha puesto en descubierto áreas o zonas críticas cuyo estudio y discusión se constituyen en puntos de central interés. Uno de estos está constituido por el de los límites al derecho de propiedad por motivos de interés ambiental. La evolución del derecho de propiedad o mejor dicho de los diferentes derechos de propiedad existente, ha pasado desde la concepción de un derecho absoluto e ilimitado, hasta concebirlo como un derecho que debe ser ejercido en función

social (que incluye, como lo ha dicho la Sala Primera, el respeto al ambiente) y que puede ser válidamente limitado por razones de interés público ambiental. Precisamente una de las razones que se aducen para efectuar esta limitación esta constituida por la protección del ambiente.

La necesidad de definir con claridad la relación de coexistencia de estos dos valores fundamentales, por un lado la propiedad privada y por el otro el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, han aumentado de conformidad con el incremento de la intervención estatal en procura de satisfacer este último y del surgir de numerosas organizaciones no gubernamentales encargadas de vigilar su entorno.

Lo anterior, se debe al hecho de que para alcanzar el desarrollo sostenible es necesario tomar una serie de medidas de la más variada índole. Ellas han traído consigo la imposición de límites a los derechos individuales como el derecho de propiedad y el derecho del libre comercio. Si se estudia con detenimiento la legislación que en nuestro país califica como ambiental, se observa que la misma contiene con diverso grado de intensidad limitaciones a la propiedad, por ejemplo la Ley Forestal, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley de Planificación Urbana, Ley de Aguas...”²²

Por lo anterior, el establecimiento de los límites agroambientales de la propiedad, en el ámbito de su función económica, social y ambiental, es fundamental para alcanzar verdaderamente

22 CABRERA MEDAGLIA, Jorge. “La Jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia ambiental”. En: Gestión Ambiental Municipal, San José, Colegio de Abogados, 1995, página 157.

un desarrollo sostenible, ponderando los valores y principios constitucionales que deben orientar este modelo de desarrollo.

5. El rol de la Jurisprudencia en la delimitación de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Los principios desarrollados en el ámbito jurisprudencial sobre la función ecológica y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

La Jurisprudencia patria hace una clara distinción entre los diferentes tipos de propiedad, siguiendo la tesis de PUGLIATTI²³. Si bien es cierto se define a la propiedad agraria como esencialmente posesiva, como una propiedad de actividad empresarial tendiente a lograr el mejor destino productivo del bien²⁴, también se impone el interés de conservarla.

En el ámbito del ejercicio del derecho subjetivo, para proteger su derecho se le exige al propietario que "... la ejerció cumpliendo con el destino económico del bien, que ejerció en ella actos posesorios tendientes a *cultivarla y mejorarla*, y que sobre el bien desarrolló una actividad agraria empresarial, entendiéndose por tal una actividad económicamente organizada con el fin de la producción de

animales o vegetales, **con el uso de los recursos naturales...**".

Bajo esa concepción, claramente nuestra Jurisprudencia integra la función ambiental, como parte de la económica y la social cuando expresa:

"Hoy este principio ha evolucionado y se le identifica como el principio económico social de la propiedad, en cuanto el mismo se desdobra en dos: 1) Por una parte denominado función subjetiva, y se refiere a las obligaciones del propietario con la propiedad, las cuales podrían sintetizarse en su deber de cultivar el bien productivo de que es propietario, cumpliendo así con el fin económico del bien: de ser productivo o de aptitud productiva; también tiene la obligación de mejorar su propiedad con el objeto de que aumente la **producción y productividad**, debe **respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado**, y tratándose de algunas propiedades particulares cumplir con todas las obligaciones que la normativa especial le impone; 2) La función objetiva es la obligación del Estado de dotar a todos los sujetos que no tengan bienes productivos, o los tengan en forma insuficiente, y ellos tengan capacidad para desarrollar una actividad

23 PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà nel nuovo Diritto. , Milano Editores Giuffrè, 1964, 309 p.

24 "La más productiva entre las cosas es la tierra, la cual de sus frutos y productos espontáneamente, pero de ella, de la tierra, el hombre civil vive, no ya solamente recogiendo sus productos espontáneos, sino fecundándola con su obra. La natural potencialidad productiva de la tierra deviene en producción actual, por el trabajo del hombre. Con el trabajo la tierra se humaniza, deviene espiritual posesión y propiedad del hombre, no cosa, no natural, dominada por el caso o por la causalidad, sino nutrida por el hombre que la cuida, la cultiva; entre en el ámbito no solo de los intereses humanos y de los motivos de acción del hombre, sino también en los fines de los valores, deviene base del consorcio humano, sede y cuna de la sociedad de los hombres, reguladas por las leyes del vivir social, por el derecho" PUGLIATTI, op. cit., página 203.

empresarial, con esos bienes para que puedan los sujetos incorporarse al proceso productivo, desarrollándose humanamente en los planos social y económico. La primera es la función básicamente económica, la segunda es sobre todo social...”²⁵

En dicha sentencia, se evidencia una clara tendencia jurisprudencial, reiterada en muchas otras²⁶, de introducir, como parte de la misma función económica y social, la función ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible.

Pero es en el ámbito de la propiedad forestal, como propiedad limitada, en donde ha alcanzado un mayor desarrollo jurisprudencial el principio de la función ecológica de la propiedad. Particularmente nos referimos a las limitaciones que sufre el titular de un terreno que se ha declarado zona protectora bajo el régimen forestal, y reclama sin éxito su derecho a ser indemnizado.²⁷

La Sala Primera se refirió hace varios años al Derecho Ecológico, y la función ambiental inherente a la propiedad, cuyos principios son consagrados en gran cantidad de normas y tratados internacionales: “Todas las anteriores, aun cuando abundantes, tienen lineamientos de altísimo contenido axiológico cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional, sino, por el contrario, se trata de un **movimiento de carácter universal cuyo resultado ha sido el de colocar al derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un verdadero derecho humano**. Se le ubica dentro de los denominados derechos de la tercera generación: un paso adelante de los derechos humanos clásicos, civiles o políticos (de la primera generación) y de los económicos, sociales y culturales (de la segunda generación). **Ello ha dado base para formular una nueva clasificación jurídica: la del Derecho Ecológico, el cual hoy tiene un objeto muy definido en los recursos naturales, y su complejo de**

25 Sala Primera de la Corte, No. 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990.

26 En igual sentido, Sala Primera de la Corte, No. 241 de las 16:25 horas del 27 de julio de 1990, No. 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.

27 Aquí puede disiparse el primer problema en relación con la tesis de la actora de haber sufrido una limitación en sus derechos de goce y disfrute de la finca afectada como zona protectora, la cual al haber sido declarada como reserva forestal -y con base en el pronunciamiento de la Procuraduría- no se le siguió el trámite de compra o expropiación correspondiente, de donde el Decreto N° 12608-A resulta inconstitucional e ilegal. Ello no es así pues lo constituido fue una zona protectora y no una reserva forestal. Sería indemnizable si el bien se destina a reserva forestal pero no lo es si se le declara dentro de una zona protectora. El artículo 45 de la Constitución Política distingue dos situaciones distintas: procede la indemnización cuando hay expropiación, pero no debe mediar indemnización si se establecen limitaciones a la propiedad. En el régimen forestal, cuando se le declara de orden público, se está en presencia del conocido fenómeno de los “límites administrativos a la propiedad privada” (GIANNINI, Massimo Severo. *Il beni pubblici*, Librería Ricerche, Roma, 1963). El Decreto Ejecutivo N° 12608-A sometió a régimen forestal obligatorio tanto a los bienes públicos como privados ubicados dentro de la “Zona Protectora El Rodeo”, declarando inalienables y no susceptibles de inscripción en el Registro los de las reservas nacionales. Ese era el trato jurídicamente posible para los distintos tipos de bienes, en consecuencia la finca de la actora se afectó con una limitación de interés social. Sala Primera de la Corte, No. 189 de las 14:20 horas del 30 de octubre de 1991

fuentes caracterizados por la organicidad y completos. Solo para mencionar dos documentos fundamentales impulsados por Naciones Unidas, en los cuales Costa Rica ha participado, deben recalcar la “Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente”, celebrada en Estocolmo en junio de 1972, y la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo”, aprobado por la Asamblea General en su resolución 41-128 del 4 de diciembre de 1986. La primera, partiendo de que “el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual se da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente” establece como principios fundamentales - entre otros- los siguientes: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación... . Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables... . El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres... . Los recursos no renovables de la tierra deben emplearse en forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la

humanidad comparte los beneficios de tal empleo... . Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias... . A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población... . Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio...”. Por su parte en la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo” se proclama: “El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que inclusive, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales...”.²⁸

En efecto, el peligro que causaba el ejercicio antisocial del derecho de propiedad, sin respetar su función ambiental, llevó a nuestros tribunales, a replantear los viejos criterios jurisprudenciales en torno a la tutela de la propiedad, para exigirle a los poseedores y propietarios el cumplimiento de la triple función: económica, social y ambiental o ecológica.

La Sala Constitucional ha acogido recursos de amparo frente a actividades agrarias o de otra naturaleza, abusivas de parte de los propietarios que, irrespetando los límites

28 Sala Primera de la Corte, No. 189 de las 14:20 horas del 30 de octubre de 1991

agroambientales impuestos por el legislador, pongan en peligro los bienes o recursos naturales y la vida humana.

Así, se han protegido los recursos forestales, frente a actividades que produzcan la tala indiscriminada de árboles aledaña a una Reserva Forestal, con motivo de una actividad minera, estableciendo como cánones de orden constitucional la protección y preservación, así como la explotación racional de los recursos naturales.²⁹

Las actividades privadas, ejercidas dentro del ámbito de ejercicio del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, deben respetar los límites agroambientales, y particularmente el interés colectivo. Esa situación es aplicable a las actividades agrarias productivas de cría de animales o cultivo de vegetales, pues no pueden ejercitarse en daño a la salud o al medio ambiente. Ello sería permitir el abuso del derecho. Así lo ha establecido también la Sala Constitucional, cuando señala:

“Por otra parte, si bien es cierto que el Estado debe respetar el derecho de los individuos al trabajo y a la empresa privada, también lo es que debe velar por el bienestar de la comunidad. Cualquier persona puede dedicarse a la cría de animales como negocio, siempre y cuando

no amenace con ello la salud o la seguridad de las personas, debiendo evitar que la explotación empresarial se constituya en foco de infección u ocasione contaminación ambiental. La Salud Pública y la protección del medio ambiente son principios tutelados tanto en el ámbito constitucional (artículos 21, 74 y 89 de la Carta Magna), como a través de la normativa internacional.”³⁰

La Jurisprudencia Constitucional fue delineando las bases para incorporar los principios del Desarrollo Sostenible como modelo³¹, para reorientar en su justo equilibrio todas aquellas actividades productivas, entre la actividad agraria, que atentaban contra el ambiente y ponían en peligro el equilibrio ecológico, la libertad de empresa y la defensa de la salud de los consumidores.

Esta nueva orientación de la jurisprudencia, sobre el fenómeno agrícola, reconoce la dependencia del ciclo biológico (propio de la actividad agraria), con la utilización de los recursos naturales, vinculándolo estrechamente con el concepto de desarrollo sostenible.

“Nuestro país ha dependido y seguirá dependiendo, al igual que cualquier otra nación, de sus recursos naturales y su medio

29 Sala Constitucional, No. 2233-93.

30 Sala Constitucional, No 741 de las 10:55 horas del 13 de marzo de 1992. En el caso concreto se estableció que ordenar el cierre definitivo o el traslado de una porqueriza por razones de salud, contaminación ambiental u otra, implicaría una privación total del derecho de propiedad, por lo que se debe indemnizar al recurrente.

31 “Se debe tomar en consideración que la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo económico no son desafíos independientes –dice la Sala-. El desarrollo no puede subsistir en un ambiente de deterioro de la base de recursos y no se puede proteger cuanto los planes de crecimiento constantemente hacen caso omiso de ello. **Es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro.** Este desarrollo significa reconocer que si deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibilitan la vida y si hacemos expandir los beneficios del progreso industrial, tenemos que estar conscientes de las implicaciones y limitaciones que supone tomar ese derrotero”. Sala Constitucional, Sentencia No. 4423-93.

ambiente para llenar las necesidades básicas de sus habitantes y mantener operando el aparato productivo que sustenta la economía nacional, ***cuya principal fuente la constituye la agricultura*** y, en los últimos años, el turismo, especialmente en su dimensión de ecoturismo. **El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos y costeros, los bosques, la diversidad biológica, los recursos minerales y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas- como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación- serían imposibles.** De igual modo, ***nuestra economía también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales***; así, por ejemplo, tanto la generación de divisas por explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones en infraestructura dependen, en última instancia, de la conservación de aquellos. **Las metas del desarrollo sostenible tienen que ver con la supervivencia y el bienestar del ser humano y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, es decir, de la calidad ambiental y de la sobrevivencia de otras especies.** Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales en el ámbito individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando empleo y creando los bienes de capital, que

a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación”³²

6. El impacto de la reforma constitucional de los artículos 46 y 50, en la nueva legislación agraria y ambiental. Hacia una nueva cultura agraria orientada por el modelo del desarrollo sostenible de las actividades agrarias. La función ecológica de la propiedad como catalizador del ejercicio de la propiedad, cumpliendo con su destino económico y social.

Cuando se consagran expresamente en nuestra Constitución Política el derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado –Artículo 50-³³ y se establece el derecho de los consumidores a la protección de la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos –artículo 46-³⁴, surgen nuevos principios y valores constitucionales que impregnan la legislación especial.

Es importante integrar, a través de la interpretación constitucional (sistemática, material y evolutiva), todas aquellas normas dedicadas a tutelar las relaciones económicas, con los principios y valores del desarrollo sostenible.

La libertad de iniciativa económica privada supone, en el ámbito de la iniciativa privada del empresario agrario³⁵, el derecho de elegir

32 Sala Constitucional, (Sentencia No.3705 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993).

33 Reformado por Ley No. 7412 del 24 de mayo de 1994.

34 Reformado Por Ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996.

35 MORALES LAMBERTI, Alicia. Introducción al Derecho Agrario Ambiental (Nacional y Regional), Argentina, 1ª. Edición, Editora Córdoba, 1996, pág. 49-51.

la actividad agraria (artículo 56), la libertad de contratar libremente para el ejercicio o la constitución de la empresa agraria (artículo 46), la libertad de circulación territorial de los bienes agrarios vegetales o animales; el derecho de formar asociaciones agrarias (artículo 25), el derecho a gozar de la propiedad agraria productiva en función económica, social y ambiental (artículo 45), la libertad de competencia, el derecho subjetivo de acceder al mercado y permanecer en él (artículo 46).

Pero todas las manifestaciones de la libertad de iniciativa económica en el ámbito de la actividad agraria, y en el ejercicio de la propiedad deben estar en función de los principios constitucionales consagrados en los artículos 50 y 69 de la Constitución Política, es decir el fomento del desarrollo sostenible a través de la actividad productiva, garantizando la distribución equitativa de la producción y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Como son disposiciones de orden constitucional, que no establecen una normativa distintiva para lo agrario, se entiende que las empresas agrarias y los propietarios de inmuebles quedan afectas al cumplimiento de dichas obligaciones.³⁶

Las exigencias de los consumidores dentro mercado agroalimentario van dirigidos a consumir productos agrarios (vegetales o animales), sometidos a procesos de producción, agroindustria o

agrocomercialización con el mínimo de sustancias contaminantes que puedan afectar la salud. Por ello se exigen aspectos de calidad higiénico-sanitarias adecuadas tanto en el proceso productivo, como en los procesos sucesivos de manipulación de los productos agrarios.

La actividad agraria empresarial debe basarse en técnicas más naturales y menos artificiales. La disminución del riesgo biológico, propio de la actividad productiva no debe ir en detrimento de la salud de los consumidores. La actividad agroambiental debe reconciliarse con la naturaleza en aras de garantizar un ambiente sano a los consumidores. En ello juega un rol fundamental el hecho técnico de la agricultura, para buscar procesos productivos y agroindustriales menos nocivos para la salud y el ambiente.

Toda actividad agraria basada en métodos artificiales, con sustancias químicas tóxicas daña la salud y el medio ambiente. Por ello se impone el cumplimiento de los principios constitucionales, que protegen los derechos del consumidor, a favor de la salud y la vida humana.

La doctrina a profundizado sobre el tema de la función ecológica³⁷, como cualidad inescindible de la función social, pero hace una clara distinción entre una y otra. La función ecológica surge del impacto del Medio Ambiente con un fundamento ético, dentro de los Derechos Humanos de la Tercera generación. Se busca proteger los intereses colectivos, y sobre todo

36 Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, artículo 28.

37 DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. Derecho Agrario Ambiental (Propiedad y Ecología). Navarra, Editorial Aranzadi, 1992, 647 p.

se basa en la solidaridad, para proteger la salud y el ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La función social es insuficiente para lograr los propósitos de los nuevos valores que impregnan la sociedad. No solamente se requiere cumplir con el destino económico de los bienes. Es necesario proteger los intereses ecológicos y ambientales.

“La función social por tanto suministra el esquema dogmático, la base jurídica a partir de la cual, la función ecológica transforma el derecho de propiedad en un derecho al uso limitado del propio bien de forma que no lesiones el Medio Ambiente. Utilizando sinónimos procedentes de las ciencias experimentales diríamos que **la función ecológica es el catalizador que transforma el régimen normal del dominio en algo distinto que llega a configurarlo y darle una forma bien precisa no la que proyecta el titular sobre su cosa, sino la forma que ésta adquiere por el uso de ella más adecuado al Medio Ambiente, uso que incluye la propia actividad productiva del agricultor.**”³⁸

En ese sentido, el autor considera, que la formación de una nueva cultura agraria, portadora de dichos valores, es sumamente importante para el de la función social y ambiental de la propiedad:

“En último término es éste el fin que pretende la ecología: preservar el medio natural para que

éste se desarrolle conforme a su orden propio. En este aspecto el espacio rural como marco jurídico en que se desenvuelve el agricultor debe tenerse también en cuenta como portador de otros valores, antes quizás menos apreciados, al ser también menos vulnerables. No nos referimos sólo al entorno natural sino a todo o que podríamos denominar “cultura agrícola”, comportamientos, modos de actuar... Pero ese orden natural propio de la agricultura sí que conlleva ciertas características a tener en cuenta...”³⁹

Por lo anterior, es necesario profundizar, sobre cómo se viene manifestando esa función ambiental en el seno de la propiedad, cuáles obligaciones viene imponiendo el legislador a los propietarios de terrenos, para lograr la conservación de los mismos, así como la recuperación de los degradados.

Las limitaciones agroambientales de la propiedad, alcanzan gran cantidad de aspectos en el ejercicio de actividades productivas y en el ámbito de la conservación de los recursos naturales, la Biodiversidad, el uso y conservación de suelos, la protección del bosque y los ecosistemas, el uso y control de los plaguicidas y productos de síntesis química, el control fitosanitario y sanitario animal y vegetal, los desechos agrícolas, la conservación de las aguas, la utilización y manejo de aguas residuales en agricultura, la recuperación de suelos y cuencas hidrográficas, etcétera. En el próximo apartado, haremos referencia solo a algunas de dichas limitaciones.

38 DELGADO DE MIGUEL, op. cit., página 81.

39 DELGADO DE MIGUEL, op. cit., página 85.

7. Las nuevas limitaciones agroambientales impuestas por el legislador al ejercicio de la propiedad.

Dentro del contexto de los principios y valores constitucionales descritos, comienza a dictarse gran cantidad de leyes agroambientales, que no solo marcan la consolidación de un modelo de desarrollo sostenible, sino que además, imponen una serie de limitaciones agroambientales a la propiedad y la libertad de empresa, buscando consolidar también una nueva cultura agraria y ambiental o ecológica.

La Ley Orgánica del Ambiente⁴⁰ establece la obligación del Estado de propiciar un desarrollo económico y ambiental sostenible, lo que implica, necesariamente imponer límites ambientales al ejercicio de las actividades económicas productivas y al ejercicio del derecho de propiedad.

Pero para que esos límites tengan una verdadera aplicación, es necesario un cambio cultural. De la cultura agraria tradicional, en donde solo importaba lo económico, debe pasarse a una cultura ambiental o agroambiental para el desarrollo sostenible.⁴¹

Entre los límites más importantes impuestos a la propiedad, para garantizar la función

económica, social y ambiental, pueden destacarse los siguientes:

- a. El ejercicio de toda actividad agroambiental, que pueda alterar o destruir elementos del ambiente, requiere necesariamente de una evaluación de impacto ambiental, cuya aprobación debe ser previa al proyecto.⁴² También se exige la evaluación cuando por obras o infraestructura puedan afectarse recursos marinos, costeros y humedales⁴³.
- b. El ordenamiento territorial, para equilibrar el desarrollo sostenible, implica la reubicación territorial de las actividades productivas, lo que podría significar límites importantes al derecho de propiedad, pues deben tomarse en consideración, entre otros aspectos, los recursos naturales, las actividades económicas predominantes, la capacidad de uso de los suelos y la zonificación por productos y actividades agropecuarias, en razón de consideraciones ecológicas y productivas.⁴⁴
- c. El Poder Ejecutivo está facultado para incluir dentro de las áreas silvestres protegidas las fincas de particulares necesarias para el cumplimiento de la función ambiental, o crear las servidumbres legales para la

40 Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 del 4 de octubre de 1995.

41 Ley Orgánica del Ambiente, artículos 12, 13, 14, 15 y 16.

42 Ley Orgánica del Ambiente, artículo 17 y siguientes. Existe responsabilidad, directa y solidaria, del interesado, el autor del estudio y quienes lo aprueben, si aún con la evaluación se causan daños al ambiente. Por ello se exigen garantías de cumplimiento y funcionamiento a las obligaciones ambientales que deba asumir el interesado (artículo 20 y 21).

43 Ley Orgánica del Ambiente, artículos 40, 43, 44.

44 Ley Orgánica del Ambiente, artículos 28, 29 y 30.

protección ecológica. En los casos donde la Ley exija indemnización, los particulares pueden someterse voluntariamente al régimen forestal, caso en el cual la propiedad queda afectada en el Registro Público.⁴⁵

- d. Están prohibidas las actividades orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedales, que puedan provocar su deterioro y la eliminación.⁴⁶
- e. Las actividades productivas deben evitar la contaminación del agua, dar tratamiento a las aguas residuales, impedir o minimizar el deterioro o contaminación de cuencas hidrográficas, así como del suelo.
- f. La agricultura orgánica⁴⁷, como forma de ejercicio de actividades agrarias sostenibles, implica una forma de cumplimiento de la función económica, social y ambiental, pues se exige una certificación ambiental de los productos orgánicos que se hayan obtenido sin aplicar insumos o productos de síntesis química.⁴⁸
- g. El crédito ambiental: está destinada a financiar los costos de reducción de la contaminación en procesos productivos.

Cuando implican el uso del suelo se requiere un plan de manejo y uso de tierras de conformidad con la capacidad de uso.⁴⁹ Indudablemente, la estructura de la propiedad y su función está condicionada, en este caso por el elemento ambiental, requerido en el ejercicio empresarial.

La Ley Forestal⁵⁰, orientada por los principios constitucionales de uso adecuado y sostenible de los recursos naturales renovables, establece regulaciones en cuanto a la conservación, protección y administración de los bosques naturales, y por la producción, aprovechamiento, industrialización y fomento de los recursos forestales, buscando la incorporación de los particulares al ejercicio sostenido de actividades silviculturales.

Si bien es cierto, el MINAE está facultado para crear áreas silvestres protegidas en terrenos privados, ello requiere indemnización, salvo que el propietario decida someterse voluntariamente al régimen forestal.

La Ley prevé dos claros límites, en interés de las áreas protegidas:

- a. “Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que el pago o la expropiación

45 Ley Orgánica del Ambiente, artículo 37.

46 Ley orgánica del Ambiente, artículo 45.

47 “Se entenderá por agricultura orgánica la que emplea métodos y sistemas compatibles con la protección y el mejoramiento ecológico sin emplear insumos o productos de síntesis química...” (Artículo 73).

48 Ley Orgánica del Ambiente, artículos 74 y 75.

49 Ley Orgánica del Ambiente, artículo 113.

50 Ley Forestal, No. 7575 de 5 de febrero de 1996, reformada por leyes No. 7609 de 11 de junio de 1996, 7761 de 2 de abril de 1998 y 7788 de 30 de abril de 1998.

no se haya efectuado y mientras se efectúa, las áreas **quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de recursos.**⁵¹ Lo cual constituye un claro límite para el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad.

- b. “Cuando, previa justificación científica y técnica de interés público, se determine mediante ley que **el terreno es imprescindible para conservar la diversidad biológica o los recursos hídricos, quedará constituida una limitación a la propiedad que impedirá cortar árboles y cambiar el uso del suelo.** Esta restricción deberá inscribirse como afectación en el Registro Público.”⁵² Como se observa, no se trata de un límite irrazonable. Por el contrario el propietario podría ejercer su actividad siempre y cuando sea compatible con la función ambiental que, por naturaleza, viene asignada al inmueble, para conservar recursos hídricos o diversidad biológica.

El Título III de la Ley, referido a la propiedad forestal privada, como propiedad especial,

establece un conjunto de derechos y obligaciones para los propietarios de bosques que condicionan el cumplimiento de la función ambiental, atendiendo a la naturaleza del bien:

- c. No es permitido a los titulares **cambiar el uso del suelo**, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado puede otorgar permiso para realizar obras complementarias a la actividad agroforestal, siempre y cuando la corta del bosque sea limitada, proporcional y razonable.⁵³
- d. El aprovechamiento del bosque solo se puede realizar si el propietario cuenta con un plan de manejo que contenga el impacto que pueda ocasionar al ambiente, según criterios de sostenibilidad científica.⁵⁴
- e. El pago por servicios ambientales⁵⁵, constituye una de las manifestaciones más modernas de ejercicio de la función ambiental, pues el propietario se compromete a conservar el bosque por un período no inferior a los veinte años, para recibir el Certificado de Conservación del Bosque. También lo recibe los propietarios que deseen someter su inmueble a la

51 Ley Orgánica del Ambiente, artículo 37, en relación con el artículo 2 de la Ley Forestal. Dicha reforma fue introducida por la Ley de Biodiversidad, en el artículo 14.

52 Ley Forestal, artículo 2 párrafo segundo.

53 Ley Forestal, artículo 19. Cuando sea necesario, se exigirá evaluación de impacto ambiental.

54 Ley Forestal, artículo 20.

55 La Ley define los servicios ambientales como: “Los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.

regeneración del bosque, para áreas que por su estado deteriorado y necesidades ambientales, deben convertirse al uso forestal. Las afectaciones y limitaciones, así como los incentivos se inscribe en el Registro Público como afectación a la propiedad.⁵⁶

- f. Las plantaciones forestales, incluidos sistemas agroforestales y árboles plantados individualmente, no requieren permiso de corta, transporte, industrialización ni exportación, salvo cuanto exista plan de manejo derivado de un contrato forestal con el Estado.⁵⁷
- g. Todo propietario tiene prohibiciones de cortar o eliminar árboles en las áreas de protección establecidas por Ley para las nacientes permanentes, ríos, lagos y manantiales.⁵⁸
- h. Está prohibido realizar quemas en terrenos forestales, ni aledaños, sin obtener el permiso respectivo de la Administración Forestal del Estado.⁵⁹
- i. Como parte de la función ambiental, los inmuebles sometidos voluntariamente al régimen forestal o dedicados a esa actividad, gozan de una protección especial

respecto de invasiones, pudiendo solicitar la protección inmediata de las autoridades de policía.⁶⁰

- j. El crédito forestal, se consolida como instituto para financiar a pequeños y medianos productores, mediante créditos y otros mecanismos de fomento del manejo de bosques, procesos de reforestación, viveros forestales, sistemas agroforestales, recuperación de áreas denudadas. El financiamiento comprende, además, el pago de los servicios ambientales que brindan los bosques y plantaciones forestales. La tierra con bosque y los árboles en pie servirán como garantía de dichos créditos, quedando anotadas como afectaciones a la propiedad.⁶¹

La Ley de Protección Fitosanitaria⁶² tiene como propósitos generales, proteger a la actividad agraria de cultivo de vegetales, por los perjuicios causados por las plagas, que amenacen la seguridad alimentaria y la actividad económica. El manejo integrado de plagas, en el ámbito del desarrollo sostenible, implica la utilización de nuevas formas de producción agraria, como la agricultura orgánica, que permitan el control de plagas sin deteriorar el medio ambiente.⁶³

56 Ley Forestal, artículo 22, 25, 68 y 69.

57 Ley Forestal, artículo 28.

58 Ley Forestal, artículo 33 y 34.

59 Ley Forestal, artículo 35.

60 Ley Forestal, artículo 36.

61 Ley Forestal, artículos 46, 48 y 49.

62 Ley de Protección Fitosanitaria, No. 7664 del 8 de abril de 1997.

63 Ley de Protección Fitosanitaria, artículos 1 y 11.

Lógicamente, el cumplimiento de los objetivos de la Ley, dependerá del compromiso de los productores y poseedores de inmuebles dedicados a actividades agrarias, en cumplir con los límites impuestos por el propio legislador, a saber:

- a. Los propietarios u ocupantes de predios tienen la obligación de poner en práctica las medidas técnicas necesarias -establecidas por el Servicio Fitosanitario del Estado- para combatir las plagas y evitar su diseminación.⁶⁴
- b. Cuando el propietario u ocupante, a cualquier título no combata las plagas de importancia económica o cuarentenal, el Servicio Fitosanitario puede disponer la ejecución de los trabajos necesarios y la destrucción sin ninguna responsabilidad, de los focos de infección.⁶⁵
- c. También están obligados, los propietarios u ocupantes de inmuebles, a tratar, procesar o destruir los rastrojos, desechos y residuos, de acuerdo con las medidas técnicas que se dicten.⁶⁶

La Ley de Salud Animal⁶⁷, también está orientada a la protección sanitaria de las

especies animales, en el ámbito de la actividad productiva y su repercusión directa en la salud del hombre. Por ello, el Ministerio de Agricultura, a través de las autoridades sanitarias, puede tomar las medidas necesarias para controlar el brote de enfermedades que pongan en peligro la salud pública o la salud animal.

Dichas medidas inciden directamente en actividades esencialmente agrarias de cría de animales, pues pueden consistir en:

- a. El sacrificio⁶⁸, aislamiento, la retención o el tratamiento de animales o la destrucción por incineración o desnaturalización de los productos o subproductos o desechos que se consideren un peligro de contagio o de difusión de enfermedades o de condiciones morbosas, similares, en perjuicio de la salud pública o la salud animal. Las autoridades están facultadas para realizar inspecciones dentro de la propiedad privada en procura de lograr los propósitos previstos, y los dueños de los fundos están obligados a permitir su entrada.⁶⁹
- b. Todo propietario, u ocupante a cualquier título está obligado a combatir por su propia cuenta las plagas y enfermedades

64 Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 14.

65 Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 15.

66 Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 20.

67 Ley de Salud Animal, No. 6243 de 2 de mayo de 1978, reformada por Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.

68 Como el caso de la fiebre porcina o la cigatoca negra.

69 Ley de Salud Animal, artículo 7.

de combate particular obligatorio que se presenten en sus fincas.⁷⁰

La Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos⁷¹, es de fundamental importancia para el cumplimiento de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Se pretende lograr el manejo, conservación y recuperación de suelos en forma sostenible, integrada con los demás recursos naturales, logrando una participación más activa de las comunidades y los productores, e impulsando la implementación y control de prácticas mejoradas en los sistemas de uso, para evitar la erosión y degradación del recurso.⁷²

Se plantea la agroecología, como una forma de lograr la convergencia entre los objetivos de la producción agrícola y la conservación de los recursos suelo y agua.

La Ley plantea un conjunto de limitaciones agroambientales, para lograr cumplir con los objetivos señalados:

a. En áreas críticas de cuencas o subcuencas (con gravedad en degradación del suelo y su entorno, como limitante a cualquier actividad), sean de dominio público o privado, los dueños de terrenos deben aplicar forzosamente todas las medidas

y prácticas que conlleven la recuperación del suelo y preservación del ambiente en general.⁷³

- b. El otorgamiento de créditos en dichas áreas, exigen un estudio de impacto ambiental orientado a la actividad agroecológica, con prácticas agronómicas adecuadas para el buen manejo y conservación del recurso suelo.
- c. Las concesiones para aprovechamiento de aguas deben incluir la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo, para evitar la degradación del suelo.⁷⁴
- d. La construcción de obras de infraestructura vial, debe ser coordinada, para proteger los suelos de los efectos nocivos de las escorrentías.⁷⁵
- e. La práctica de quemas para fines agrícolas o similares, en terrenos de aptitud agrícola, deben cumplir con los requisitos respectivos del Reglamento para quemas agrícolas, con la autorización respectiva.⁷⁶
- f. Toda adjudicación de terrenos que realice el Instituto de Desarrollo Agrario, tendrá

70 Ley de Salud Animal, artículo 8.

71 Ley de Uso, Manejo y conservación de suelos, No. 7779 de 30 de abril de 1998.

72 Ley de Suelos, artículo 1 y 6.

73 Ley de Suelos, artículo 16 y 20.

74 Ley de Suelos, artículo 23.

75 Ley de Suelos, artículo 24.

76 Ley de Suelos, artículo 24.

como limitación que el uso del terreno no puede ir en contra de su capacidad de uso, cuyo incumplimiento se convierte en causal para revocarla.⁷⁷

- g. En general, toda actividad que implique riesgo de contaminación de los suelos, debe basarse en una planificación que evite o minimice el riesgo de contaminación de tal recurso.⁷⁸
- h. Como obligaciones de los particulares se establecen entre otras: Fomentar, contribuir y ejecutar todas las prácticas y actividades necesarias para el manejo, conservación y recuperación de suelos; es un derecho obligación vigilar y controlar el cumplimiento de la legislación en materia de suelos; prevenir la degradación de los suelos que pueda ser causada por las aguas, para lo cual deberán aplicarse todas las prácticas que aumenten la capacidad de infiltración en sus terrenos o la evacuación de aguas sobrantes hacia cauces naturales; prevenir o impedir la contaminación de acuíferos y capas de agua subterránea; permitir el ingreso de técnicos autorizados para verificar el mantenimiento de las prácticas de manejo, conservación y recuperación de suelos.⁷⁹
- i. Crédito agroambiental: Como complemento de ese conjunto de obligaciones, se establecen sistemas especiales de créditos para actividades agropecuarias,

con el fin de desarrollar estudios básicos de impacto ambiental y prácticas de manejo, conservación y recuperación de suelos, como parte de la actividad productiva.⁸⁰

Quizás se han mencionado las limitaciones más importantes, establecidas por el Legislador, para el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad. Podría determinarse muchas más en otras leyes especiales, tales como la Ley de Aguas, Ley General de Salud, Ley de Quemadas controladas, Ley de Aviación Civil –sobre las reglas de aviación agrícola –, entre otras, que están fuera del alcance de ésta investigación.

8. Límites agroambientales, función ambiental de la propiedad, y responsabilidad por daño ambiental.

Es evidente que todos los límites agroambientales a la propiedad, tienen como finalidad preservar el ambiente con el ejercicio de actividades agrarias sostenibles, y por ello una de las notas comunes, que se observa en toda la legislación es la responsabilidad objetiva por daño ambiental.

La normativa constitucional y legal, a tenido una evolución impresionante en materia de responsabilidad por daño ambiental:

- a. Constitución Política: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está

77 Ley de Suelos, artículo 27, y Ley de Tierras y Colonización, artículo 69 párrafo final.

78 Ley de Suelos, artículo 32.

79 Ley de Suelos, artículo 41 a 45.

80 Ley de Suelos, artículo 50.

- legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado... La Ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes” (Artículo 50).
- b. Ley Orgánica del Ambiente: “Quien contamine el ambiente o le ocasione un daño será responsable...” (Artículo 2 inciso d). “Encualquier manejo y aprovechamiento de agua susceptibles de producir contaminación, la responsabilidad del tratamiento de los vertidos corresponderá a quien produzca la contaminación” (artículo 66). “El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen” (artículo 98). “Solidariamente también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión”. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originado en un daño al ambiente o a la diversidad biológica.” (Artículo 101).
- c. Ley Forestal: “...cuanto se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado, de acuerdo con lo que establece el artículo 1045 del Código Civil.” (Artículo 57). “Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado.” (Artículo 59, segundo párrafo).
- d. Ley de Protección Fitosanitaria: “Quienes realicen investigación, experimentación, movilización, liberación al ambiente, importación, exportación, multiplicación y comercialización de vegetales o de los organismos o productos referidos en el artículo 41, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionasen a la agricultura, el ambiente y la salud humana y animal.” (Artículo 31). “Quienes importan, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente” (artículo 32).
- e. Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos: “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados.” (Artículo 52).⁸¹

81 “Corresponderá a los Tribunales Agrarios conocer y resolver, definitivamente, los asuntos originados en la aplicación de la presente ley.” Ley de Suelos, artículo 56.

9. El impacto de la función ambiental en los institutos vinculados a la propiedad agraria, y su desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales agrarios.

Uno de los temas más controvertidos, en materia de limitaciones a la propiedad, para el cumplimiento de su función ambiental, es el de la posesión y titulación de bosques y terrenos ubicados en áreas protegidas.

El tratamiento de este tema, en el ámbito de la protección posesoria, de la propiedad privada y de la usucapión ha sido objeto de análisis y discusión, tanto en doctrina como en jurisprudencia. El tema de la posesión ecológica, no es de pacífica aceptación. Se han dado diversos planteamientos doctrinales y la jurisprudencia exige demostrar el cumplimiento de la función ecológica para proteger la posesión y propiedad.

Todo se origina en la aplicación del artículo 7 de la Ley de Informaciones Posesorias, que en la actualidad establece:

“Artículo 7.- Cuando el inmueble al que se refiera la información esté comprendido dentro de un área silvestre protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, el titular debe demostrar ser el titular de los derechos legales sobre la posesión decenal, ejercida por los menos con diez años de antelación a la fecha de vigencia de la ley o decreto en que se creó esa área silvestre.

Las fincas ubicadas fuera de esas áreas y que contengan bosques, sólo podrán ser tituladas si el promovente demuestra ser el titular de los derechos legales de posesión decenal, ejercida por lo menos durante diez años y haber protegido ese recurso natural, en el entendido de que el inmueble tendrá que estar debidamente deslindado y con cercas o carriles limpios...”⁸²

La función ecológica incide en la solución de conflictos agrarios específicos, pues se le da mayor importancia a aquellas actividades productivas sostenibles. Dentro de dicho contexto, la Jurisprudencia ha venido jugando un papel protagónico en la búsqueda del equilibrio entre agricultura y medio ambiente.

La Sala Primera admitió la existencia del Derecho ecológico y su objeto⁸³: la protección de los recursos naturales. En ella estableció que la propiedad forestal es limitada, y en caso de creación de una Zona Protectora no es necesaria la indemnización, pues el propietario puede continuar con el ejercicio de una actividad agroforestal, conservando y protegiendo el recurso boscoso.

En la sentencia No. 51 de las 15 horas 15 minutos del 25 de mayo de 1995, la Sala desarrolló nuevamente el tema de la propiedad forestal, y aplicó al caso concreto el instituto de la posesión ecológica. Se trató de un conflicto de mejor derecho de posesión, en una área declarada como Reserva Forestal. Se dijo:

82 Ley de Informaciones Posesorias, artículo 7. Reformado por Ley Forestal, No. 7575 del 5 de febrero de 1996.

83 Sala Primera de la Corte, Sentencia No. 189 de las 14 horas veinte minutos del 30 de octubre de 1991

"La falta de entrega de una parcela no es motivo suficiente para pretender el mejor derecho de posesión. **Lo más importante hubiera sido la conservación del recurso forestal... se exigió una posesión agraria efectiva e incluso la demostración de actos posesorios encaminados a la conservación del bosque. Este aspecto no fue demostrado por el recurrente, al contrario se convirtieron terrenos de aptitud forestal en potreros... Es decir, a pesar de la limitación existente con fines de conservación los poseedores siguieron explotando el bosque. Evidentemente, los trabajos realizados no tendían al ejercicio de una posesión forestal conforme a la naturaleza del bien. Al contrario deforestaban para sembrar. Hicieron caso omiso a las limitaciones y siguieron destruyendo el bosque. Sus actos posesorios son, en consecuencia, contrarios a la función ecológica de conservación de los recursos naturales para mantener el equilibrio de los**

ecosistemas en la Reserva Forestal de la Cordillera Volcánica de Guanacaste".⁸⁴

En otras sentencias⁸⁵ la Sala desarrolló el tema de la responsabilidad objetiva por quemas que afectan las actividades agrarias y los recursos naturales. El problema debe enfrentarse - afirma la Sala- no solo en el ámbito agrario sino también ecológico en cuanto a la protección de los recursos naturales. Los incendios contaminan el medio ambiente, destruyen los hábitat y ecosistemas. El desarrollo de los principios generales del Derecho Agrario y del Derecho ambiental, entonces, deben orientarse hacia la preservación de la naturaleza para permitir el desarrollo sustentable, aún cuando no exista suficiente legislación encargada de resolver tan grave problema.

En fallos más recientes, el Tribunal Superior Agrario ha planteado los nuevos institutos agroambientales para la solución de casos concretos⁸⁶, vinculando la empresa

84 Sala Primera de la Corte, No. 51 de las 15 horas 15 minutos del 25 de mayo de 1995

85 Sala Primera de la Corte, No. 112 de las quince horas cuarenta minutos del 11 de octubre de 1995 y la No. 113 de las quince horas cincuenta minutos del mismo día.

86 Entre otras, véase los siguientes fallos dictados por el Tribunal Superior Agrario, en su competencia agroambiental:

-No. 12 de las 9:10 horas del 17 de enero de 1997 (Reivindicación en un área protegida, donde los demandados en lugar de proteger el recurso forestal, procedieron a quemar para sembrar).

-No. 77 de las 9:10 horas del 12 de febrero de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal, en donde el actor ejerce su posesión con un contrato agro-ambiental para proteger el bosque),

-No. 154 de las 9:20 horas del 4 de abril de 1997 (La actora es una empresa agroambiental, y cumple la función ecológica de la propiedad, a través de un contrato con la Fundecor);

-No. 721 de las 11:40 horas del 7 de noviembre de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal de Golfo Dulce, no se demuestra la posesión "ecológica", calificada antes de la creación del área silvestre protegida, por lo que se niega a ambas partes del derecho);

-No. 113 de las 14:50 horas del 20 de febrero de 1998 (se otorga el Derecho de propiedad en un área protegida, porque se demostró la posesión decenal anterior y la protección del recurso forestal);

-No. 147 de las 15:15 horas del 27 de febrero de 1998 (Se ampara -indirectamente- la posesión "ecológica" ejercida por una Ong, en un terreno adquirido para conformar un corredor biológico, frente a un conjunto de poseedores en precario que pretenden derechos de posesión).

agroambiental, con los contratos como forma de ejercer la posesión ecológica y así cumplir la función ambiental de la propiedad forestal:

“Pero el elemento más importante que califica la “función Ecológica” en la propiedad agraria de la actora lo es la existencia de un contrato agroambiental... mediante el cual se busca propiciar un plan de manejo forestal sobre la base de la regeneración natural... Mientras la actora ha demostrado el ejercicio de actos posesorios tendientes a cumplir la función ecológica del fundo en conflicto, el demandado al contrario ha propiciado poner en peligro la actividad de conservación del bosque”. (Voto No. 154 de las 9:20 horas del 4 de abril de 1997).

“Una de las formas mediante las cuales puede desplegarse la posesión ecológica es mediante la **contratación agroambiental**. Se trata de un instituto nuevo, cuyo perfil debe observarse bajo los principios del Derecho Agrario y Ambiental... Entendemos por **empresa agroambiental** aquella dedicada a la producción agraria sostenible, explotación sustentable del ambiente, protegiendo, conservando y mejorando racionalmente los recursos naturales renovables. Es decir, su fin no solamente está vinculado con el desarrollo sostenible, sino también con la conservación de los ecosistemas y el equilibrio ecológico. Indudablemente, cualquier contratación que realicen dichas empresas con ese fin, será de naturaleza agroambiental.” (Voto No. 77 de las 9:10 horas del 12 de febrero de 1997).

Sin duda alguna, los Tribunales Agrarios en Costa Rica han asumido el reto histórico de salvar la Naturaleza. Han ido estableciendo, en la administración de la justicia agroambiental, criterios jurisprudenciales y principios

generales aplicables a casos concretos, para lograr un equilibrio entre la actividad productiva y la protección del medio ambiente, en el ámbito del desarrollo agrario sostenible.

En tres fallos muy recientes, el Tribunal Agrario ha ido incorporando el criterio de la función ambiental, para resolver casos concretos, a través de las limitaciones agroambientales establecidas por algunas Leyes especiales.

En relación con el tema de aguas de dominio público señaló: “**V.** Durante muchos años, nuestro legislador se ha preocupado por imponer limitaciones agroambientales a la propiedad. Desde el siglo pasado, el Código Fiscal establecía una serie de restricciones en ese sentido, sobre todo para proteger las áreas aledañas a los ríos, quebradas y cursos de aguas, así como los bosques. La Ley General de Terrenos Baldíos No. 13 del 6 de enero de 1939, estableció la prohibición de enajenar los terrenos del Estado. Concretamente, en su artículo 7 dispuso: “**Tampoco podrán enajenarse** los terrenos de las islas, ni los situados en los márgenes de los ríos, arroyos y, en general de **todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tenga sus orígenes o cabeceras cualquier curso de agua del cual se surta alguna población o que convenga reservar con igual fin.** En terrenos planos o de pequeño declive tal prohibición abrazará una faja de doscientos metros a uno y otro lado de dichos ríos, manantiales o arroyos, y en las cuencas u hoyas hidrográficas, una fija de trescientos metros a uno y otro lado de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata.” Es evidente, la intención del legislador, en cuidar desde hace décadas las fuentes de agua, que surtan alguna población o

que convenga reservar con igual fin... **VI.** La Ley de Informaciones Posesorias (1941), dictada año y medio después, guardó una relación estrecha con la Ley General de Terrenos Baldíos y refiriéndose a la inscripción de fincas por particulares mediante ese trámite, les impuso las reservas o restricciones contenidas en el artículo 19, que en su inciso b) señala: “b) A las reservas que indica la Ley de Aguas en sus **artículos 72 y 73**, cuando existieren **aguas de dominio público** o privado, en su caso;...”. La Ley de Aguas, No. 276 del 27 de agosto de 1942 coincide plenamente con las limitaciones agroambientales impuestas en las dos leyes que le precedieron. En efecto, el artículo 1 señala que son aguas de **dominio público**, entre otras, en su inciso “IV.-Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros.”, y en su inciso “VIII. Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional, y en general, todas las que nazcan en terrenos de **dominio público**.” La misma Ley, en el Capítulo III referido al tema “De las playas, zonas marítimas y otras de propiedad nacional. De las zonas de propiedad particular y accesiones”, contiene disposiciones referidas al dominio público y privado. El artículo 72 - al que remite la Ley de Informaciones Posesorias- hace referencia a que “Los Jueces encargados de extender **títulos de propiedad sobre tierras baldías no tituladas**, deberán hacer reserva consiguiente en cuanto a las **aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio público**, haciéndolo constar en la sentencia de adjudicación de tierras y debiendo el Registro Público tomar nota de esas reservas nacionales. La omisión de ese requisito no

confiere derecho alguno al denunciante o poseedor sobre esos bienes.” Con esta norma, se permite, conforme a lo dispuesto en aquél entonces por el artículo 7 de la Ley General de Terrenos Baldíos, la titulación de terrenos, por los particulares, pero siempre y cuando se respeten las áreas reservadas al dominio público en materia de **aguas**. Véase que el artículo 1 de la Ley de Aguas, se refieren a las de dominio público, y entre ellas incluye las que provengan de ríos, arroyos o manantiales. Las “aguas” de dominio público, que son todas las ahí indicadas, no incluyen los álveos o cauces y vasos de dichas aguas, pues ellas son consideradas independientemente por el legislador, en el artículo 69 de la Ley como parte del dominio público, cuando indica: “Se entiende por vaso de un lago laguna o estero, el depósito de la capacidad necesaria para contener las aguas de las mayores crecientes ordinarias. Se entiende por álveo o cauce de un río o arroyo, el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.”. Ello se reafirma con la lectura del artículo 70 que dispone: “**La Nación tiene la propiedad de las aguas** que se determinan en el artículo 1° de esta ley, de los **álveos o cauces de las playas y vasos** indicados en el artículo 3°, así como las riberas de los mismos.” **VII.** De las anteriores disposiciones citadas, se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.) Desde 1939 **todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tenga sus orígenes o cabeceras cualquier curso de agua del cual se surta alguna población o que convenga reservar con igual fin**, son de dominio público (Artículo 7 de la Ley General de Terrenos Baldíos, y 7 inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización). 2.) Es posible titular mediante Información Posesoria terrenos sometidos a la posesión particular, en áreas

de baldíos nacionales, si se demuestra una posesión con diez años de antelación a la citada Ley de Terrenos Baldíos, para efectos de las reservas correspondientes en cuando a las aguas del dominio público (artículos 19 inciso b) de la Ley de Informaciones Posesorias y 70, 71 y 72 de la Ley de Aguas). 3.) Entre las aguas de dominio público, están comprendidos los nacientes que surtan de agua a alguna población o que convenga resolver con igual fin. Debiendo, en consecuencia, demostrarse una posesión anterior a la Ley de Terrenos Baldíos, para poder titular áreas en donde broten manantiales que surtan de agua alguna población o convenga reservar con igual fin. (T.S.A. No. 770 de las 10:40 horas del 13 de noviembre de 1998).

En un voto, también muy reciente, el Tribunal destacó las limitaciones agroambientales para el ejercicio de actividades productivas que contaminen el ambiente o pongan el peligro la salud humana, echando mano a los principios y valores constitucionales. En el caso concreto rechazó la tutela interdictal que planteó un poseedor de una granja porcina que funcionaba en un centro de población sin permisos, y que las autoridades de Salud ordenaron desalojar: **“IV. No lleva razón el recurrente en sus agravios. Nuestro Legislador, desde hace muchos años, ha venido imponiendo una serie de límites agroambientales a actividades productivas, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La actividad productiva, de cualquiera naturaleza que sea, debe ejercitarse dentro de un marco de respeto a la vida y existencia humana. Los límites a dichas actividades productivas están enmarcadas dentro de claros principios constitucionales donde, si bien se garantiza la propiedad**

privada y la libertad de empresa, dichos derechos deben ser ejercidos dentro del marco global del ordenamiento jurídico, respetando sobre todo los intereses públicos o el interés de la colectividad. El artículo 50 Constitucional garantiza que “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho...”. **Por eso se han creado una gran cantidad de Instituciones (MAG, MINAE, MS, entre otros), que ejercen un control sobre las actividades productivas dañinas al medio ambiente. Con ello se pretende evitar, de alguna manera, el abuso del derecho - prohibido por el artículo 22 de nuestro Código Civil -, al ejercitar la propiedad o posesión sobre actividades agrarias productivas, desatendiendo los principios fundamentales de la Constitución Política.** La salud de la población, como bien de interés público tutelado por el Estado - artículo 1 Ley General de Salud -, está por encima de cualquier interés individual, y por ello cualquier persona está en la obligación de acatar las órdenes generales y particulares emanadas de las autoridades de salud -artículo 4-. Las actividades agrarias, sean de cría de animales o cultivos de vegetales, están sujetas a dichas disposiciones... Entre otras, sino se acatan las disposiciones o se desarrolla una actividad agraria productiva sin la debida autorización, puede ordenarse la clausura o cierre formal del establecimiento o instalación. Pero ello es una atribución, como se ha indicado, que corresponde a las Autoridades Administrativas correspondientes. **V. Como puede observarse, los anteriores principios y límites agroambientales, fueron los que sirvieron**

de base, a las Autoridades del Ministerio de Salud, concretamente al Departamento de Control Ambiental de la localidad de Alajuelita, a dictar las medidas administrativas necesarias para ordenar la clausura de una instalación en donde funcionaba irregularmente -según se desprende de la documentación traída a los autos- una chanchera, sobre la cual el actor ejercía la posesión agraria actual y momentánea. Esa era su actividad principal. La medida se justificó, en intereses de orden superior, en intereses colectivos, y se ordenó en el marco de un estudio y procedimiento administrativo... Justamente, el interdicto agrario protege una posesión agraria, de cría de animales o cultivo de vegetales. Pero en este caso, dicha protección interdictal no procede, por no ser ésta la vía para demostrar que la actividad agraria que se venía desarrollando no contaminaba o no afectaba la salud o seguridad de las personas. **Si se acogiera, en ese sentido, la tesis del demandante había que ordenar la restitución del bien al accionante para que éste siga ejerciendo una actividad agraria, que en principio, según consta en autos, se ha demostrado causa daños a la salud y pone en peligro el ambiente. Ello sería contrario a los principios y valores superiores protegidos a nivel Constitucional, en materia agroambiental.**" (T.S.A., No. 771 de las 10:40 horas del 13 de noviembre de 1998).

En una situación idéntica, un poseedor de una plantación de plátano hizo caso omiso a las recomendaciones impartidas por las Autoridades del Ministerio de Agricultura, encargadas del control fitosanitario, por

lo cual ordenaron la destrucción de la plantación, pues ponía en peligro la actividad productiva de las plantaciones vecinas y constituía un riesgo para la propagación de la enfermedad. El poseedor planteó un interdicto agrario, alegando la perturbación de su actividad productiva, el cual fue desestimado, considerando el interés colectivo.

"III. No lleva razón el recurrente. Los hechos que motivaron la destrucción de la plantación, en el fundo poseído por el actor, se fundaron en disposiciones administrativas y judiciales. Fueron realizadas en virtud de que los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería detectaron una plaga de sigatoka negra, que estaba afectando las plantaciones vecinas. El Ministerio procedió a realizar los estudios correspondientes, y solicitó al Juzgado de Instrucción de Siquirres y Matina un allanamiento para proceder a la destrucción del plantío, luego de que al aquí actor había hecho caso omiso de las prevenciones del Ministerio para que tomara las medidas sanitarias respectivas para el control de la plaga." (T.S.A., No. 301 de las 10:30 del 7 de mayo de 1998).

10. La función ambiental de la propiedad en la Ley de Biodiversidad. Las limitaciones agroambientales reafirmadas en la nueva Ley. Implicaciones jurídicas.

La máxima reafirmación de la función ambiental de la propiedad, cuyo fundamento constitucional es ya indiscutible, se encuentra en la recién promulgada Ley de Biodiversidad.⁸⁷

87 Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 30 de abril de 1998.

Esta Ley responde al compromiso asumido por Costa Rica, en el ámbito mundial, de conservar la diversidad biológica, los recursos genéticos, las especies y los ecosistemas, dentro del marco del desarrollo sostenible.⁸⁸

Se proyecta dentro del marco del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, y va mas allá –siguiendo el mismo convenio- de la conservación, pues se regula la utilización sostenible de los recursos biológicos, se incorporan normas sobre el acceso a los recursos genéticos, y se pretende lograr una distribución equitativa de los costos y beneficios derivados de la utilización del material genético⁸⁹, el acceso a la tecnología y la biotecnología.

El artículo 8 de la Ley incorpora en forma expresa la función ambiental de la propiedad en su texto: **“Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.”**

El legislador no hizo otra cosa que reconocer un principio que tenía un sólido fundamento constitucional, y un desarrollo en nuestra Jurisprudencia. Sin embargo, era imprescindible reafirmar no solo el principio, sino también las limitaciones agroambientales a la propiedad,

en aras del alcanzar un verdadero desarrollo sostenible en la utilización de los recursos de la diversidad biológica.

Es muy importante señalar, que la pérdida de la diversidad biológica se debe, sobre todo, a factores económicos, especialmente al reducido valor que se le asignaba y las funciones ecológicas, tales como la protección de cuencas hidrográficas, el ciclo de los nutrientes, el control de la contaminación, la formación de suelos, la fotosíntesis y la evolución. Los recursos biológicos y la diversidad de los sistemas que los mantienen, constituyen el fundamento esencial del desarrollo sostenible. Por otro lado, hoy se sabe de la importancia que tiene la diversidad genética en el ejercicio de actividades productivas sostenibles.

“Los seres humanos llevan miles de años utilizando y en algunos casos incrementando la diversidad genética, especialmente en agricultura. Así como la diversidad genética permite a las especies sobrevivir, los seres humanos, especialmente las comunidades indígenas y locales, se han basado en la diversidad genética para crear un amplio espectro de cultivos, animales y microbios, genéticamente diversos, que han

88 La Ley Orgánica del Ambiente, en el capítulo IX, introdujo tímidas regulaciones sobre el tema de la diversidad biológica, que vinieron a constituir el marco general para la nueva Ley, pues lo que se pretendía fundamentalmente era dar cumplimiento a los postulados del Convenio, porque no solo se declara la soberanía del Estado sobre la diversidad biológica, sino también el interés público de las actividades destinadas a conservar, mejorar y recuperar la diversidad biológica para asegurar su uso sostenible (artículo 46 y 47).

89 Ley de Biodiversidad, Artículo 1 y 3. El ámbito de su aplicación no alcanza el material bioquímico y genético humano, regulado por la Ley de Salud, ni el intercambio de recursos bioquímicos y genéticos ni al conocimiento asociado resultante de prácticas, usos y costumbres, sin fines de lucro, entre los pueblos indígenas y las comunidades locales (artículo 4).

facilitado su supervivencia. Los agricultores han domesticado animales silvestres, mejorándolos para lograr características deseables tales como tamaño, grosor de su abrigo o enfermedades. Igualmente, los agricultores han domesticado cientos de especies de plantas que, a lo largo del tiempo, han mejorado para crear decenas de miles de variedades con características deseables tales como color de semillas, sabor, tamaño de los frutos o resistencia a las enfermedades. Los mejoradores modernos también se apoyan y dependen de la diversidad genética.

Por estas razones, la efectiva conservación de la diversidad genética debe ir mucho más allá de la simple conservación de especies: no resulta suficiente conservar poblaciones viables de especies, en la medida que dichas poblaciones pueden no tener la diversidad genética necesaria para su propia supervivencia ni para la de los seres humanos.⁹⁰

Era imprescindible integrar la conservación con el uso sostenible de la Biodiversidad⁹¹, la participación activa de los sectores sociales,

para garantizar una sostenibilidad social, económica y cultural, a través de la formación de la cultura y conciencia ambiental⁹².

También era imprescindible lograr la consolidación del Sistema Nacional de Areas de Conservación⁹³, creando sistemas de incentivos y retribución de servicios ambientales para la conservación⁹⁴, el uso sostenible y los elementos de la Biodiversidad, pues solo de esa manera se podría garantizar el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad pública y privada.

Las Areas de Conservación⁹⁵, cuya competencia territorial alcanza todo el territorio tanto en áreas protegidas, como en áreas privadas de explotación económica, tienen la difícil tarea de aplicar la legislación agroambiental, en especial, la Ley Orgánica del Ambiente, La Ley Forestal, la Ley de Conservación de la Vida silvestre y la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales.

La función ambiental de la propiedad, para proteger a la Biodiversidad, exige que las

90 UICN, Centro de Derecho Ambiental. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Edición en español, 1996, página 27.

91 Por "utilización sostenible" se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasionen la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. UICN, página 28.

92 Ley de Biodiversidad, artículo 10 incisos 1, 2 y 3.

93 Ley de Biodiversidad, artículos 22 al 44.

94 Ley de Biodiversidad, artículo 37.

95 "Cada área de conservación es una unidad territorial del país, delimitada administrativamente, regida por una misma estrategia de desarrollo y administración, debidamente coordinada con el resto del sector público. En cada uno se interrelaciona actividades tanto privadas como estatales en materia de conservación sin menoscabo de las áreas protegidas." Ley de Biodiversidad, artículo 28, párrafo segundo.

actividades humanas se ajusten a las normas científicas y técnicas emitidas por el Ministerio del Ambiente y entes públicos competentes para el mantenimiento de los procesos ecológicos vitales, tanto dentro y fuera de

las áreas protegidas, pero especialmente en aquellas actividades relacionadas con asentamientos humanos, agricultura, turismo e industria u otra que pueda afectar dichos procesos.⁹⁶

96 Ley de Biodiversidad, artículo 49 y 50.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL DERECHO ALEMÁN

Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada

El contrato de compraventa en el derecho alemán.....	90
I. INTRODUCCIÓN.....	90
II. CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	91
1 Aspectos generales del contrato de compraventa.....	91
2 Saneamiento de los vicios de la cosa objeto del contrato.....	91
2.1 Saneamiento de los vicios redhibitorios.....	92
2.2 Saneamiento de la evicción.....	92
2.3 Exclusión de la responsabilidad por el saneamiento de los vicios redhibitorios y la evicción.....	93
3 Cumplimiento tardío.....	93
3.1 Requisitos del cumplimiento tardío.....	93
3.3 Derecho de negativa del vendedor al cumplimiento tardío.....	94
4 Resolución.....	95
4.1 Requisitos.....	95
4.2 Efectos jurídicos.....	96
5 Rebaja o disminución del precio.....	97
5.2 Requisitos.....	97
6 Derecho del comprador a una indemnización de daños y perjuicios.....	98
6.1 Aspectos generales.....	98
6.2 Indemnización de Perjuicios en vez de la prestación (daños por vicios de la cosa).....	99
6.3 Indemnización de Perjuicios en vez de la prestación completa.....	100
6.4 Indemnización de Perjuicios en razón de imposibilidad del cumplimiento tardío..	101
6.4.1 Imposibilidad originaria.....	101
6.4.2 Imposibilidad subsiguiente.....	101
6.5 Indemnización de Perjuicios en razón de otros daños.....	102
6.6 Indemnización de Perjuicios en razón impensas o gastos del comprador.....	102
6.7 Indemnización de Perjuicios en razón de la mora del vendedor.....	103
7 Prescripción extintiva.....	103
III. CONCLUSIÓN.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	106

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL DERECHO ALEMÁN

*Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada **

I. INTRODUCCIÓN

La necesaria incorporación de distintas directivas europeas al derecho alemán, en especial la Directiva de Compraventa de Bienes de Consumo (Directiva 1999/44/EG de 25.05.99), fueron el motor de la reforma del derecho de obligaciones de 2002 del BGB¹. Otra motivación importante de la reforma fue la armonización del derecho alemán con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías².

La ley no se conformó con realizar la incorporación de las directivas europeas al

derecho alemán, sino que la reforma permitió una modernización general del derecho de obligaciones. Los dos aspectos fundamentales que contiene la reforma al derecho de obligaciones alemán son las nuevas normas generales a la alteración o perturbación de la prestación y el contrato de compraventa³.

El tema de este informe se refiere en primer lugar al contrato de compraventa en relación especialmente con las nuevas normas que fueron incorporadas - y en ese contexto - en segundo lugar a las nuevas normas generales de alteración a la prestación que son aplicables a dicho contrato.

* Abogada chilena residente en Alemania. Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania. Candidata a Doctora en Derecho Civil en la Ludwig-Maximilians- Universität München, Alemania.

1 Además, de la directiva ya indicada: Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs 2000/35/EG de 29.06.2000 y Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr de 2000/31/ EG de 08.06.2000. HEMMER/WÜST/HEISEL *Schuldrecht I Leistungsstörungenrecht*, 2002, p. 1 par. 1; OLZEN/WANK *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, 2002, p. 1 par. 2.

LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 5, par. 5. Los autores estiman que el nuevo derecho de obligaciones sigue siendo un derecho marcadamente alemán, lo cual implica la conservación unitaria del derecho alemán, mas consideran que la reforma ha permitido también dar un paso importante en la unificación del Derecho en Europa.

2 HEMMER/WÜST/HEISEL *Schuldrecht I Leistungsstörungenrecht*, p. 1 par. 2.

3 Christian SCHUBEL en SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München 2002, p. 123.

II. CONTRATO DE COMPRAVENTA

1 Aspectos generales del contrato de compraventa

El legislador alemán realizó una reforma global del contrato de compraventa⁴. Aunque dicho contrato mantiene su estructura como tal, es decir, es un contrato bilateral en el cual una parte se obliga a transferir una cosa y la otra parte al pago de un precio por ella⁵. Con la reforma no se han alterado los principios de separación y de abstracción que imperan en el derecho alemán. El principio de separación significa que, las obligaciones de un contrato son diferenciables de los actos dispositivos. Por ende, el vendedor se obliga en el contrato a entregar la cosa libre de todo vicio y a su vez el comprador a pagar el precio. El comprador no obtiene la propiedad de la cosa en virtud de ese acto obligacional, sino que, es necesario un acto dispositivo, en el cual el vendedor le transfiere la cosa al comprador⁶. El principio de abstracción indica que, la eficacia de los actos obligacionales no está ligada a la eficacia de

los actos dispositivos⁷. Es decir, la ineficacia del contrato de compraventa no significa que la transferencia de la propiedad de la cosa vendida sea ineficaz.

2 Saneamiento de los vicios de la cosa objeto del contrato.

El vendedor tiene como obligación entregar al comprador la cosa vendida libre de vicios⁸, es decir, sin vicios redhibitorios y libre de evicción (artículo 433 Abs. 1 S. 2)⁹. Esta nueva frase que se incorporó con la reforma, permite establecer claramente que el saneamiento constituye un deber de la prestación¹⁰. La ley contiene en artículos 437 ss. un sistema único para los saneamientos de los vicios redhibitorios y de evicción. De esta manera el comprador puede en primer lugar exigir el cumplimiento tardío (artículos 437 Nr. 1, 439), luego existe la posibilidad de la rebaja del precio (artículos 437 Nr. 2, 441) o la resolución del contrato (artículos 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 1 S. 3) y/o la indemnización de perjuicios (artículos 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311 a).

-
- 4 Artículo **433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag Abs.1. S. 1:**“(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer eine Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen”.
- 5 El consentimiento en el objeto y el precio configuran la essentialia negotii del contrato de compraventa. LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 247, par. 469.
- 6 Rainer WÖRLEN, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag, 2003 p. 6, par. 12.
- 7 Estos principios se diferencian de los principios de unidad y causalidad.
- 8 En cuanto al concepto de vicio o defecto, véase Martin SCHWAB en SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München 2002, p. 12.
- 9 Artículo **433 Sachmangel Abs.1. S. 2:**“Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen”. Las normas que no se especifican deben entenderse que son citadas del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). Además Abs. significa inciso; S. línea Var. variante.
- 10 Esta nueva frase incorpora la llamada teoría del cumplimiento (Erfüllungstheorie) y por tanto deja de lado la teoría de la garantía (Gewährleistungstheorie). En cuanto a este tema véase LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 248, par. 472; ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Besonderer Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. GmbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 5.

2.1 Saneamiento de los vicios redhibitorios

Según artículo 434¹¹ existen vicios redhibitorios, en los siguientes casos:

- cuando el objeto de la compraventa no posee las preestablecidas características (artículo 434 Abs. 1 S. 1)¹².
- cuando el objeto de la compraventa no cumple el rol que le fue determinado contractualmente (artículo 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1)¹³.
- cuando el objeto de la compraventa no se adecúa para su uso común y ordinario y no ofrece las características, que el comprador normalmente esperaría de dicho objeto (artículo 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2)¹⁴

- cuando el concertado o convenido montaje fue realizado inadecuadamente por el vendedor o también en el caso de personas contratadas por él para dicha actividad (artículo 434 Abs. 2 S. 1)¹⁵.
- cuando las indicaciones y aclaraciones para la realización del montaje de una cosa son defectuosas (artículo 434 Abs. 2 S. 2 denominada *Ikeaklausel*)¹⁶.
- cuando el vendedor suministra otro objeto distinto al pactado o no lo suministra completamente (artículo 434 Abs. 3)¹⁷.

2.2 Saneamiento de la evicción.

De acuerdo con artículo 435¹⁸ se configura evicción cuando un tercero puede hacer valer un derecho en relación con el objeto de la

11 Esta norma está vinculada con el art. 2 de la directiva de compraventa de bienes de consumo.

12 **Artículo 434 Abs. 1. S 1:**“(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit”.

13 **Artículo 434 Abs. 1. S 2 Nr. 1:** “Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, Nr. 1 wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst”.

14 **Artículo 434 Abs. 1. S 2 Nr. 2:** “Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, Nr. 2 wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann”.

15 **Artículo 434 Abs. 2. S 1:**“(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist”.

16 **Artículo 434 Abs. 2. S 2:**“(2) Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferne vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden”. ALPMANN UND SCHMIDT, *Reform des Schuldrechts- Das neue BGB*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 128. La Ikea-cláusula toma su nombre debido a que dicha casa comercial (en el rubro de muebles y decoración) ofrece objetos que deben ser armados por los propios compradores.

17 **Artículo 434 Abs. 3:**“(3) Einem Sachmangel steht gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert”.

18 **Artículo 435 Rechtsmangel:** “Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht”. Se debe tener en consideración que artículo 436 es una norma especial respecto de artículo 435. ALPMANN UND SCHMIDT, *Express, Reform des Schuldrechts- Das neue BGB*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 129.

compraventa en contra del comprador. Por lo tanto, no existe evicción cuando la cosa objeto del contrato está libre de los derechos de un tercero. Por ejemplo el tercero tiene en contra del inmueble objeto de la compraventa una hipoteca¹⁹, una servidumbre o un usufructo²⁰. Es interesante indicar que, con la reforma se genera una igualdad entre el saneamiento de los vicios redhibitorios y el saneamiento de la evicción, lo cual permite también al comprador exigir la rebaja del precio en el caso de la evicción²¹.

2.3 Exclusión de la responsabilidad por el saneamiento de los vicios redhibitorios y la evicción

En primer lugar puede existir en el contrato una cláusula que elimine la responsabilidad del vendedor. Dicha posibilidad se encuentra establecida en artículo 444²².

En segundo lugar se contempla causales de exclusión legal, esto es, tras la aplicación del artículo 442. En el caso que el comprador haya conocido del vicio o defecto de la cosa al momento de contratar, no será protegido (artículo 442 Abs. 1 S. 1)²³ o en el caso en que el comprador debido a su culpa inexcusable no se ha percatado del vicio de la cosa objeto del contrato, el vendedor sólo responde del defecto por su silencio doloso o cuando ha entregado una garantía (artículo 442 Abs. 1 S. 2)²⁴.

3 Cumplimiento tardío

3.1 Requisitos del cumplimiento tardío

Si la cosa objeto de la compraventa es defectuosa tiene el comprador en contra del vendedor en primer lugar una acción para el cumplimiento tardío. Según el artículo 439 Abs.

19 OLZEN/WANK *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, 2002, p. 78 par. 365.

20 ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Besonderer Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 35.

21 Esta es una diferencia con el derecho anterior, pues en el caso de la evicción el comprador no podía exigir la rebaja del precio. LORENZ/RIEHM *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 250, par. 474 y p.307, par. 570.

22 **Artículo 444 Haftungsausschluss** :“Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat”.

23 **Artículo 442 Kenntnis des Käufers Abs. 1. S. 1:**“(1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt”.

24 **Artículo 442 Abs. 1. S. 2:**“(1) Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat”.

25 **Artículo 439 Nacherfüllung Abs. 1:**“(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen”.

125. puede exigir el comprador la eliminación del defecto de la cosa o la sustitución por una cosa libre de todo vicio²⁶.

Los requisitos del cumplimiento tardío son:

- un contrato de compraventa válido
- un vicio en la cosa objeto del contrato.

3.3 Derecho de negativa del vendedor al cumplimiento tardío

El vendedor puede negarse al cumplimiento tardío, es decir, puede negarse a cumplir tardíamente respecto a la alternativa elegida por el comprador, esto es, la eliminación del defecto de la cosa o la sustitución por una cosa libre de todo vicio, cuando el cumplimiento tardío sólo es posible con desproporcionados y altos costos (artículo 439 Abs.3 S. 1)²⁷.

En el caso que el vendedor se niegue a eliminar el defecto de la cosa, deberá el

comprador establecer un plazo para que el vendedor pueda sustituir la cosa defectuosa por una libre de todo vicio (o viceversa). Cuando el vendedor se niega respecto de ambas alternativas del cumplimiento tardío se abre la posibilidad de la resolución, la rebaja del precio y/o la indemnización de perjuicios²⁸.

El comprador sólo puede exigir la resolución del contrato o la rebaja del precio, ya que, estos derechos son alternativos²⁹.

No se pueden establecer en términos generales situaciones en las cuales el vendedor puede negarse a cumplir tardíamente su prestación, habrá que establecer cada caso en forma particular. Según artículo 439 Abs. 3 S. 2³⁰ son especialmente relevantes el valor de la cosa, en consideración al estado de aquella sin vicio alguno, la significación del defecto o vicio y la posibilidad de un cumplimiento tardío de otra forma, que no implique una desventaja para el comprador.

26 Según el derecho anterior no poseía el comprador la posibilidad de elegir una reparación o la eliminación del defecto, debido a que no se encontraba expresamente pactado en el contrato. Por ejemplo, en el caso que hubiese comprado una bicicleta y sólo los frenos no funcionaran, pero en general el comprador estaba satisfecho con la compra, no podía exigir la reparación de los frenos, ya que en la celebración del contrato no se había pactado una cláusula en ese sentido. Rainer WÖRLEN, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag, 2003, p. 10; ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Besonderer Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 40.

27 **Artículo 439 Abs. 3 S. 1:** "Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des artículo 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist".

28 LORENZ/RIEHM *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 263, par. 493.

29 OLZEN/WANK *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002 p. 83 par. 385.

30 **Artículo 439 Abs. 3 S. 2:** "Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte".

4 Resolución

4.1 Requisitos

La resolución, es un mecanismo que permite dejar sin efecto un contrato válido, tiene como objetivo volver la situación al estado en que ésta se encontraba antes de la celebración del contrato. El acreedor puede ejercer la resolución de acuerdo a artículo 323 Abs. 1³¹. En el caso de la compraventa el artículo 437 Nr. 2 1. Var. se remite al artículo 323.

Los requisitos para que opere la resolución son:

- la existencia de un contrato válido entre las partes.
- la cosa objeto de la compraventa debe en la cesión del riesgo haber tenido un defecto que haya causado un vicio redhibitorio (artículo 434) o que requiera el saneamiento de la evicción (artículo 435).
- la fijación de un plazo adecuado para el cumplimiento tardío, que se haya cumplido sin la reacción debida por parte del vendedor. Existen excepciones a la fijación de dicho plazo. Resultará éste prescindible cuando el deudor se niegue seria y definitivamente a cumplir la prestación; el deudor no cumpla con la prestación en el plazo fijado en el contrato y el acreedor sólo tenga interés en la prestación en razón de la fijada oportunidad o existan especiales circunstancias que en consideración a ambas partes justifican la resolución (artículo 323 Abs 2. Nr. 1- 3³²). Además de las excepciones establecidas en la norma citada el plazo es prescindible, en el caso de la imposibilidad del cumplimiento tardío (artículo 275 Abs. 1), de la negativa de vendedor del cumplimiento tardío (artículo 439 Abs. 3)³³ o cuando el cumplimiento tardío ha sido frustrado o no le es

31 **Artículo 323 Rücktritt wegen nicht o der nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung Abs. 1:** “ (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten”.

32 **Artículo 323 Abs. 2:**“(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder
3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen”.

33 Véase 3.3.

exigible al comprador (artículo 440 S. 2)³⁴.

- la inexistencia de una casual que excluya el derecho a exigir la resolución del contrato. Este derecho se excluye como consecuencia de que el derecho de saneamiento se encuentre excluido. Igualmente cuando concurren vicios irrelevantes (artículo 323 Abs. 5 S. 2)³⁵ o el acreedor sólo o en gran medida es responsable por la resolución o finalmente según la misma norma cuando el acreedor se encuentra en mora al momento de que se genera la causa de la resolución (artículo 323 Abs. 6.)³⁶.
- la acción de resolución se ejercita mediante la declaración del comprador ante el vendedor artículo 349³⁷. Aquí

deben aplicarse las normas generales de las declaraciones de voluntad, es decir, cuando el vendedor tiene acceso a la declaración de voluntad, se entiende que la declaración es válida (artículo 130).

4.2 Efectos jurídicos

La resolución tiene como efecto la transformación del contrato de compraventa en una relación de restitución entre las partes. La resolución lleva a la extinción de las prestaciones que aún no han sido cumplidas. En el caso de las prestaciones que ya han sido cumplidas se genera el deber de restitución. Además de las prestaciones, deberán indemnizarse los provechos (artículo 100) obtenidos, es decir, los frutos de la cosa o sus derechos y los beneficios correspondientes (artículo 346 Abs. 1)³⁸.

34 **Artículo 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadenersatz S. 2:** "Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt". OLZEN/WANK *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002, p. 82 par. 379.

35 **Artículo 323 Abs. 5 S. 2:** "(5) Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist".

36 **Artículo 323 Abs. 6:** "(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist".

37 **Artículo 349 Erklärung des Rücktritts:** "Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil".

38 **Artículo 346 Wirkungen des Rücktritts Abs. 1:** "(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben".

Las prestaciones son restituidas por lo general en natura, esto es, de la manera que fueron rendidas; en el caso de que no puedan ser restituidas en natura deberá pagarse un valor sustitutorio (artículo 346 Abs. 2. Nr. 1)³⁹. También deberá pagarse un valor sustitutorio en el caso que la cosa haya sido consumida, enajenada⁴⁰, gravada⁴¹, modificada (artículo 346 Abs. 2. Nr. 2)⁴². Por último deberá pagarse un valor de sustitución cuando la cosa se haya desmejorado o haya perecido (artículo 346 Abs. 2. Nr. 3)⁴³.

El deber de pagar un valor sustitutorio se elimina cuando el comprador ha actuado con la suficiente prudencia⁴⁴.

El vendedor puede exigir una indemnización de perjuicios (artículos 280 – 283), debido a que el comprador ha transgredido la obligación de restituir las prestaciones y los provechos obtenidos.

5 Rebaja o disminución del precio.

5.2 Requisitos

La prestación del comprador debe adecuarse a la prestación disminuida del vendedor. La rebaja del precio⁴⁵ es la opción alternativa -con respecto a la resolución- que le otorga la ley al comprador (artículo 437 Nr. 2. 2 Var. en relación con artículo 441).

Los requisitos para que opere la rebaja del precio⁴⁶ son:

- la existencia de un contrato válido entre las partes.
- la cosa objeto de la compraventa debe haber tenido un defecto que haya causado un vicio redhibitorio (artículo 434) o que requiera el saneamiento de la evicción (artículo 435).

39 **Artículo 346 Abs. 2:**“(2) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertsatz zu leisten, soweit 1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,”

40 Por lo que respecta a la enajenación es menester que el comprador no pueda reivindicar. REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, Luchterhand, München, 2004, p. 97 par. 249.

41 Especialmente hipotecas y usufructos.

42 **346 Abs. 2:**“(2) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertsatz zu leisten, soweit 2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,”

43 **346 Abs. 2:**“(2) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertsatz zu leisten, soweit 3. er empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht”.

44 Artículo 346 Abs. 3. En extenso REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, Luchterhand, München, 2004, p. 99 par. 252.

45 **Artículo 441 Minderung. Abs. 1 S. 1:** “Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern”.

46 En general son los mismos requisitos para la resolución del contrato. LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 284, par. 526.

- la fijación de un plazo adecuado para el cumplimiento tardío, que se haya cumplido sin la reacción esperada por parte de vendedor.
- la inexistencia de una casual que excluya el derecho a exigir la rebaja de precio. Este derecho se excluye como consecuencia de que el derecho de saneamiento se encuentre excluido. la concurrencia de vicios o defectos insignificantes - a diferencia de la resolución - no excluye el derecho de rebaja. artículo 441 Abs. 1 S. 2⁴⁷ excluye expresamente la aplicación de artículo 323 Abs. 5 S. 2)⁴⁸.
- la acción de rebaja del precio se ejercita mediante la declaración del comprador ante el vendedor (artículo 441 Abs. 1 S. 1). La rebaja del precio - al igual que la resolución - es un derecho potestativo, por lo tanto, el acreedor debe declarar ante el vendedor que ha optado por la rebaja del precio del objeto comprado. Igualmente son aplicables las normas generales de declaración de voluntad.

5.2 Efectos jurídicos

El contrato continua siendo válido, el cálculo o cómputo de la rebaja del precio se deduce de

la norma artículo 441 Abs. 3 S. 1⁴⁹. Ésta indica que la rebaja se determina multiplicando el precio estipulado en la compraventa con el valor del objeto, considerando la disminución provocada por el defecto, y dicho resultado dividiéndolo por el valor del objeto sin el defecto. Así por ejemplo el comprador de un automóvil paga el precio de 10.000 euros, luego se percata de un defecto en el motor, por lo tanto, el valor del auto debería ser 12.000 euros. A su vez el valor real del objeto, en el caso que no tuviese el defecto sería de 15.000 euros, lo cual implicaría que el cálculo de la rebaja del precio ascendería a la suma de 2.000 euros.

6 Derecho del comprador a una indemnización de daños y perjuicios

6.1 Aspectos generales

En cuanto a la indemnización de perjuicios del comprador (artículo 437 N° 3, 1 Var.), ésta se remite a las normas generales de alteración a la prestación, esto es, artículos 280, 281, 283, y 311 a. Como punto esencial se puede indicar que, ya no existe una especial indemnización de perjuicios, que emane del contrato de compraventa⁵⁰. Con el nuevo derecho, la indemnización de perjuicios está siempre orientada desde la norma de artículo 280 Abs. 1 S. 1, en el sentido que siempre el deudor debe violar la obligación

47 **Artículo 441 Abs. 1 S. 2:** "Der Ausschlussgrund des artículo 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung".

48 Véase 4.1 nota al p. 35.

49 **Artículo 441 Abs. 3 S. 1:** "Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde".

50 REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, Luchterhand, München, 2004, p. 190 par. 499; ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Besonderer Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 61.

que emana del contrato. La excepción a la aplicación general de esta norma es artículo 311 a Abs. 2, ya que, la responsabilidad del deudor emana en este caso de la promesa de cumplimiento que había realizado el deudor y a la cual queda ligado⁵¹.

Tanto las normas generales de alteración a la prestación como las normas de la compraventa son aplicables al vendedor que viola su obligación⁵². La culpa del vendedor puede ser eliminada en cuanto él pruebe que la falta no le ha sido imputable⁵³.

6.2 Indemnización de Perjuicios en vez de la prestación (daños por vicios de la cosa)

Las normas aplicables son artículo 437 Nr. 3 en relación con artículo 280 Abs. 1, 3 y artículo 281 Abs. 1 S. 1.

El derecho a la indemnización exige que el vendedor haya violado la obligación que emana del contrato (artículo 280 Abs. 1 S. 1)⁵⁴. Por lo tanto debe haber existido una relación contractual entre las partes⁵⁵. La violación debe ser imputable al vendedor (artículo 280 Abs. 1 S. 2⁵⁶ en relación con artículo 276⁵⁷). Es menester, además, que el acreedor haya fijado un plazo para el cumplimiento tardío de la obligación artículo 281 Abs. 1 S. 1⁵⁸. Dicho plazo puede ser prescindible⁵⁹.

Respecto a la extensión de la indemnización artículo 249 Abs. 1⁶⁰, el vendedor debe reparar los perjuicios causados al acreedor de acuerdo al estado que existiría si los perjuicios no se hubiesen generado. De esta manera el comprador puede exigir la diferencia existente entre la cosa defectuosa y la cosa libre de vicios (*Prinzip der Naturalstitution*).

51 Martin SCHWAB en SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München 2002, p. 5 s. LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 286, par. 531.

52 Aplicación de artículo 280 Abs. 1 S. 1 como de artículo 433 Abs. 1 S. 2.

53 HEMMER/WÜST/HEISEL *Schuldrecht I Leistungsstörungenrecht*, p. 46.

54 **Artículo 280 Schadenersatz wegen Pflichtverletzung Abs.1:**“(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schaden verlangen”.

55 ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Allgemeiner Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 141.

56 **Artículo 280 Abs.1 S. 2:**“(1) Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat”.

57 **Artículo 276 Verantwortlichkeit des Schuldners Abs.1:**“(1) Der Schuldner hat Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisiko zu entnehmen ist. Die Vorschriften der artículos 827 und 828 finden entsprechende Anwendung”

58 **Artículo 281 Schadenersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung Abs.1 S. 1:** “(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des artículo 280 Abs. 1 Schadenersatz statt der Leistung verlangen, wenn der dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung o der Nacherfüllung bestimmt hat”.

59 Artículo 281 Abs. 2. Esta norma es muy similar al precepto de artículo 323Abs. 2. (véase 4.1). En extenso ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Allgemeiner Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 143 y s.

60 **Artículo 249 Art und Umfang des Schadenersatzes Abs.1:** “(1) Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre”.

Por ejemplo si al comprar un vehículo 0 kilómetro, al poco tiempo se deben reparar los frenos, el vendedor está obligado a correr con los gastos que indujo el comprador del automóvil en dicha reparación. En este caso el cumplimiento de la prestación ha sido parcial, por tanto puede el comprador exigir una indemnización de perjuicios parcial o pequeña (*kleinen Schadensersatz*).

La indemnización de perjuicios parcial, en el cual el comprador mantiene la cosa objeto del contrato, en el ejemplo ya indicado (el auto 0 kilometros) incluye los daños que posee la cosa (nuevos frenos) como también los costos en los cuales puede haber incurrido el comprador al reparar dicho defecto (mano de obra). El contrato permanece intacto, a diferencia de la indemnización de perjuicios total (*großen Schadensersatz*).

6. 3 Indemnización de Perjuicios en vez de la prestación completa

Los preceptos aplicables en esta indemnización son artículos 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 y 281 Abs. 1 S. 1, 3.

A diferencia de la indemnización de perjuicios parcial, en la cual el comprador mantiene la

cosa objeto del contrato, en esta indemnización el comprador devuelve la cosa y reclama el precio pagado, asimismo, puede exigir una indemnización por el lucro cesante. Por ejemplo, el comprador ha pagado 500.000 euros por un inmueble, que en realidad valdría 600.000 euros más, el vendedor no ha informado al comprador de la existencia de hongos en el inmueble. Podría el comprador en el ejemplo señalado exigir la devolución del precio pagado (500.000 euros) e igualmente exigir el pago de los 100.000 euros. Naturalmente el comprador debe restituir el inmueble, que ha sido objeto del contrato.

Es importante destacar que, la indemnización de perjuicios total (*großen Schadensersatz*) es exclusivamente accionable cuando existen defectos relevantes en la cosa objeto del contrato⁶¹.

El acreedor puede elegir entre el cumplimiento de la prestación y la indemnización de perjuicios, si elige la indemnización de perjuicios se elimina la posibilidad de exigir el cumplimiento (artículo 281 Abs. 4)⁶². La misma relación se da entre el cumplimiento y la resolución, pues al declarar el acreedor ante el deudor la resolución no puede exigir el cumplimiento⁶³.

61 LORENZ/RIEHM *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 290, par. 539; ALPMANN UND SCHMIDT, *Reform des Schuldrechts- Das neue BGB*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, p. 135.

62 **Artículo 281 Abs. 4:**“(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat”.

63 Martin SCHWAB en SCHWAB/WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München 2002, p. 8.

6.4 Indemnización de Perjuicios en razón de imposibilidad del cumplimiento tardío

6.4.1 Imposibilidad originaria

Cuando el cumplimiento tardío es desde su origen imposible, puesto que, los vicios o defectos son irreparables desde la celebración de contrato, puede el comprador exigir indemnización de perjuicios artículo 311 a Abs. 2 S. 1⁶⁴.

Según artículo 311 a Abs. 2 S. 2⁶⁵ el acreedor no tiene derecho en contra del deudor cuando al momento de celebrar el contrato el deudor no conocía el impedimento que padecía la cosa y su desconocimiento no le era imputable⁶⁶.

Requisitos para la indemnización de perjuicios en el caso de imposibilidad originaria

- imposibilidad originaria de una prestación contractual en el sentido de

artículo 275 Abs. 1 – 3.⁶⁷ Este requisito está dado por el artículo 311 a Abs. 1⁶⁸, pero se exige también se incorpora en la interpretación de Abs. 2.

- imputabilidad del deudor, el concepto de imputabilidad está tomado del artículo 276 ss, es decir, el deudor responde ante el acreedor cuando él dolosamente desconoce la imposibilidad (caso verdaderamente extraño) o cuando él culposamente desconoce la imposibilidad, esto es, cuando él hubiese tenido que saber acerca de la imposibilidad⁶⁹.

6.4.2 Imposibilidad subsiguiente

En el caso de imposibilidad subsiguiente no existe la posibilidad del cumplimiento de la prestación artículo 275. El acreedor puede solicitar daños y perjuicios artículos 280 Abs. 1,3 y 283 S. 1⁷⁰.

64 **Artículo 311 a Abs. 2 S. 1:**“(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadenersatz statt Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in artículo 284 bestimmten Umfang verlangen”.

65 **Artículo 311 a Abs. 2 S. 2:**“(2) Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat”.

66 HEMMER/WÜST/HEISEL *Schuldrecht I Leistungsstörungenrecht*, p. 103, par. 285.

67 **Artículo 275 Ausschluss der Leistungspflicht Abs. 1:**“(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann”.

68 **Artículo 311 a Leistungshindernis bei Vertragsschluss Abs. 1 S. 1:**“(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach artículo 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt”.

69 HEMMER/WÜST/HEISEL *Schuldrecht I Leistungsstörungenrecht*, p. 104, par. 286.

70 Jens PETERSEN *Allgemeines Schuldrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 108, par. 310.

En este caso la imposibilidad debe ser subsiguiente, ya que, sino por especialidad serán aplicables las normas de la imposibilidad originaria.

Requisitos para la indemnización de perjuicios en el caso de imposibilidad subsiguiente.

- imposibilidad subsiguiente de una prestación contractual primaria también debe ser analizada en el sentido de artículo 275 Abs. 1 – 3.
- imputabilidad del deudor, ella también se abstrae del artículo 276 ss. En relación con la imputabilidad también cumple un rol importante la disposición del artículo 287 S. 2⁷¹, ya que, el deudor también responde en el caso que suceda un caso fortuito⁷² y él se encuentre en mora, a no ser que los daños se hubiesen igualmente provocado si la prestación se hubiese cumplido en el tiempo debido.

6.5 Indemnización de Perjuicios en razón de otros daños

También puede el comprador exigir una indemnización por daños en otros bienes

jurídicos que haya sufrido y que no estén comprendidos en los defectos de la cosa (artículo 437 Nr. 3, 280 Abs.1 S. 2), pero que sí tengan una estrecha relación con el estado defectuoso de la cosa. Así por ejemplo, al comprar un auto, éste resulta con un defecto en los frenos y se produce un accidente, puede ocurrir que no sólo el auto resulte dañado sino que también el comprador tenga lesiones. En dicho caso tiene también el comprador acción para una indemnización debido a que otros bienes jurídicos, (en este caso su salud), resultaron dañados además de la cosa objeto del contrato.

6.6 Indemnización de Perjuicios en razón impensas o gastos del comprador

Según artículo 437 Nr. 3 2. Var. puede el comprador exigir de acuerdo a artículo 284⁷³ una indemnización debido a gastos o impensas que tuvo que efectuar el comprador, así por ejemplo, los gastos que generó el contrato⁷⁴ Otra situación se presenta en el siguiente ejemplo el vendedor vende notarialmente un inmueble dándole garantía al comprador que en dicho inmueble se puede establecer una discoteca. La autoridad correspondiente finalmente deniega el permiso, por lo cual el comprador exige la devolución del precio, los

71 **Artículo 287 S.2:** "Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde".

72 La disposición del artículo 287 S. 2 entiende el concepto de caso fortuito cuando el suceso ha acontecido sin que le sea imputable al acreedor ni al deudor. Se incluyen en este concepto tanto sucesos naturales como aquellos causados por terceros (por ejemplo la cosa vendida es robada por un tercero).

73 **Artículo 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen:** "Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden".

74 Rainer WÖRLEN, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag, 2003 p. 28, par. 61. Con el derecho anterior sólo se consideraban estos gastos; Jens PETERSEN *Allgemeines Schuldrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 111, par. 317.

costos notariales y los costos de apertura de la discoteca⁷⁵.

6.7 Indemnización de Perjuicios en razón de la mora del vendedor

En el caso que el deudor esté en mora en el cumplimiento tardío, puede el comprador exigir una indemnización artículo 286 Abs. 1⁷⁶. artículo 437 Nr. 3 no se remite directamente a artículo 286, pero si a artículo 280 y esta disposición se remite a artículo 286. Esta indemnización no elimina la opción de las otras indemnizaciones, sino que puede exigirse de manera acumulativa⁷⁷.

Esta indemnización comprende todos los daños, que se han originado, porque el vendedor no ha rendido la prestación y se encuentra en mora. En el caso que exista imposibilidad en el cumplimiento tardío no

pueden aplicarse estas disposiciones, ya que, la imposibilidad elimina la mora.

La mora exige el requerimiento, éste puede estar incluido en el momento que el comprador requiere el cumplimiento tardío.

7 Prescripción extintiva

Según artículo 438 Abs. 1 Nr. 3⁷⁸ el plazo de la acción de prescripción extintiva de artículo 437 Nr. 1 y Nr. 3, es decir, del cumplimiento tardío y de la indemnización de perjuicios para el caso de bienes muebles es dos años⁷⁹. Un plazo de cinco años rige en el caso de materiales de construcción, cuando éstos hayan causado el defecto o vicio en la construcción artículo 438 Abs. 1 Nr. 2⁸⁰.

Cuando el defecto de la cosa dice relación con un derecho de tercero (por ejemplo

75 ALPMANN UND SCHMIDT, *Schuldrechts Besonderer Teil I*, Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002, pp. 73 y s.

76 **Artículo 286 Verzug des Schuldners Abs. 1:** "(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich".

77 REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, Luchterhand, München, 2004, p. 209, par. 560.

78 **Artículo 438 Verjährung der Mängelansprüche Abs. 1 Nr. 3:**"(1) Die in Artikel 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren
3 im übrigen in zwei Jahren".

79 Este plazo fue extendido de seis meses a dos años.

80 **Artículo 438 Abs. 1 Nr. 2:** " (1) Die in Artikel 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren
2 in fünf Jahren

a) bei einem Bauwerk und

b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und".

propiedad) que éste puede ejercer, la acción de prescripción se extingue en 30 años (artículo 438 Abs. 1 Nr. 1)⁸¹.

En el caso que el vendedor dolosamente haya callado el defecto de la cosa, rige el plazo tres años (artículo 438 Abs. 3 S. 1).

La acción de prescripción extintiva de los bienes muebles comienza con la entrega de la cosa, para los bienes inmuebles comienza con la tradición de la misma⁸².

En el caso de la resolución y de la rebaja del precio rigen las normas de artículo 438 Abs. 4 (resolución) o artículo 438 Abs. 5 (rebaja del precio) ambas normas están en concordancia con con artículo 218, ya que, la resolución y rebaja del precio no son acciones sino que derechos potestativos, cuando el derecho a exigir el cumplimiento tardío prescribe, también lo hacen estas modalidades. Tuvo que incluirse esta norma en el BGB, ya que, los derechos potestativos, no prescriben⁸³.

III. CONCLUSIÓN

1. La reforma del BGB de 2002 fue una modificación global al derecho de obligaciones alemán. En especial las materias de alteración a la prestación y del contrato de compraventa son aspectos

principales y centrales en la modernización del derecho de obligaciones alemán.

2. En el ámbito del contrato de compraventa, la Directiva de Compraventa de Bienes de Consumo (Directiva 1999/44/EG de 25.05.99) sirvió de modelo, tanto en los aspectos sistemáticos como en sus contenidos.
3. La incorporación de la obligación del vendedor de entregar la cosa libre de vicios al comprador, pertenece a desde la reforma a las obligaciones de la prestación del vendedor. Motivo de dicha norma fue la integración de la acción de saneamiento de un contrato de compraventa a las normas generales de alteración a la prestación.
4. Como consecuencia de lo anterior, no existen ahora normas especiales en la compraventa en materia de resolución e indemnización por daños y perjuicios.
5. El concepto de vicios redhibitorios fue ampliado, además, en el caso de vicios irrelevantes en la cosa no puede el comprador pedir la resolución del contrato.
6. Los vicios redhibitorios y la evicción fueron equiparados. Por ende, ahora también

81 **Artículo 438 Abs. 1 Nr. 1** : “ (1) Die in artículo 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren 1 in 30 Jahren, wenn der Mangel

a) in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder

b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht”

82 REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, Luchterhand, München, 2004, p.248 par. 674 y s.

83 OLZEN/WANK *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, 2002, p. 94 par. 423. LORENZ/RIEHMN *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002, p. 298, par. 556 y ss.

puede ser excluida la responsabilidad por el saneamiento del vendedor en el caso de evicción.

7. El comprador tiene como primer mecanismo en contra del vendedor que no ha cumplido la obligación; el cumplimiento tardío, independiente de la imputabilidad que le haya cabido en la procedencia del defecto. Si el vendedor se negase a cumplir tardíamente o no cumple dentro del plazo fijado, surge para el comprador la alternativa de la resolución o de la rebaja del precio. En el caso que el vicio le sea imputable al deudor, surgen las

acciones del indemnizaciones por daños y perjuicios.

8. Tanto la resolución como la acción de rebaja del precio han sido reguladas de una forma nueva. Ahora es posible también para el caso de la evicción la acción de rebaja del precio.
9. Los preceptos de la prescripción extintiva también fueron modificados. Los plazos de las acciones por vicios o defectos de la cosa, se han extendido de de seis meses a dos años (caso de bienes muebles).

BIBLIOGRAFÍA

Alpmann und Schmidt, *Express, Reform des Schuldrechts- Das neue BGB*, 2° ed., Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002.

Alpmann und Schmidt, *Schuldrecht Allgemeiner Teil 1*, 14° ed., Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002.

Alpmann und Schmidt, *Schuldrecht Besonderer Teil 1*, 12° ed., Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG, Münster, 2002.

Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 17° ed., 2002.

Hemmer/Wüst, *Schuldrecht 1*, 1° ed., 2002.

Lorenz, Stephan / Riehm, Thomas *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2002.

Olzen, Dirk / Wank, Rolf *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.

Petersen, Jens *Allgemeines Schuldrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2002.

Pfeiffer, Thomas *Neues Schuldrecht- Gesetzessynopse mit Kurzerläuterung*, Luchterhand, Darmstadt, 2001.

Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus *Kaufrecht*, 7° ed., Luchterhand, München, 2004.

Schwab, Martin / Witt, Carl-Heinz *Einführung in das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck München, 2002.

Wörlen, Rainer *Schuldrecht, Besondere Teil*, 6° ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2003.

EL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Lic. Yuri López Casaf

INDICE

ABREVIATURAS Y GLOSARIO	108
1. CONCEPTO Y TIPOS.....	108
2. NIVELES PARA LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL	109
2.1. Primer nivel: Causalidad equivalente (Äquivalenztheorie)	109
2.2. Segundo nivel: Causalidad adecuada (Adäquanztheorie).....	112
2.3. Tercer nivel: Fin de protección de la norma (Schutzzweck der Norm)	114
3. BIBLIOGRAFÍA	124

* Juez Civil y de Trabajo de Pérez Zeledón. Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, República Federal de Alemania.

Abreviaturas y glosario

BGB= Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).

BGH= Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Casación alemán).

BGHZ= Bundesgerichtshof Zivilsachen (Colección de sentencias en materia civil del Tribunal Federal de Casación alemán).

NJW= Neue Juristische Wochenschrift (Revista jurídica alemana).

NZV= Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (Revista jurídica alemana)

OLG= Oberlandesgericht (Tribunal Superior)

RGZ= Reichsgericht Zivilsachen (Colección de sentencias en materia civil del antiguo Tribunal Federal de casación alemán)

EL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

1. CONCEPTO Y TIPOS

El nexo causal o relación de causalidad es uno de los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual y hace referencia a la relación que debe darse entre la lesión del bien jurídico o el daño con la conducta activa u omisiva desplegada por el agente causante del daño. En la doctrina alemana¹, la relación de causalidad abarca dos perspectivas:

- 1.1. La llamada **haftungsbegründende Kausalität**, la cual hace referencia a la relación de causalidad que debe existir entre la acción u omisión

dañina y la lesión del bien jurídico del damnificado.

- 1.2. La llamada **haftungsausfüllende Kausalität**, la cual hace alusión a la necesaria relación de causalidad entre el daño y la acción activa u omisiva del agente causante del daño.

Así pues, mientras la **haftungsbegründende Kausalität**, tiene su ámbito de análisis en el supuesto de hecho de la responsabilidad civil extracontractual, la **haftungsausfüllende Kausalität** se presenta, más bien, en el ámbito ya propiamente dicho de las consecuencias jurídicas, es decir, de la eficacia de tipo resarcitoria por el daño inflingido a la esfera jurídica del damnificado².

1 Klunzinger, Eugen, Einführung in das Bürgerliche Recht, 12. ed., 2004, página 217.

2 Al respecto ver Schwarz, Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, página 400, Rdn. 122.

2. NIVELES PARA LA DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL

Tanto para la *haftungsbegründende Kausalität* como para la *haftungsausfüllende Kausalität*, la doctrina civil alemana ha establecido que es necesario realizar un examen tendente a verificar la presencia de tres niveles indispensables para que, desde el punto de vista jurídico, sea posible tener por bien cumplidos ambos tipos de causalidad³. Esto significa que si uno de los tres niveles que se exponen a continuación no se configura, entonces el requisito de la *haftungsbegründende Kausalität* o bien el de la *haftungsausfüllende Kausalität* tendrá que ser descartado y, de esta manera, no nacería el deber de indemnizar los daños y perjuicios mediante el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual. Los niveles a través de los cuales debe hacerse el examen del nexo causal son⁴:

- 2.1. Primer nivel: Causalidad equivalente (Äquivalenztheorie):** Jerárquicamente éste es el primer nivel que debe analizarse con el fin de determinar si el requisito del nexo causal está presente o no. De acuerdo con la causalidad equivalente, un hecho es causal si, de no haber ocurrido, no se hubiese producido la lesión del bien

jurídico. Tal planteamiento se suele denominar “*conditio sine qua non*” (si no se hubiese producido la acción u omisión dañinas, entonces no se hubiese producido la lesión del bien jurídico o del daño)⁵.

Dentro del análisis de la causalidad equivalente, la doctrina civil alemana ha estudiado otras interesantes temáticas, tales como:

- 2.1.1. Causalidad cumulativa (kumulative Kausalität):** Cuando la acción del agente causante del daño no generó, por sí sola, tal resultado dañino, sino que éste se produjo por la acción conjunta de otros sujetos causantes del daño, entonces se habla de causalidad cumulativa. La consecuencia de esta situación consiste en que la acción de cada uno de los agentes causantes del daño se reputa como hecho generador del daño causado.
- 2.1.2. Causalidad alternativa (alternative Kausalität):** Este tipo de causalidad se da cuando varios agentes causantes del daño hubiesen actuado separadamente y, aún así, hubieren producido el daño. Cuando se presente este

3 En este sentido ver Hemmer/Wüst, Deliktsrecht I., 7. ed., 2003, pagina 62, Rdn. 104.

4 Eckert, Jörn, Schuldrecht. Besonderer Teil, 2. ed., 2005, pagina 420, Rdn. 1632-1633.

5 Schwarz, op.cit., pagina 400, Rdn. 123.

fenómeno, cada agente causante del daño responde por la totalidad de éste. Si no se puede determinar cuál, de varios participantes, con su acción ha producido el daño, entonces esta circunstancia también se subsume dentro de la causalidad alternativa.

2.1.3. Causalidad concurrente (konkurrierende Kausalität oder Doppelkausalität):

Se da cuando cada una de un conjunto de acciones, por sí sola, podría haber causado el daño. Así las cosas, todas las acciones serían causales, en el sentido de que se les puede atribuir la producción del daño.

2.1.4. Ruptura del nexo causal (Abbruch der Kausalität):

La relación de causalidad entre el comportamiento dañino y la lesión del bien jurídico puede romperse o interrumpirse. Para que jurídicamente se dé la ruptura del nexo causal, es menester la configuración de tres requisitos:

2.1.4.1. Que un nuevo acontecimiento haya acaecido con posterioridad al primer hecho causante del daño.

2.1.4.2. Una ruptura o interrupción del nexo causal original existente entre el primer acontecimiento causante del daño y el daño propiamente dicho y;

2.1.4.3. Que el segundo acontecimiento sea completamente independiente del primer hecho o acontecimiento causante del daño.

Cuando se configuran los anteriores requisitos, la relación de causalidad existente entre la primera acción dañina y la lesión del bien jurídico se rompe y ya no podría atribuirse, a ese primer hecho, las consecuencias dañinas. Es importante agregar que no se da la ruptura de la relación de causalidad cuando el primer acontecimiento causante del daño es la condición para que se produzca el segundo acontecimiento generador del daño.

2.1.5. Causalidad equivalente respecto a la omisión (Äquivalenztheorie beim Unterlassen)⁶:

Cuando el hecho causante de la lesión del bien jurídico no es activo, sino omisivo, surge la pregunta sobre cómo opera la teoría de la equivalencia (o sea, la causalidad equivalente) como primer nivel del nexo causal en tanto requisitos constitutivo de la responsabilidad civil.

En relación con esta interrogante, la respuesta puede formularse en los siguientes términos: La omisión es causal de la lesión del bien jurídico si la acción que debía haberse hecho hubiera evitado, **con una probabilidad bastante segura**, la causación del daño.

6 Análisis valioso puede verse en Eckert, op. cit., pagina 422, Rdn. 1642.

La sola posibilidad o una cierta probabilidad no son suficientes; se necesita, como ya se indicó, una probabilidad bastante segura. Cómo es posible determinar esta específica probabilidad, es algo que requiere la utilización de una valoración hipotética.

Ejemplo: A contrata a la sociedad B para que ésta lleva a cabo labores de pintura en la casa de aquél. La sociedad B envía a su empleado C para que éste lleve a cabo las labores contratadas, según las especificaciones de A. Cuando C llega a la casa de A, éste le indica que comience a pintar la sala. Antes de que C llegara, A había dejado en la sala una botella en cuya parte exterior se lee que corresponde al refresco X pero, si bien en esa botella hay un líquido color oscuro, tal líquido no corresponde al refresco promocionado por la botella, sino que, en realidad, tal botella dejada por A en la sala de su casa contiene un veneno para eliminar ratas. C trae consigo una botella con refresco cuyo envase coincide con la botella dejada por A y la coloca junto a la botella de éste último. A la hora de hacer una pausa para almorzar, C toma la botella de A pensando que era la suya y cae inmediatamente desmayado como consecuencia del veneno que ingirió. Aunque C no muere, la ingestión de veneno le provocó un daño en el estómago que amerita tratamiento médico. C le reclama a A el pago de daños y perjuicios por el daño causado. Pregunta: ¿Debe A pagarle a C los daños y perjuicios?

Solución

Hipótesis de trabajo: C podría exigirle a A el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual⁷:

1. Lesión del bien jurídico (+), pues C sufrió un daño en su salud (el daño en su estómago).
2. Acción u omisión del agente causante del daño: En el caso en cuestión, A no actuó de manera activa, sino omisiva, pues no quitó su botella llena de veneno del lugar donde C iba a realizar sus labores. A incurrió en una omisión consistente en no quitar su botella del lugar del trabajo de C. Así las cosas, hubo una omisión (+) por parte de A.
3. Relación de causalidad entre acción u omisión dañina y la lesión del bien jurídico: Para que surja el deber de resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual, debe haber un nexo causal entre dichos requisitos. Como el caso en cuestión muestra una omisión en la que incurrió A, entonces hay que preguntarse y, por consiguiente, verificar cómo opera la causalidad equivalente respecto a la

⁷ El examen de los siete requisitos de la responsabilidad civil extracontractual lo siguen autores tales como Belke, Rolf, Prüfungstraining Zivilrecht Band I: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode, 2. ed., 1995, pagina 458 y ss.

omisión. De acuerdo con lo expuesto en el acápite 2.1.5. de este ensayo, la omisión en causal de la lesión del bien jurídico si la acción que debía haberse hecho hubiera evitado, con una probabilidad bastante segura, la causación del daño. En el caso que nos ocupa, si A hubiese quitado su botella que contenía veneno, entonces, con bastante probabilidad, puede concluirse que la lesión de la salud de C se hubiere evitado. Así las cosas, sí existe nexo causal entre la omisión de A y la lesión del bien jurídico (salud) de C (+).

4. Antijuricidad (+), pues no hubo ninguna causa de justificación que amparara la conducta omisiva de A.
5. Culpa (+), pues A inobservó su deber de cuidado de no causar daño a los demás y así causó la lesión de la salud de C.
6. Daño (+), pues a raíz del daño sufrido en su salud, C tuvo que acudir a un médico que le diera tratamiento y pagarle al galeno su trabajo curativo.
7. Relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado (+), pues el tratamiento médico que tuvo que pagar C se deriva de la lesión de su salud (bien jurídico).

Resultado: Como todos los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual están

presentes (+), C sí puede exigirle a A el pago de los daños y perjuicios, con base en el artículo 1045 del Código Civil.

2.2. Segundo nivel: Causalidad adecuada (Adäquanztheorie):

Este es el segundo nivel con base en el cual se determina la configuración del nexo causal como requisito constitutivo de la responsabilidad civil. Surge como un correctivo de la causalidad equivalente, sobre todo por razones de equidad, ya que el primer nivel de la relación de causalidad conduciría, sin límite alguno, a la atribución de daños que desbordarían el ámbito estrictamente dañino provocado por la concreta acción u omisión imputable al agente causante del daño⁸.

Para la teoría de causalidad adecuada, un acontecimiento es causal cuando, en general, es propicio para producir la lesión del bien jurídico. Dicho en términos negativos, falta la causalidad adecuada cuando el resultado dañino está fuera de toda probabilidad o bien solamente ha podido darse mediante la inusual concurrencia de dichas circunstancias⁹.

En Alemania la jurisprudencia ha dicho que la causalidad adecuada se presente cuando un hecho en general y no bajo circunstancias especiales, totalmente improbables y contrarias al normal desarrollo de las cosas hubiese sido idóneo para la causación del daño (RGZ 133, 126, 127).

⁸ Schmidt/Brüggemeier, Zivilrechtlicher Grundkurs, 6 ed., 2002, pagina 375.

⁹ Schellhammer, Kurt, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 6. ed., 2005, pagina 592, Rdn. 1295. Ver también BGH 107, 258; 137, 11; NJW 92, 1381; 93, 2797; 95, 126; 2000, 947.

Para la determinación de la causalidad adecuada es necesario considerar y valorar dos aspectos:

2.2.1. Todas las circunstancias que, en el momento de la producción del daño, eran reconocibles para un observador óptimo y;

2.2.2. Todas las circunstancias conocidas por parte del agente causante del daño.

Ejemplo¹⁰: Debido a que B dio una medida muy pequeña del ancho de su barco, esto hace que el barco de B y el barco de C coincidan en la esclusa, a pesar de que ésta, al darse el desagüe, no es lo suficientemente ancha. H, quien es el ayudante de las esclusas, llevó a cabo el vaciamiento de la esclusa, porque el Jefe de las esclusas no se encontraba presente en ese momento. Al bajar el nivel del agua, los barcos de B y C se atascan en la esclusa. Para eliminar el atascamiento, el ayudante de esclusas eleva el nivel del agua, empero no tiene éxito. Debido a que no hay electricidad y el equipo de emergencia tampoco funciona, la afluencia de agua no puede ser detenida, por lo cual el barco de C se inunda y se hunde. C reclama el pago de daños y perjuicios contra B. ¿Tendrá razón?

Solución

Hipótesis de trabajo: C podría reclamarle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión del bien jurídico (+), pues C sufrió la lesión de su derecho de propiedad que él ostentaba sobre su barco.
2. Acción dañina de B (+), pues él dio una información errónea del tamaño del ancho de su barco.
3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico: En relación con el requisito del nexo causal en este caso concreto, hay que examinar los niveles de la causalidad, lo cual se hace de la siguiente manera:

3.1. La conducta de B es causal en el sentido de la causalidad equivalente (primer nivel del nexo causal). Si B no hubiese dado una información errónea del tamaño del ancho de su barco, entonces los barcos de B y de C no se hubieran encontrado en la esclusa, ni se hubieran atascado ni tampoco el barco de C se hubiese hundido. Así las cosas, la causalidad equivalente, como primer nivel del nexo causal, sí está presente en el caso que nos ocupa (+).

3.2. Causalidad adecuada: Ahora resulta necesario determinar si el segundo nivel de análisis del nexo causal (o sea, la causalidad adecuada), está presente en el caso. Como ya se indicó en el punto 2.2., la causalidad adecuada establece que un acontecimiento es causal cuando, en general, es propicio para producir la lesión del bien jurídico. No se configura la causalidad adecuada cuando el resultado dañino

¹⁰ BGHZ 3, 261.

está fuera de toda probabilidad o bien solamente ha podido darse mediante la inusual concurrencia de ciertas circunstancias. En el caso bajo análisis, es posible concluir que el barco de C se hundió debido a la concurrencia de circunstancias inusuales, tales como: a) El Jefe de las esclusas no estaba y la atención de la situación en las esclusas fue asumida y atendida por el ayudante de las esclusas, quien no suele tener el conocimiento y la preparación necesarias para manipular el mecanismo de las esclusas; b) Ya muy tarde para actuar de otra manera, el ayudante de las esclusas se percató de que los barcos se podían atorar y, por lo tanto, el vaciamiento de las esclusas ya no puede detener; c) La afluencia de agua, contrario a lo que se hubiera esperado, resulta insuficiente, dado el fuerte atoramiento de ambos barcos entre sí, para eliminar la colisión; d) Falta la electricidad y; e) El equipo de emergencia no funciona.

Con base en lo anterior, se colige que fue debido a la concurrencia de estas inusuales y extraordinarias circunstancias que el barco de C se hundió, de modo que la errónea información del ancho de su barco dada por B no es la causa, en el sentido de la causalidad adecuada (segundo nivel de análisis del nexo causal), que originó la lesión del derecho de propiedad que C tenía sobre su barco. Así las cosas, en el caso bajo análisis no está

presente la causalidad adecuada (-), en tanto segundo nivel de análisis del nexo causal.

Resultado: Al no configurarse la causalidad adecuada, no está presente el nexo causal entre la acción dañina y la lesión del bien jurídico (-), por lo cual C no puede reclamarle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

2.3. Tercer nivel: Fin de protección de la norma (Schutzzweck der Norm)¹¹:

La teoría del fin de protección de la norma es el tercer y último nivel de análisis para determinar la debida configuración del nexo causal en tanto requisito constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual. De acuerdo con la jurisprudencia alemana, la razón de ser de la teoría del fin de protección de la norma se halla en que la teoría de la causalidad adecuada no siempre resulta suficiente para delimitar correctamente la responsabilidad¹².

En términos concretos, la teoría del fin de protección de la norma lo que establece es que la lesión del bien jurídico o el daño deben subsumirse dentro del ámbito de protección de la norma o bien dentro del campo de la pretensión resarcitoria que se hace valer (BGHZ 27, 137, 140). Decisivo para hacer esta determinación es cuestionarse si la norma transgredida por el agente causante del daño realmente sirve para evitar la producción de tal resultado dañino.

11 Jauernig/Teichmann, BGB Kommentar, 11. ed., 2004, página 1069, Rdn. 26; Schellhammer, Kurt., op. cit., página 594, Rdn. 1299.

12 Wörlen, Rainer, Schuldrecht BT, 7. ed., 2005, página 200, Rdn. 399.

Ejemplo¹³: B causó un accidente de tránsito al inobservar la señal de “Ceda el paso” que tenía K y esto hace que se produzca una colisión entre ambos vehículos. Al llegar el oficial de tránsito al lugar de los hechos, B trata de hacerle creer a éste que K es el verdadero culpable de la colisión. Al proceder de esta manera, K, quien padece de hipertensión arterial, sufre un ataque de apoplejía y desde ese momento queda imposibilitado para trabajar. K la reclama a B el pago de los daños y perjuicios. ¿Tendrá razón en su pretensión?

Solución

Hipótesis de trabajo: K podría exigirle a B el pago de los daños y perjuicios causados a raíz del ataque de apoplejía con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es necesario que se demuestre la configuración de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión de un bien jurídico (+), porque K sufrió un ataque de apoplejía, lo cual constituye un menoscabo del bien jurídico salud.
2. Acción de B (+) porque inobservó la prioridad de paso que tenía K, causó la colisión y, con ello, los daños que sufrió éste último.
3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico: En el caso que nos ocupa es necesario verificar la configuración de los tres niveles que integran el nexo causal (causalidad

equivalente, causalidad adecuada y fin de protección de la norma):

- 3.1. La acción dañina de B es causal en el sentido de la causalidad equivalente porque si B no hubiera irrespetado la prioridad de paso que tenía K, entonces no se hubiera producido el intento de atribuirle a K una falsa culpabilidad por la colisión y sin este comportamiento de B, K tampoco hubiere sufrido el ataque de apoplejía. Así las cosas, el primer nivel del nexo causal sí está presente. Causalidad equivalente (+).
- 3.2. La acción dañina de B también es causal en el sentido de la causalidad adecuada pues el resultado dañino inflingido a K no está fuera de toda probabilidad ni se dio mediante la inusual concurrencia de ciertas circunstancias. El hecho de que K sufriera de hipertensión arterial no puede catalogarse como una circunstancia improbable o inusual, de modo que tal situación no impide la causalidad adecuada. Por consiguiente, este segundo nivel del nexo causal también está presente. Causalidad adecuada (+).
- 3.3. Finalmente, debe establecerse si la lesión del bien jurídico (salud) se subsume dentro del ámbito de protección de la norma (tercer nivel de análisis del nexo causal). En el caso que nos ocupa, la jurisprudencia alemana ha dicho que el ataque

13 BGHZ 107, 359.

de apoplejía sufrido por K no está cubierto por la finalidad de protección establecido por el art. 8 StVO¹⁴, el cual regula la prioridad de paso por las vías públicas alemanas. Según el BGH, el art. 8 StVO solamente pretende impedir aquellos daños a la salud que estén en relación causal con accidentes de tránsito ocurridos en las vías públicas. Así las cosas, la protección contra los daños provenientes de errores o de la distorsión de las circunstancias en que acaeció el accidente de tránsito, no está contemplada por el art. 8 StVO. Por consiguiente, la lesión del bien jurídico sufrida por K (daño a su salud reflejado por el ataque de apoplejía) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma (ni del art. 8 StVO, ni del art. 823 párrafo 1 del Código Civil alemán¹⁵, ni del artículo 1045 del Código Civil costarricense (que es muy similar al art. 823 párrafo 1 del Código Civil alemán)), por lo cual no se cumple el tercer nivel del nexo causal de la responsabilidad civil extracontractual. Por consiguiente, fin de protección de la norma (-).

Resultado: K no puede exigirle a B responsabilidad civil por los daños causados

a raíz del ataque de apoplejía, de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

También en el marco del fin de protección de la norma, la doctrina y la jurisprudencia alemanas incluyen el estudio de los siguientes temas importantes:

2.3.1. Daños causados por decisión voluntaria del damnificado o un tercero (casos del desafío (Herausforderungsfälle) y casos de auxilio necesario (Nothilfefälle)): Bajo este epígrafe se analiza la problemática atinente a las cosas en que, a pesar de que el resultado dañino directo se deriva de la propia conducta del damnificado o de un tercero, se le atribuye su producción (y, consecuentemente, el deber de resarcimiento) al agente causante del daño, o sea, al sujeto que desafió (Herausforderung) al damnificado¹⁶.

El Tribunal Federal de Casación alemán (BGH) ha establecido los requisitos que deben cumplirse (a través de la llamada “fórmula del desafío” („Herausforderung sformel“)) para que los indicados “casos del desafío” („Herausforderungsfälle“)

14 El StVO (en alemán Straßenverkehrs-Ordnung, vom 16.11.1970 (BGBl. I 1565)) es un reglamento que regula todo lo relativo a aspectos del tránsito en las carreteras alemanas, tales como limitaciones y prohibiciones del tránsito, regulaciones de velocidad, prioridades de paso, parqueo, señales de advertencia y otras. Al respecto puede consultarse Creifelds, Rechtswörterbuch, 17. ed., 2002, página 1321. El párrafo 8 del StVO regula la prioridad de paso y es una norma muy similar a la contenida por el artículo 89 inciso d) de la Ley de Tránsito de Costa Rica.

15 Al respecto ver Schwarz, Günter Christian, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2003, página 410, Rdn. 136.

16 Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 20. ed., 2004, página 452, Rdn. 653.

sean resarcidos al damnificado. Tales requisitos son¹⁷:

- 2.3.1.1.** El perseguido debe haber desafiado la conducta o comportamiento del perseguidor. A causa de la persecución, el perseguido debe haber provocado el aumento del riesgo para los bienes jurídicos del damnificado (el perseguidor), a pesar de que el peligro era evitable. También desde la perspectiva del perseguidor (der Verfolger, en alemán), éste debe haberse sentido desafiado por el comportamiento del perseguido (der Verfolgte, en alemán), o sea, que la persecución emprendida por el perseguidor no puede corresponder a una reacción inusual sino que, por el contrario, tal reacción debe corresponder a una situación que, con base en las reglas de la sana crítica, sea comprensible que provoque la persecución.

Por otro lado, desde la perspectiva del perseguido, éste debía contar con que era perseguido y podía prever que, a raíz de la persecución, su perseguidor posiblemente iba a sufrir un daño.

- 2.3.1.2.** El fin de la persecución debe estar en una razonable relación con el riesgo que la persecución lleva consigo (**sog. Zweck-**

Mittel-Verhältnis). En otras palabras, los riesgos que aparece la persecución no pueden ser desproporcionalmente altos.

- 2.3.1.3.** El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la persecución. De esta manera, si el daño fuera producto del simple riesgo general cotidiano (allgemeines Lebensrisiko) y no de la persecución, entonces no se configuraría este tercer requisito.

Como ilustración de los casos del desafío y de la aplicación de la fórmula del desafío (Herausforderungsformel), se presentan los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1¹⁸: El policía P debe trasladar al delincuente D, el cual se encuentra cumpliendo arresto domiciliario en la casa de sus padres, a un centro penitenciario. D se da cuenta de que P lo anda buscando, por lo cual huye a través de la ventana del baño de la casa de sus padres. P se da cuenta de ello y también salta por esa ventana pero, a diferencia de D, P no conoce las características del lugar por lo que, al saltar por la ventana para perseguir a D, tardíamente se da cuenta de que, exactamente debajo de la ventana por la cual salta, hay una escalera y esto hace que se fracture su pierna derecha. Posteriormente, D es atrapado por otro policía. P le exige a D el pago de los daños y perjuicios causados

17 Schwarz, op. cit., página 418, Rdn. 147; Hemmer/Wüst, Deliktsrecht I., 7. ed., 2003, página 41, Rdn. 72.

18 BGHZ 63, 189.

por la fractura de su pierna. ¿Le asiste derecho a P en cuanto a esa pretensión?

Solución al ejemplo 1

Hipótesis de trabajo: P podría exigirle a D el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión de bien jurídico (+), porque P sufrió la fractura de su pierna derecha y con ello se configura la lesión de su salud en tanto bien jurídico tutelado.
2. Acción dañina de D (+), porque la huída de D constituye un comportamiento activo.
3. Relación de causalidad entre acción dañina y lesión de bien jurídico: Para que surja el derecho al resarcimiento debe haber un nexo causal entre la acción u omisión dañinas y la lesión de un bien jurídico. Así pues, es necesario examinar los niveles de la relación de causalidad:
 - 3.1. Causalidad equivalente (+) porque si D no hubiere huído, entonces P no hubiera saltado por la ventana ni se hubiera fracturado su pierna.
 - 3.2. Causalidad adecuada (+), porque el resultado dañino inflingido a P no está fuera de toda probabilidad, ya que forma parte de las labores propias y esenciales de un policía el perseguir y capturar a los delincuentes. Además, el resultado dañino no se dio, según la relación de hechos del caso,

mediante la inusual concurrencia de determinadas circunstancias.

3.3. Fin de protección de la norma: Con el fin de determinar si concurre, en el caso en cuestión, el tercer nivel de análisis del nexo causal, es menester verificar los tres requisitos de la "fórmula del desafío" („Herausforderungsformel“) establecidos por la jurisprudencia alemana:

- 3.3.1. El damnificado debe haber sido desafiado por la conducta del agente causante del daño, es decir, del perseguido (der Verfolgte, en alemán): Este primer requisito de la fórmula del desafío se configura en el caso en cuestión, ya que P fue desafiado a saltar por la ventana debido a la huída protagonizada por D.
- 3.3.2. El fin de la persecución debe estar en una razonable relación con el riesgo que la persecución lleva consigo: Este segundo requisito de la fórmula del desafío está presente en el caso que nos ocupa, ya que forma parte del trabajo y funciones de un policía el aprehender y perseguir a los delincuentes. Por otra parte, cuando D salta por la ventana, puede válidamente partirse del supuesto de que el policía P tiene bases objetivas para concluir que, al saltar él también por la ventana, ello no constituye un riesgo desproporcionado en relación con el fin de la persecución (Zweck-Mittel-Verhältnis).

3.3.3. El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la persecución: Este requisito también está presente en el caso que nos ocupa pues la fractura de la pierna de P se debe al elevado riesgo generado por la persecución.

Así las cosas, los requisitos de la fórmula del desafío están presentes, por lo cual puede afirmarse también que el tercer nivel del nexo causal, es decir, el fin de protección de la norma, se configura en este caso. Por consiguiente, sí existe relación de causalidad entre la lesión del bien jurídico y la acción dañina del agente causante del daño (+).

4. Antijuricidad (+), pues no hubo ninguna causa de justificación que amparara el comportamiento de D de huir de la policía.
5. Culpa (+), pues D no observó su deber de cuidado consistente en que, con su huida del policía P, era perfectamente previsible y posible que se iba a causar un daño.
6. Aunque de la información del caso no se desprende expresamente, existen bases razonables para pensar que, a causa de la fractura de su pierna, el policía P tuvo que someterse a tratamiento médico, por el cual tuvo que pagar determinada suma de dinero. Bajo este supuesto, hay que concluir que también estarían presentes el

daño (consistente en el pago del tratamiento médico) y la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado (la salud física de P) y el daño causado (+).

Resultado: El policía P tiene derecho a cobrarle a D los daños y perjuicios causados, con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Nota importante: Respecto al caso anterior, es importante acotar que, de acuerdo con el jurista alemán Schwarz¹⁹, si bien a P le asiste el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios frente a D, dicha pretensión resarcitoria se ve disminuida debido a la configuración de culpabilidad concurrente (Mitverschulden, art. 254 párrafo I BGB (Código Civil alemán)) imputable al policía P. Dicha culpabilidad concurrente se justificaría por el hecho de que P, sin la diligencia debida, saltó por la ventana de un lugar que no conocía.

Ejemplo 2²⁰: Debido a un error cometido en una operación por el médico B, al niño N se le extrae el riñón lesionado, con el agravante de que si a N se le hubiese dado el tratamiento médico adecuado, entonces su riñón habría podido ser salvado. Por otra parte, N, desde su nacimiento, solamente poseía un riñón, razón por la cual, a causa del error médico cometido, M, la madre de N, consiente en que se le extraiga a ella un riñón para que se le implante a su hijo N. M le exige a B el resarcimiento de daños y perjuicios. ¿Le asiste derecho en su pretensión?

19 Schwarz, op. cit., página 420, Rdn. 148.

20 BGHZ 101, 215 (sog. „Nieren-Fall“)

Solución al ejemplo 2

Hipótesis de trabajo: M podría exigirle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión de un bien jurídico (+), ya que la extracción del riñón de M representa para ella la lesión del bien jurídico salud.
2. Acción dañina (+), pues el médico B incurrió en un error médico al operar a N.
3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico: Para determinar la configuración de este requisito es menester comprobar la presencia de los tres niveles del nexo causal:
 - 3.1. Causalidad equivalente (+), porque si B no hubiese cometido el error médico en la operación, no habría sido necesario que se le hubiera extraído el riñón a M ni tampoco ésta hubiera permitido que, voluntariamente (por decisión de ella), se le extrajera uno de sus riñones.
 - 3.2. Causalidad adecuada (+), pues la donación de un órgano para un familiar cercano no constituye una circunstancia inusual o extraordinaria ni suele constituir un peligro fuera de lo normal para el donante.
 - 3.3. Fin de protección de la norma: El caso en cuestión plantea la otra temática (**casos de auxilio necesario**

(**Nothilfefälle**) a la cual también resulta aplicable la fórmula del desafío y por ello hay que analizar si concurren los requisitos de dicha fórmula:

- 3.3.1. El damnificado debe haber sido desafiado por la conducta del agente causante del daño: Con base en el caso que nos ocupa, sí es posible afirmar que este primer requisito de la fórmula del desafío se configura, pues M es desafiada, ya que el médico B provoca un estado de peligro tal que, tratándose de parientes muy cercanos (su hijo), mueve a M, en aras de salvar la vida de su hijo, a asumir una lesión de su propio cuerpo (la extracción de uno de sus riñones).
- 3.3.2. La finalidad y el riesgo están en una relación adecuada: Para salvar y mejorar la vida de su hijo (finalidad), M se expone a un menoscabo en su salud, mediante la extracción de uno de sus riñones (medio). La relación medio-finalidad se cumple y es adecuada y razonable.
- 3.3.3. El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la acción dañina del agente causante del desafío: Este requisito también está presente porque la extracción del riñón de M representa un típico riesgo originado por la operación errónea cometida por el médico B.

Así las cosas, se concluye que los tres requisitos de la fórmula del desafío están presentes en el caso

(+). Al ser ello así, se configura plenamente el tercer y último nivel del nexo causal (+), por lo cual sí se da la relación de causalidad entre la lesión del bien jurídico y la acción dañina del agente (+).

4. Antijuricidad (+), porque no hay ninguna causa de justificación que ampare la conducta negligente del médico B. El consentimiento de M para que se le extraiga su riñón no funge, en el caso concreto, como causa de justificación, ya que, desde el punto de vista teleológico, dicha causa de justificación no abarca los casos en los que se coloque al derechohabiente en una situación que, para salvar a su hijo, se convierta en una víctima de una lesión a su propia salud.
5. Culpa (+), porque el médico B no observó su deber de cuidado y cometió un error al operar a N.
6. Aunque de la información del caso no se desprende expresamente, existen bases razonables para pensar que, a causa de la extracción de su riñón, M tuvo que someterse a tratamiento médico, por el cual tuvo que pagar determinada suma de dinero. Bajo este supuesto, hay que concluir que también estarían presentes el daño (consistente en el pago del tratamiento médico) y la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado (la salud física de M) y el daño causado (+).

Resultado: M sí puede exigirle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil, los cuales consistirían en los daños materiales derivados de la operación de extracción de su riñón, así como el daño moral.

2.3.2. Daños causados por Schock („Schockschäden“)

Bajo este epígrafe la doctrina civil alemana trata el tema del resarcimiento de daños causados en la psique del damnificado (**sof. psychische Kausalität**), tales como ataques nerviosos, conmociones y otros, tal que se deriven de un hecho dañino causado por otro sujeto.

Ejemplo: Al enterarse de que su esposo falleció en una colisión causada por X, la señora S sufre un ataque nervioso de tal magnitud, que para su cura requiere tratamiento médico. ¿Podría la señora S exigirle a X el resarcimiento de los gastos ocasionados por el tratamiento médico?

En Alemania, la jurisprudencia (BGHZ 56, 163) reconoce el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por los llamados „**Schockschäden**“ cuando concurren los siguientes requisitos²¹:

- 2.3.2.1. Es indispensable que el damnificado haya sufrido un menoscabo en su salud tal que, según la forma como ocurrió y su gravedad, vayan más allá de

21 Schwarz, op. cit., página 413, Rdn. 139; Hemmer/Wüst, Deliktsrecht I., 7. ed., 2003, página 44, Rdn. 75; Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4 ed., 2003, página 384.

una simple lesión de su estado de salud, tal y como sucede en los casos en que, de acuerdo con la experiencia, la noticia de la muerte de un ser querido suele producir daños de tipo psíquico en su núcleo familiar. En este sentido es necesario aclarar que el dolor, la tristeza, la depresión o conmociones nerviosas, por sí solas, no son suficientes para pretender el resarcimiento de daños y perjuicios a título de „**Schockschäden**“. Solamente cuando se está en presencia de una lesión traumática de la salud física o psíquica, la cual requiera tratamiento médico, sea médicamente comprensible y que por ello posea el atributo de enfermedad, es que se configura el requisito para el resarcimiento del daño por concepto de „**Schockschaden**“.

2.3.2.2. El Shock debe ser comprensible, lo cual, generalmente, ocurre en los casos de accidentes o sucesos muy graves. Una hipersensibilidad ante acontecimientos aciagos no se le puede atribuir al agente causante del daño.

2.3.2.3. El resarcimiento del Schockschaden solamente puede ser exigido por parte de familiares cercanos a la víctima

directa del daño. Por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito, un matrimonio pierda sus hijos (OLG Nürnberg NZV 1996, 367) o bien que el cónyuge de una persona resultara mortalmente lesionado (BGHZ 56, 163).

2.3.3. Lesión de bien jurídico y causación de daños por un tercero (Rechtgutverletzung und Schadensverursachung durch Dritte)

Existen casos en los que, además de que el agente causante del daño lesiona un bien jurídico del damnificado, un tercero causa otro daño en otro bien jurídico del mismo damnificado o bien en la esfera jurídica de otra persona.

Ejemplo: T y U protagonizan una colisión de la cual U fue el responsable. Como consecuencia de ella, T sufre un golpe en la cabeza que lo dejó inconsciente. Estando en el hospital y habiendo recuperado el conocimiento, T se percata de que no porta su reloj valorado en cien mil colones que él portaba en el momento en que ocurrió la colisión. No está claro si el reloj le fue sustraído a T en el lugar de la colisión o bien a la hora de ser trasladado al hospital. ¿Puede T exigirle a U el cobro de daños y perjuicios por la pérdida del reloj?

Ante casos como el anterior, la doctrina civil alemana soluciona el punto de la siguiente manera²²: El actuar culposo de un tercero se le atribuye siempre al primer agente causante

22 Hemmer/Wüst, Die 45 wichtigsten Fälle zum Deliktsrecht, 2004, pagina 66 y ss.

del daño. El actuar doloso del tercero no se le atribuye al agente causante del daño. No obstante, cuando el primer agente causante del daño ha propiciado, con su conducta culpable y antijurídica, que un tercero dolosamente cause otro daño al damnificado, entonces

dicho daño sí se le puede atribuir al primer agente causante del daño.

Así las cosas, en el ejemplo arriba mencionado, T sí podría exigirle a U el pago de los daños y perjuicios causados por la pérdida del reloj.

BIBLIOGRAFÍA

Belke, Rolf, **Prüfungstraining Zivilrecht. Band I: Fallbearbeitung und Anspruchsmethode**, 2. ed., 1995.

Creifelds, Carl, **Rechtswörterbuch**, 17. ed., 2002.

Eckert, Jörn, **Schuldrecht Besonderer Teil**, 2. ed., 2005.

Hemmer/Wüst, **Die 45 wichtigsten Fälle zum Deliktsrecht**, 2004.

Hemmer/Wüst, **Deliktsrecht I**, 7. ed., 2003.

Jauernig, Othmar, **BGB Kommentar**, 11. ed., 2004.

Klunzinger, Eugen, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, 12. ed., 2004.

Medicus, Dieter, **Bürgerliches Recht**, 20. ed., 2004.

Olzen/Wank, **Zivilrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium**, 4. ed., 2003.

Schellhammer, Kurt, **Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen**, 6. ed., 2005.

Schmidt/Brüggemeier, **Zivilrechtlicher Grundkurs**, 6. ed., 2002.

Schwarz, Günter Christian, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 2003.

Wörlen, Rainer, **Schuldrecht BT**, 7. ed., 2005.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LA BIOSEGURIDAD EN AMERICA¹.

JORGE CABRERA MEDAGLIA²

1. Introducción.

Los marcos legales e institucionales relacionados con la denominada biotecnología moderna, y en particular con la bioseguridad, se encuentran en continuo estado de cambio y evolución ante el surgimiento de procesos nacionales, regionales e internacionales que así lo demandan. Adicionalmente, a diferencia de lo que ha ocurrido con otras tecnologías e innovaciones agropecuarias, el trasfondo normativo y de políticas públicas que permea el desarrollo de estas nuevas tecnologías, resulta mucho más complejo en términos de escenarios, actores y reglas. Basta con mencionar, como se explicará más adelante, la reciente entrada en vigencia del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología Moderna (de ahora en adelante el PC); las directrices del Codex Alimentarius en materia de inocuidad de alimentos producidos mediante Organismos Vivos Modificados (OVM)³ y eventualmente con respecto al etiquetado de los mismos; las implicaciones

de otros regímenes como el Tratado de la FAO sobre los Recursos Genéticos Vegetales para la Alimentación y la Agricultura (TI) y de las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), especialmente las relativas a las medidas sanitarias y fitosanitarias y los obstáculos técnicos al comercio; etc. En síntesis el escenario jurídico e institucional relacionado con las nuevas agrobiotecnologías y con la bioseguridad resulta complejo y se encuentra integrado por una rica gama de instituciones y marcos legales nacionales, regionales y multilaterales de la más diversa índole.

2. Impactos y retos de los marcos regulatorios en bioseguridad para el desarrollo y uso de las agrobiotecnologías.

Con respecto a la investigación y el uso de OVM Alarcón nos presenta el siguiente panorama en América Latina⁴: la región alberga cerca del 27 por ciento de los cultivos transgénicos del

1 Este documento utiliza alguna información preparada para el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA). Se agradecen los comentarios del Dr. Enrique Alarcón.

2 Abogado especialista en derecho ambiental. Asesor Legal del INBio. Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica.

3 El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en Biotecnología Moderna, emplea el término organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, mismo que será utilizado a lo largo de este documento.

4 Cfr también el estudio de Traxler sobre la experiencia con OGM en América del Norte y Suramérica, 2004. En el estudio se analizan el uso, adopción y beneficios de los OGM (Algodón Bt y soya RR) en las regiones citadas.

mundo, ocupando un segundo lugar después del conjunto de Canadá y los Estados Unidos que representan un 65 por ciento. En total el continente contiene un 92 por ciento de los cultivos genéticamente modificados. Diversos estudios reportan siembras comerciales (Clives 2004 y Runge 2004⁵) en Argentina, Brasil, México, Uruguay, Honduras, Colombia y Paraguay. Existe igualmente exportación de OVM (“winter nursery”) en Chile y Costa Rica, cuya comercialización interna no se encuentra autorizada. En términos generales los principales cultivos transgénicos son: soya, algodón, maíz, claveles, papa y canola. Esencialmente se ha trabajado con cuatro características: tolerancia a herbicidas/insectos; resistencia a insectos (Bt); resistencia a virus y bacterias; y resistencia a hongos y bacterias. Igualmente en términos de experimentación la región cuenta con un número importante de laboratorios y centros de excelencia que trabajan con agrobiotecnologías, así como con investigación en un amplio espectro de cultivos: banano, café, tomate, arroz, girasol, papaya, yuca, hortalizas, caña de azúcar; camote, alfalfa, tabaco, frutas, flores, ayote y algunas especies forestales⁶.

Desde el punto de vista del marco legal e institucional los países de América tradicionalmente han abordado la seguridad biológica, término más amplio que la

bioseguridad, mediante marcos normativos relacionados con las medidas sanitarias y fitosanitarias y en ocasiones con la introducción de especies exóticas (Brañes y Rey, 2000). No es de extrañar que en un inicio, y aún hoy en algunas naciones, leyes de sanidad vegetal o animal, semillas, plaguicidas u otras similares hayan sido utilizadas como el marco regulatorio en materia de OVM de uso agrícola⁷

No obstante, las naciones de América se enfrentan al reto de regular la biotecnología moderna al cual ha respondido con una serie de políticas y desarrollos legislativos de interés como veremos. Asimismo, estos marcos regulatorios se encuentran en proceso de adopción de manera relativamente rápida⁸. Lo anterior, debido fundamentalmente a cuatro factores:

1. Las solicitudes de empresas para realizar pruebas de campo y posteriormente la comercialización de OVM han traído consigo la necesidad de adecuar, interpretar o promulgar marcos legales apropiados para responder a las mismas.
2. La firma, adopción y entrada en vigencia- el 11 de setiembre del 2003- del Protocolo de Cartagena ha otorgado un singular impulso a los procesos de reformas legislativas o redacción de marcos regulatorios en

5 La publicación (James, 2005) del International Service for Agrobiotechnology Applications Acquisition (ISAAA) correspondiente a los datos del 2004 únicamente se encuentra disponible en su versión corta (Brief). No obstante, en general se reafirman las tendencias y datos reportados en el 2004 correspondientes al 2003.

6 En la página web de REDBIO se puede encontrar información de interés sobre el estado de la biotecnología en la región www.redbio.org

7 Gradualmente, sin embargo, algunos países han iniciado procesos de adopción de marcos normativos específicos sobre o Perú con la Ley No 27104.

8 Por ejemplo, la adopción e implementación de marcos relativos al acceso a los recursos genéticos- contemplada en los artículos 3 y 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica- ha sido más lenta. A la fecha existen uno 20 países con algún tipo de regulación en dicha materia y unos 65 involucrados en la redacción de normativa, Cfr Cabrera, 2004 y Gatforth, López, Cabrera y Nemogá, 2005.

materia de bioseguridad, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por dicho instrumento internacional particularmente en el contexto del sistema de verificación que se ha previsto⁹.

3. La existencia de una número importante de proyectos e iniciativas para construir capacidades y desarrollar reglas legales, dentro de los cuales destacan, los Proyectos financiados por el Global Environmental Facility (GEF) y ejecutados por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP)- de ahora en adelante nos referiremos a ellos como Proyectos GEF-UNEP- con el propósito de: 1. desarrollar marcos regulatorios; 2. implementar marcos regulatorios; y 3. fortalecer la operación del Mecanismo de Intercambio de Información (Clearing House).
4. La creciente comercialización de OVM, especialmente en el caso de los OVM para alimento, alimentación y procesamiento (commodities).

Aunque la formulación de un régimen legal depende de las situaciones particulares de cada país, incluyendo su tradición o sistema jurídico, su administración pública y las realidades económicas y sociales, se ha indicado que un marco regulatorio nacional en materia de bioseguridad debería considerar:

- Una política en materia de bioseguridad, en ocasiones como parte integrante de una política más amplia sobre biotecnología o biodiversidad.
- Un sistema regulatorio
- Un mecanismos para administrar las solicitudes y permisos, y en el caso del PC las notificaciones (sistema administrativo)
- Un mecanismo para monitorear e inspeccionar
- Un sistema para permitir la participación e información del público¹⁰

En este sentido, los tomadores de decisiones se encuentran ante un reto importante. La biotecnología y la bioseguridad son dos áreas que cambian rápida y constantemente. Por ende, se debe tratar de alcanzar un equilibrio entre la adopción de marcos regulatorios con gran precisión y detalle, con el consecuente riesgo de volverlos obsoletos al poco tiempo; o bien preparar sistemas legales que únicamente prevean elementos o guías, dejando a los reglamentos u otros acuerdos, la tarea de desarrollar los aspectos puntuales. Esta última opción permite una mejor regulación futura, pero a la vez las decisiones ulteriores

9 Véase el artículo 34 del Protocolo, el cual estipula que la Primera Reunión de las Partes del Protocolo debía aprobar procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento y resolver casos de incumplimientos, lo cual podría eventualmente incluir algún tipo de medida de carácter comercial.

10 Estos son básicamente los elementos propuestos por el Proyecto GEF-UNEP sobre Bioseguridad, cfr. UNEP Training Manual, Implementing National Biosafety Frameworks en www.unep.ch/biosafety. Igualmente compárese con M.A. Lean et al. "A conceptual framework for implementing biosafety: linking policy, capacity and regulation, ISNAR, en línea en www.isnar.cgiar.org y con Burachik y Traynor, An analysis of a national biosafety system: regulatory policies and procedures in Argentina, ISNAR Country Report No. 63, abril del 2002.

se dejen en manos del Poder Ejecutivo u otras instituciones y no del Parlamento (Gatforth, 2004).

En todo caso, conocer el régimen legal e institucional de la bioseguridad en la región es una tarea difícil¹¹, pero ineludible para promover el uso seguro de las agrobiotecnologías, maximizando sus beneficios y minimizando los riesgos para el ambiente y la salud humana. A la vez la falta de marcos regulatorios en bioseguridad ha sido considerada una de las causas de la lenta adopción, en muchos países, de esta tecnología (Trigo et al, 2000¹², Paarlberg, 2000, Cohen, 2005¹³). En este sentido debe reconocerse que el proceso de adopción de leyes y regulaciones ha enfrentado importantes dificultades para su implementación, entre las cuales destacan la ausencia de capacidades técnicas y científicas y la creciente presión de los grupos que se oponen al desarrollo y uso de estas tecnologías. Lo anterior ha traído consigo que los costos de cumplir con las normas en materia de bioseguridad, las cuales en ocasiones no resultan claras, sean considerables. Por ejemplo, según

datos de Cohen ¹⁴(2005) en Brasil el costo de cumplir con el marco regulatorio para un solo evento de transformación (incluye pruebas de campo y requisitos de seguridad de alimentos) ha oscilado entre \$ 700.000 para papaya resistente a virus y \$ 4 millones en el caso de soya resistente a herbicidas. Por ello, el diseño de los regímenes legales en bioseguridad tiene un impacto decisivo en la creación de un entorno favorable para el desarrollo y uso de las agrobiotecnologías desde tres perspectivas. Primero, el gobierno y la sociedad requieren contar con reglas mínimas que permitan evaluar el desarrollo y uso de estas tecnologías, de forma que se reduzcan o eliminen los efectos negativos que puedan conllevar sobre la biodiversidad y la salud. Segundo, el sector privado y los centros de investigación demandan un marco normativo que les brinde certeza sobre los requisitos y condiciones que deben ser cumplidas para poder desarrollar y usar los OVM. Tercero, la estructura misma del marco regulatorio puede, dependiendo de su diseño jurídico, traer consigo costos considerables y tiempos de respuesta extensos a las diferentes solicitudes, especialmente en el caso de la comercialización de OVM.

-
- 11 Dificil por la continua transformación de la normativa en la materia y por la coexistencia de legislación que indirectamente se relaciona con la bioseguridad, como por ejemplo, leyes de semillas, Códigos de Salud, etc.
- 12 Otras que se citan son inadecuados derechos de propiedad intelectual y sistemas de distribución de semillas y preservación de la identidad poco eficientes o inexistentes.
- 13 Cfr las interesantes reflexiones de Cohen sobre las dificultades para poder cumplir con los procesos regulatorios. El autor enumera 8 razones que pueden explicar la lentitud en la comercialización de OVM en países en desarrollo (no exclusivamente de América).
- 14 Cfr otros datos para el caso de Costa Rica y Kenya en el estudio citado.

3. Marcos institucionales y legales en materia de bioseguridad en América

En el siguiente cuadro se presentan el estado de la legislación en materia de bioseguridad

en la región. Posteriormente se realiza un análisis de las tendencias observadas¹⁵, ante la imposibilidad, por razones de espacio, de abordar con detalle todos los marcos normativos en vigencia.

Cuadro 1.

Marcos legales e institucionales sobre bioseguridad en América.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Canadá	Seeds Act Seeds Regulations Feeds Act Feeds Regulations Plant Protection Act Plant Protection Regulations Health Animals Fisheries Act Food and Drugs Act Canadian Environmental Protection Act Regulatory Directive (release of plants with novel traits within contained field trials) Regulatory Directive (assessment criteria for determining environmental safety of plant with novel traits) Guidelines for the safety assessment of novel feeds Guidelines for the regulation of veterinary biologics produced by biotechnology Guidelines for the notification and testing of New Substances Regulatory Directive: import permit requirements for plants with novel traits and their products.	Principalmente el "Canadian Food and Inspeccion Agency" para el caso de plantas con "novel traits".	El sistema regulatorio de Canadá se basa en el Federal Regulatory Framework for Biotechnology. La Ley de Protección Ambiental de 1999 (CEPA) contempla el principio precautorio. El Acta aplica en los casos en que no existe una regulación particular, por lo cual fundamentalmente regula microorganismos y ciertos tipos de animales genéticamente alterados. Existe un "Canadian Biotechnology Advisory Committee"	No existen disposiciones obligatorias. Existen lineamientos voluntarios para indicar si un producto es o no derivado de biotecnología.	Por su naturaleza se regulan diferentes actividades, OVM y sus productos, según las competencias de cada Agencia.

15 Las fuentes utilizadas han sido diversas, entre ellas podemos citar las siguientes: el sitio web de BINAS; Proyecto GEF-UNEP www.unep.ch/biosafety; REDBIO www.redbio.com, el Convenio sobre la Diversidad Biológica www.biodiv.org; ISAAA, www.isaaa.org; estudios previos de Alarcón (2002); Trigo et al (2001); Brañes y Rey (2001); Schaper y Parada (2001); páginas web de autoridades reguladoras nacionales; estudios específicos de países y comunicaciones personales.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
E s t a d o s Unidos	Federal Food, Drug and Cosmetic Act Federal Plant Pest Act Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act Toxic Substances Control Act	Departamento de Agricultura (USDA), Servicio de Inspección de Plantas Y Animales para las pruebas de campo con OVM. Agencia de Protección Ambiental (EPA): OVM que poseen propiedades de control de plagas. Administración de Alimentos Y Drogas (FDA): seguridad de alimentos y alimentación animal relativos a OVM	Cada Agencia se encarga de la observancia de la legislación indicada la cual se aplica a los OVM.	No existen disposiciones obligatorias. Si se cuenta con lineamientos voluntarios.	Por su naturaleza se regulan los diferentes OVM y sus productos según las competencias de cada Agencia.
México	Ley Federal de Sanidad Vegetal Ley Sobre Producción, Certificación y Comercio de Semillas Ley de Desarrollo Rural Sostenible (incluso desde la perspectiva del fomento de las agrobiotecnologías) Norma-056-FITO-1995 requisitos para la movilización nacional, importación y establecimiento de pruebas de campo de organismos manipulados mediante la aplicación de ingeniería genética Código Penal Federal, art 420 (delito relacionado con actividades no autorizadas de OVM)	Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca para usos agrícolas. Secretarías de Ambiente y Recursos Naturales y de Salud	Comisión Intersectorial de Bioseguridad y Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM, creada por Acuerdo del 5 de noviembre de 1999), se establecen sus objetivos e integración y se constituye un Consejo Consultivo de Bioseguridad. La Comisión cuenta con un Comité Técnico. Se cuenta con las reglas de operación de la CIBIOGEM publicadas en el Diario Oficial el 13 de noviembre del 2000. La CIBIOGEM funciona como una Comisión encarga de políticas y coordinación. Los aspectos técnicos los maneja el Consejo Consultivo	Ley General de Salud (arts 98 y 282 Bis, Bis-1 y Bis 2); reglamento de control sanitario de productos y servicios (arts 164 y 165): Se exige notificar a la Secretaría de Salud sobre aquellos productos biotecnológicos o derivados de estos que se destinen al uso o consumo humano. Las normas oficiales establecerán las especificaciones relacionadas con el proceso, características y etiquetas de los productos objeto de este capítulo.	La Norma 056 es solo para uso agropecuario (ingeniería genética), pero la CIBIOGEM y el sistema regulatorio general abarcan otros OVM.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
	Nueva Ley sobre Bioseguridad aprobada el 15 de febrero del 2005.			Los responsables de los productos biotecnológicos para uso o consumo humano, deben presentar la información sobre su inocuidad y estabilidad. La comercialización de dichos productos esta sujeta a la evaluación que se haga de la información solicitada.	
				Las etiquetadas deberán contener información respecto de las características y riesgos que presentan para la salud a juicio de la Secretaría. Otras normas en el reglamento a la Ley General de Salud en materia de publicidad.	
Belize	Belize Agricultural Health Authority Act 47 de 1999 Se trabaja en propuesta de marco regulatorio en OVM.		El Acta contempla aspectos relacionados con la bioseguridad y los OVM. Un Comité Nacional de Bioseguridad fue creado en el 2002, el cual tiene la competencia de resolver solicitudes caso por caso.	No especificos	Básicamente vegetales.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Costa Rica	Ley de Protección Fitosanitaria y su reglamento Ley de Biodiversidad Proyecto de nuevo marco regulatorio sobre OVM en general.	Ministerio de Agricultura (MAG), Servicio de Protección Fitosanitario Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad del Ministerio de Ambiente con ciertas potestades de revocar decisiones del MAG en la materia.	Existe Comisión Nacional de Bioseguridad adscrita al MAG, integrada por Ministerios, incluyendo ambiente, Academia Nacional de Ciencias y recientemente organizaciones no gubernamentales Oficina Nacional de Semillas participar en la supervisión de OVM semillas.	Ministerio de Salud ha creado una Comisión Institucional en la materia. No existen. Reglamentos sobre etiquetado-trazabilidad. La Ley de Protección Fitosanitaria indica que la autorización del OVM no implica su aprobación como alimento. Proyecto de Ley de etiquetado y trazabilidad en la Asamblea	OVM de uso agrícola únicamente. Biotecnología se define como ingeniería genética.
El Salvador	Artículo 68 de la Ley del Ambiente establece la obligación del Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, con el apoyo de instituciones especializadas, de aplicar las normas de seguridad a las que habrán de sujetarse las variedades resultantes de la acción humana mediante la biotecnología a fin de minimizar su impacto adverso en la diversidad biológica nativa. Art 21 requiere de evaluación de impacto ambiental a la producción de OVM. Ley de Semillas No 530, del 2001, art 30 prohíbe la importación, investigación, producción y comercialización de semillas transgénicas. Elaborado reglamento a la Ley del Ambiente en Bioseguridad	Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales	No existen Comités o Comisiones.	No específicas	Variedades resultantes de la acción humana mediante biotecnología.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Guatemala	Reglamento específico para OVM de uso agrícola: Acuerdo 393-98 del 28 de agosto de 1998 (modificado por reglamento 476-98 MAGA). Finalizado borrador de marco regulatorio (Proyecto GEF-UNEP)	Ministerio de Agricultura y Alimentación (MAGA). La importación y pruebas de campo las aprueba el Ministerio de Agricultura y Alimentación (MAGA). Se debe presentar un Protocolo de experimentación aprobado por el ICTA.	Se requiere de un dictamen técnico de una Comisión formada por autoridades de investigación, semilleros, universidades	No específicas	Importación para fines experimentales de OVM para uso agrícola únicamente.
Honduras	Reglamento de bioseguridad con énfasis en plantas transgénicas (Acuerdo 1570-98). Otras referencias en el reglamento de cuarentena, Acuerdo 1618 del 26 de setiembre de 1997 y en la Ley Fitozoosanitaria No 154-94.	Servicio Nacional de Semillas (SENASA)(encargado de designar las autoridades competentes).	Comité Nacional de Bioseguridad parte de la Comisión Nacional de Biodiversidad, formado por instituciones públicas, universidades y productores.	No específicas	Su ámbito se limita a técnicas de ADN recombinante y aquellas que suponen la incorporación directa en una célula de material hereditario preparado fuera de ella. El uso regulado es tanto el contenido como la liberación al ambiente y la comercialización de plantas.
Nicaragua	Ley de Sanidad Animal y Vegetal, No 291 y su reglamento, reformado por decreto ejecutivo 59-2003 del 8 de agosto del 2003, el cual adiciona un nuevo Capítulo XVI denominado "análisis del riesgo de OVM" El proyecto de Ley de Biodiversidad contempla la bioseguridad. Proyecto GEF-UNEP elaboraría marco regulatorio.	Ministerio Agrícola y Forestal (MAGFOR) a través de la Dirección de Protección y Sanidad Agropecuaria	Comisión Nacional de Análisis de riesgos de OVM (CONARGEM), adscrita al MGA-FOR, integrada por instituciones públicas, incluido ambiente y universidades. Emite dictamen técnico no vinculante para el Ministro	Se prevé la redacción de una norma sobre el manejo, transporte y etiquetado de semillas OVM basado en la Ley de Normalización Técnica y Calidad	Uso confinado, prueba y ensayos de campo, evaluación de cultivares, multiplicación de semillas, producción o importación para consumo directo o transformación, y "otras aplicaciones"

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Panamá	<p>La Ley No 47 del 9 de julio de 1996 por la que se dictan las medidas de protección fitosanitaria y se adoptan otras disposiciones, contiene normas generales sobre OVM.</p> <p>Por su parte, la Ley No 49 del 8 de agosto del 2002, crea la Comisión Nacional de Bioseguridad para los organismos genéticamente modificados y dicta otras disposiciones. Aunque la normativa no desarrolla un marco regulatorio si prevé que el mismo se establezca mediante resuelto ministerial. El MIDA deberá coordinar con el Ministerio de Salud, la ANAM, la Secretaría de Ciencia y Tecnología la elaboración del reglamento y procedimiento de bioseguridad.</p>	<p>Los permisos para realizar actividades de investigación, manejo confinado, ensayos con organismos genéticamente modificados en invernadero, casa malla, lotes experimentales y desarrollo tecnológico a nivel de investigación, serán autorizados o negados por los Comités Sectoriales de Bioseguridad Ambiental, Agropecuaria y de Salud, que enviarán las respectivas actas de reuniones deliberativas y de análisis técnicos de riesgo a la Secretaría Técnica de la Comisión (art 9). La Ley establece las competencias específicas del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, cuando se afecten los sistemas de producción agropecuaria; del Ministerio de Salud cuando se afecte la salud humana y sea necesaria su protección; del Ministerio de Comercio e Industrias, para coordinar políticas comerciales, incluyendo las relativas a los OVM; del Ministerio de Relaciones Exteriores, con relación a la con relación a la política exterior y suscripción de acuerdos; de la ANAM, en general para normar, regular y controlar el acceso a los recursos genéticos y cumplir con las obligaciones internacionales en la materia; de la Secretaría de Ciencia y Tecnología, como entidad competente para la promoción y el fomento de las investigaciones para el desarrollo y transferencia de biotecnología (art 10 al 13).</p>	<p>La Comisión Nacional integrada por Ministerios, incluyendo Ambiente y Relaciones Exteriores y representantes de la sociedad civil, sector privado y de las universidades. Se crea una Secretaría Técnica, así como Comités Sectoriales de Bioseguridad Agropecuaria y Ambiental y de Salud para la reglamentación, análisis del riesgo, monitoreo y actividades relacionadas con OVM en sus campos.</p> <p>La Resolución 011 de 23 de enero de 2002 del Ministerio de Salud crea el comité nacional de bioseguridad; el Decreto Ejecutivo 137 de 29 de mayo de 2001 crea la comisión nacional de bioseguridad y bioética el Ministerio de Desarrollo Agropecuario (MIDA).</p>	No específicos	<p>Ley No 49 dispone que se pretende para prevenir los riesgos y minimizar los impactos sobre el ambiente, la diversidad biológica, la salud humana y la producción agropecuaria que se puedan causar como resultado de las actividades que se realicen con OVM (art 1).</p> <p>La Ley No 47 Requiere de la autorización para importar, investigar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar y comercializar plantas transgénicas o sus productos, agentes de control biológico y otros tipos de organismos para uso en agricultura.</p>

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Bolivia	Reglamento de Bioseguridad Decreto No 24676 de junio de 1997.	Ministerio de Desarrollo Sostenible	Comité Nacional de Bioseguridad integrado por diversas instituciones públicas.	No específicas	OVM en general
Colombia	Resolución No 3492 del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA del 22 de diciembre de 1998, que reglamenta y establece el procedimiento para la introducción, producción, liberación y comercialización de OVM y se dictan otras disposiciones Resolución No 2935-2001 de octubre del 2001 aplicable a OVM para salud y producción pecuaria	Instituto Colombiano Agropecuario/Ministerio de Agricultura	Existe un Consejo Técnico Nacional (adscrito al ICA) para la introducción, producción, liberación y comercialización de OVM de uso agrícola y otro para aquellos de uso pecuario, integrado por instituciones públicas, incluido ambiente, universidades, productores y usuarios. Recomienda las solicitudes y en general asesora	No específicas. Las semillas y demás material de reproducción destinadas a la siembra deberán tener un rótulo con la frase organismo genéticamente modificado.	Las actividades indicadas en materia de OVM de uso agrícola y pecuario. Se aplica a OVM alterados mediante la introducción de material genético o la alteración del genoma
Ecuador	Constitución art. 89 "El Estado adoptará medidas orientadas a...3. "Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos vivos modificados" Ley de Gestión Ambiental adoptada el 30 de julio de 99, art .9.1 otorga la competencia en Bioseguridad al Ministerio de Ambiente Borrador de Propuesta de reglamento y política nacional en bioseguridad Borrador de Ley de Biodiversidad	Ministerio de Ambiente	Comisión Nacional de Bioseguridad, adscrita al Ministerio del Ambiente integrado por organizaciones públicas y privadas, incluyendo consumidores, ONG, productores y campesino.	Una mención al tema contiene la Ley de Defensa al Consumidor del Ecuador – 10 de julio del 2000- la que por su Artículo 14 establece que el rotulado de alimentos debe indicar si se trata de un organismo genéticamente modificado.	Ley del Ambiente se refiere en general a OVM.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Perú	Ley No 27104 de 1999, sobre Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología y su reglamento, Decreto No 108-2002-PCM. Ley Marco sobre Sanidad Agraria, Art. 30 remite a las medidas adoptadas por la Autoridad Nacional en Materia Sanitaria. Otras menciones a biotecnología y bioseguridad en Ley sobre la Conservación y el aprovechamiento sostenible de la Diversidad Biológica, No 26839	Órganos sectoriales competentes (autorizan y supervisan): Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria (INEA) en agricultura; Viceministro de Pesquería en pesca; y la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud en salud	Cada Órgano Sectorial recibe apoyo de los Grupos Técnicos Sectoriales, con funciones de revisar solicitudes y emitir recomendaciones. Consejo Nacional Ambiental, CONAM, posee una Unidad de Biotecnología y Bioseguridad Comisión Nacional de Diversidad Biológica actuará como instancia consultiva y de asesoramiento y concertación en la materia	No específicos	Actividades de investigación, producción, introducción, manipulación, transporte, almacenamiento, conservación, intercambio, comercialización, uso confinado y liberación de OVM.
Venezuela	Ley de Diversidad Biológica, publicada en mayo del 2000, título VIII "Del desarrollo y de la transferencia de biotecnología" y IX "De la Bioseguridad y de la ética" Se trabaja en el reglamento a la Ley en materia de Bioseguridad.	Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales se encarga de aplicar la Ley de Biodiversidad y es el punto focal del CBD. El borrador de reglamento prevé como autoridades competentes a los encargados de Salud, Agricultura, Ambiente y Ciencia y Tecnología.	Decreto No 2375 del 24 del 04 del 2003 creo la Comisión Nacional de Bioseguridad, integrada por actores públicos, universidades, productores, ONG, consumidores.	No específicos	Las actividades de investigación, desarrollo, producción, utilización, liberación o introducción de cualquier elemento modificado de la diversidad biológica o exótico están sujetas al control autoritario.
Argentina	656-92 Norma para microorganismos OVM. 226-97 (medidas de aislamiento para plantas OVM) No 39 del 11 de julio del 2003 para vegetales OVM No 57 del 18 de julio del 2003 Proyectos de Experimentación, liberación al ambiente de Animales Genéticamente modificados. 644-03 (medidas para evaluación de maíz) 46-04 Registro de OVM Proyectos de Ley en Bioseguridad y Etiquetado	Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación (SAGyP). La resolución 244-04 del 2004 crea la Oficina de Biotecnología en dicha Secretaría. En el sistema regulatorio intervienen también el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agropecuaria, el Instituto Nacional de Semillas y la Dirección Nacional de Mercados Agroalimentarios de la SAGyP.	CONABIA (regulada por Resolución No 124-91, modificada por resoluciones 669-93 y 328-97) : Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria, integrada por sector público, universidades, asociaciones de productores, sociedad argentina de ecología, etc. Asesora al SAGyP Una vez autorizada la liberación al medio puede solicitarse la "flexibilización", mediante la cual futuras liberaciones solo deben presentar información sobre la superficie sembrada, fecha de siembra y cosecha y localización de la liberación.	No específicos. El análisis de la seguridad de los alimentos (a cargo de SENASA) se basa en el concepto de "equivalencia sustancial" (Resolución 412-02).	Plantas, animales, microorganismos.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Brasil	<p>Constitución Política (federal) de 1998, Artículo 225 (fiscalización de entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético).</p> <p>Ley Nacional sobre Bioseguridad, No 8974 de 1995.</p> <p>Decreto No 1.752 1995 y sus reformas que regula la composición y funcionamiento de la Comisión Técnica Nacional sobre Bioseguridad.</p> <p>Medida Provisoria 2137 del 20 -12-2000</p> <p>Medidas provisionarias autorizando la cosecha de soya emitidos en diversos años.</p> <p>Numerosos actos internos (instrucciones) de la Comisión regulando aspectos técnicos relacionados con las actividades de OVM relativas: al certificado de calidad en bioseguridad, el funcionamiento de las Comisiones Internas de Bioseguridad, la importación de vegetales genéticamente modificados destinados a la investigación, la liberación planeada en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, el transporte de organismos genéticamente modificados, la clasificación de los experimentos con vegetales genéticamente modificados, el trabajo en confinamiento con organismos genéticamente modificados, la manipulación genética y la clonación en seres humanos, la intervención genética en seres humanos y la importación de microorganismos genéticamente modificados para su uso en trabajo de confinamiento, entre otras.</p> <p>El 2 de marzo del 2005 se aprobó nueva Legislación en materia de bioseguridad. Firmada el 24 de Marzo.</p>	<p>Comisión Técnica Nacional en Bioseguridad, adscrita el Ministerio de Ciencia y Tecnología.</p> <p>Ministerios encargados de temas de Ambiente, Agricultura y Salud.</p> <p>Los interesados deben obtener además el certificado de calidad ambiental emitido por la Comisión.</p>	<p>Comisión Técnica Nacional en Bioseguridad, adscrita el Ministerio de Ciencia y Tecnología.</p> <p>Compuesta por sector público y sociedad civil.</p> <p>Cuenta con Comisiones Sectoriales Específicas</p> <p>Jurisdiccionalmente se ha requerido someter a la siembra de OVM (soya) a una evaluación de impacto ambiental.</p> <p>El 30 de junio de 1999, el Consejo Nacional de Medio Ambiente de Brasil expidió una resolución en la que reafirmaba la necesidad de la licencia ambiental y la realización del estudio de impacto ambiental para la liberación de transgénicos en el medio ambiente, de acuerdo con referida Resolución 237/97.</p>	<p>Sí, Decreto Federal No 4680 que requiere el etiquetado de alimentos o ingredientes alimenticios OVM (1 por ciento de umbral).</p>	<p>Se regula de manera amplia la construcción, cultivo, manipulación, transporte, comercialización, consumo, liberación y disposición de OVM en general.</p>

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Chile	<p>Resolución No 1523 del 2001 del SAG Normas para la introducción al medio ambiente de organismos vegetales vivos modificados para propagación. Resolución exenta No 3970 del 30 de diciembre de 1997 (autoriza maíz transgénico como alimento animal) Reglamento ambiental para la acuicultura, No 320 del 2001 para el caso de actividades acuícolas con OVM</p> <p>Ley de Bases del Ambiente No 19300 y el Decreto No 30-97 (sistema de evaluación de impacto ambiental) considera como un elemento a ser estudiado para exigir un estudio de impacto si las actividades bajo análisis generan OVM</p>	Servicio Agrícola Ganadero (SAG).	Existe un Comité Técnico de Asesor en Bioseguridad integrado fundamentalmente por el sector público (Resolución 2004/00).	Reglamento sanitario sobre alimentos, No 977-96 modificado en el 2000 exige que la producción, distribución y comercialización de los alimentos y materias primas transgénicas deberán ceñirse para su autorización a las normas técnicas que dicte el Ministerio de Salud. Se prohíbe para los productos lactantes la modificación genética.	Organismos vivos vegetales modificados de propagación resultantes de biotecnología moderna producidos tanto en el país como en el extranjero destinados a ser introducidos en el medio
Paraguay	<p>Decreto No 18481-97 establece la Comisión Nacional de Bioseguridad, cuyo objetivo es atender, analizar y recomendar sobre la introducción, ensayos de campo, investigación, y liberación al ambiente de plantas transgénicas Resolución Bi-Ministerial N° 02. "Requisitos y Procedimientos para la importación de granos de cereales y oleaginosas". Estrategia Nacional de Biodiversidad tiene como uno de sus objetivos establecer un marco regulatorio. En curso de preparación marco regulatorio.</p>	La Comisión asesora al Ministerio de Agricultura y Ganadería. El 20 de Octubre de 2004 y mediante Resolución del MAG N° 1.261, se dispone la inscripción en el registro Nacional de Cultivares Comerciales cuatro variedades de soya (AW7110, AW5581, MSOY 7878 y MSOY 8080).	La integran representantes de instituciones públicas, instituciones científicas, sociedad civil y el sector productivo. Su funcionamiento se estable en la Resolución 01 del 30 de octubre del 2000.	No específicas	Plantas.

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Uruguay	Ley de Protección Ambiental No 17823 del 2000 (art 23) establece que el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Ambiente debe aplicar las medidas para evitar los riesgos derivados de OVM. Solo en caso de no existir autoridades competentes corresponde a este Ministerio otorgar el respectivo permiso. Decreto No 249 del 4 de setiembre del 2000 (Comisión de Bioseguridad)	El Ministerio de Agricultura o el Instituto Nacional de Semillas y para el caso de commodities el Ministerio de Agricultura y el de Economía y Finanzas.	Se crea la Comisión de Evaluación de Riesgos de Vegetales Genéticamente modificados. Dicha instancia esta compuesta por los representantes del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Ambiente.	No específicas	La introducción, uso y manipulación de vegetales y sus partes modificadas genéticamente, cualquiera sea la forma bajo el cual se realicen solo podrá efectuarse previa autorización otorgada por las autoridades competentes
Cuba	Ley del Medio Ambiente, de 1997 artículo 12 inciso h) corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología instrumentar la política ambiental en materia de seguridad biológica y coordinar su implementación. Art 28 se refiere a los productos biotecnológicos en el marco del proceso de evaluación de impacto ambiental. Finalmente, el artículo 88 establece la competencia del Ministerio para regular y controlar los riesgos derivados de la utilización y liberación de organismos vivos modificados por biotecnología. Se cuenta con un Proyecto GEF-UNEP para implementar marcos regulatorios	Ministerio de Ciencia y Tecnología a través del Centro Nacional de Seguridad Biológica (Resolución No 67 del 15 de junio de 1996)	No	No específicos para OVM.	Seguridad biológica en sentido amplio. No se limita a plantas ni únicamente a biotecnología moderna.
Antigua y Barbuda	No específica				
Barbados	No específica. Proyecto GEF-UNEP en curso para preparar marco regulatorio.		Comité Nacional de Biotecnología y Bioseguridad	No específicos	

País	Marco Legal	Instancias que intervienen en el Sistema Regulatorio (para agrobiotecnologías)	Arreglos Institucionales	Etiquetado / Trazabilidad	Ámbito
Guyana	Environmental Protection Act de 1996, Part IV parr. 11 se refiere al control del uso, liberación y mantenimiento de OVM	La Agencia de Protección Ambiental es el ente encargado de la bioseguridad/líder del Comité	Comité Nacional de Bioseguridad, como un Subcomité del Comité de Biodiversidad	No específicos	
Jamaica	No específica. Proyecto GEF-UNEP en curso para preparar marco regulatorio.		Comité Nacional de Bioseguridad formado en 1996. Integrado por el sector público, privado y la academia.	No específicos	
República Dominicana	No existe. En curso de preparación marco regulatorio bajo el Proyecto GEF-UNEP	Secretaría de Estado en Recursos Naturales es el encargado de aplicar el CBD.		No específicos	
Santa Lucía	No específica. En curso un proyecto GEF-UNEP para preparar un marco regulatorio nacional.		Comisión Nacional de Bioseguridad	No específicos	
Trinidad y Tobago	No específica.		Existe un Comité Nacional para el Desarrollo de Regulaciones sobre Bioseguridad de carácter multisectorial, integrado por Universidades, Ministerios, etc.	No específica.	

4. Análisis de los lineamientos de los marcos regulatorios existentes en la Región. Esbozo de algunas tendencias.

Los marcos legales en América han considerados diversos enfoques con relación al tema de la seguridad en la biotecnología moderna, el cual surge a partir de los años 90: a) algunos países han decidido aplicar

legislación preexistente en materia de sanidad vegetal o salud animal, limitándose interpretar sus disposiciones para cubrir los OVM o bien han incorporado en leyes de protección fito o zoonosanitaria disposiciones específicas sobre bioseguridad (tal es el caso de Costa Rica, Nicaragua y Belice, entre otros); b) otros países han acordado establecer reglas legales propias en esta materia sean emanadas de los Parlamentos (Brasil, Perú, Panamá) o

bien por medio de acuerdos o resoluciones dictadas por el Poder Ejecutivo o por entidades del sector público (tal es el caso de Bolivia, Colombia, Chile, México, Honduras, Guatemala, Argentina, Bolivia); c) algunos han introducido la mención de la bioseguridad en leyes de carácter ambiental (destacan acá El Salvador, Venezuela, Ecuador y Uruguay); d) ciertas naciones han considerado aplicar el marco legal existente en materia de semillas, plaguicidas, plantas y animales estableciendo únicamente reglas de coordinación y algunas disposiciones particulares (Estados Unidos y Canadá); e) en algún caso la biotecnología se aborda desde un contexto más amplio de seguridad biológica, que incluye otros tópicos como las especies exóticas (Cuba).

La mayoría de las regulaciones en la materia parten de la tecnología (ingeniería genética fundamentalmente) y no del producto final (con algunas excepciones, como Canadá donde se regulan “plantas con novel traits”). Aunque las definiciones de biotecnología moderna difieren, especialmente en términos de detalle, la ingeniería genética es la técnica cuya regulación, se ha considerado, amerita un marco legal específico.

Reconociendo la complejidad de la bioseguridad y en particular lo relativo al análisis y gestión del riesgo y la diversidad de aspectos que la introducción de un OVM implica, prácticamente todos los países ha establecido un Comité o Comisión Nacional con el objetivo de asesorar (mediante la

emisión de un dictamen) a las autoridades encargadas de tomar las decisiones. La composición de éstas es variada en la región, especialmente la inclusión o no de los sectores productivos, consumidores y organizaciones no gubernamentales, pero la tendencia observada parece ser incorporarlas, aún reconociendo la posibilidad de conflictos de intereses.¹⁶ A la fecha estos Comités o Comisiones se encuentran directamente adscritos al ente regulador o entes reguladores. No obstante, en otros países, también se han creado comisiones nacionales independientes de las autoridades competentes, a las cuales- por el contrario- se les asignan funciones de política y coordinación, dejando las recomendaciones técnicas a otras instancias sectoriales establecidas en cada Ministerio o Secretaría (Panamá, México y con sus particularidades Brasil).

El enfoque originalmente agrícola (plantas transgénicas¹⁷) de la regulación de la bioseguridad, aunque se mantiene en algunos países del continente, tiende a ser sustituido por uno mucho más amplio que considera la bioseguridad en animales, microorganismos, peces, especies forestales, etc. Esta expansión progresiva de la bioseguridad a otras áreas se explica por la necesidad de regular la investigación y eventual comercialización de otros tipos de organismos creados mediante ingeniería genética. A la vez, el PC, cuyo alcance va más allá de las plantas, y el consecuente desarrollo de marcos regulatorios para darle cumplimiento a sus previsiones,

16 Esta afirmación es válida no solo en el caso de sectores productivos o universidades, sino también tratándose de ONG que han manifestado su tajante oposición al uso de OVM.

17 El que desde principios de los noventa la gran mayoría de pruebas de campo o liberaciones comerciales o semi-comerciales fueron de plantas transgénicas explica esta realidad. No obstante, la creciente investigación y desarrollo en animales, peces, forestales y otras conlleva superar esta visión inicial.

conlleven a un gradual aumento del ámbito a ser normado. De igual manera, autoridades de salud integran con mayor frecuencia las comisiones o comités asesores en la materia. Sin embargo, los aspectos de seguridad de alimentos en materia de OVM (food safety) no parecen haber sido abordados de manera comprensiva en América. Algunos parten del concepto de “equivalencia sustancial” y por ende no exigen una regulación distinta o el etiquetado de alimentos, excepto que la modificación genética conlleve cambios en la composición del alimento o la presencia de elementos alergénicos. Pocos países han establecido reglas puntuales en materia de etiquetado o trazabilidad, más allá de algunas estipulaciones generales.

La entrada en vigencia del PC y la mención en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de los OVM (artículo 8 inciso h y 19.3) han traído al debate con mayor fuerza a los Ministerios de Ambiente. Por las razones indicadas en el acápite anterior, han sido tradicionalmente los Ministerios de Agricultura las entidades involucradas en la toma de decisiones sobre los OVM. Gradualmente, las autoridades ambientales comienzan a asumir (y exigir) un papel más activo a la luz del mandato que poseen de proteger el ambiente. Esta tendencia se refuerza con la incorporación en leyes ambientales de aspectos relativos a la bioseguridad, como ha ocurrido en las leyes de biodiversidad de Costa Rica, Venezuela, y Perú; por referencias al tema

en normativa ambiental general en (Uruguay, Guyana, El Salvador, Cuba, Ecuador, etc). En ocasiones, inclusive los transgénicos pueden estar sujetos, al menos en la letra de la ley, a una evaluación de impacto ambiental.¹⁸ Países como Bolivia y Ecuador tienen como autoridades competentes en materia de bioseguridad a Ministerio de Ambiente o sus similares. Las estrategias nacionales de biodiversidad igualmente aluden al desarrollo de marcos regulatorios. En oportunidades ello parece generar alguna tensión entre Ministerios de Ambiente y de Agricultura, los cuales no necesariamente comparten la visión respecto al papel de los OVM en el desarrollo sostenible, particularmente respecto a sus riesgos.

Los mecanismos de participación pública establecidos en la región son limitados, al menos en los marcos regulatorios específicos en materia de bioseguridad, pero se amplían considerablemente si se atiende a las disposiciones que posibilitan la participación ciudadana contenidas en leyes ambientales sectoriales.¹⁹ Usualmente los mecanismos de participación radican en la posibilidad de someter comentarios escritos (por lo cual se publican las solicitudes de OVM) o bien integrar los Comités o Comisiones nacionales o sectoriales.

Aunque la mayoría de la legislación analizada contiene, en diverso grado, regulaciones sobre: requisitos de las solicitudes, incluyendo

18 En Brasil por determinación jurisdiccional así debe ser. En otros países las leyes de ambiente o que crean los esquemas de evaluación de impacto ambiental así lo requieren, aunque no resulta del todo claro como se conjugaría esta obligación con el proceso de bioseguridad mismo, que debe considerar, entre otros, los impactos ambientales.

19 Escapa a los alcances de este documento el análisis de la aplicabilidad de los mecanismos de participación ciudadana contemplado en otra normativa. Téngase presente, que el Convenio de Aarhus sobre Acceso a Información, acceso a la Justicia y Participación Ciudadana (negociado en la Comisión Económica para Europa), ha desarrollado específicamente lineamientos para participar tratándose de OVM.

documentación a ser presentada; análisis y evaluación del riesgo; condiciones de bioseguridad; sanciones a ser impuestas; etc, otros elementos legales no parecen expresamente contemplados en todas las normativas. Por ejemplo, la mención del principio precautorio no resulta tan frecuente como se podría esperar. Tampoco se cuenta con regulaciones precisas sobre coexistencia y responsabilidad por daño, aunque por supuesto son de aplicación las provisiones genéricas del ordenamiento jurídico en dicha materia (cabe destacar acá la excepción de la Ley brasileña). El etiquetado/trazabilidad/preservación de la identidad, es mencionado en algunas normas, pero escasamente desarrollado. La cobertura de los OVM para alimento, alimentación y procesamiento tampoco es del todo clara. En algunos casos, estos OVM parecen no estar sujetos, en la práctica, al control de las autoridades administrativas. Esta situación puede cambiar con la elaboración de marcos regulatorios que se basen en el PC y que cuenten con el apoyo del Proyecto GEF-UNEP.

En términos de procedimientos, la mayoría de las legislaciones analizadas no cumplen con los aspectos específicos que el Protocolo de Cartagena exige en sus artículos 7 a 10. Como afirma Rey (2004) "Es tal vez por tanto en el tema de los procedimientos, que resultan más evidentes las insuficiencias de las legislaciones nacionales, si se les contrasta con el Protocolo. Se observa al respecto que no se distinguen situaciones particulares, como los procedimientos para uso confinado o tránsito, o para categorías específicas de OVM, como es el caso de las "commodities". También es frecuente que no se establezcan términos y tiempos de forma clara y suelen estar ausentes los mecanismos para la revisión

de las decisiones, entre otros vacíos. Todo ello convierte a los procedimientos en una de las áreas que más atención deberá recibir en el desarrollo de las legislaciones nacionales en bioseguridad." Existen numerosas iniciativas para la construcción de capacidades, incluidas las normativas, que posiblemente modifiquen sustancialmente el "mapa jurídico de la bioseguridad". Se han elaborado propuestas de leyes o regulaciones en numerosos países, lo cual demanda una creciente atención al cambio legal que se avecina en prácticamente toda la región. En este sentido, aunque los países del Caribe de habla inglesa no poseen regímenes jurídicos desarrollados, esta situación puede modificarse dramáticamente en el futuro cercano.

Aunque en América se cuenta con emergentes disposiciones normativas en materia de bioseguridad no siempre resulta clara la política subyacente tras ellos. En otras palabras, estrategias más comprensivas para el desarrollo y uso de la biotecnología no parecen estar del todo vinculadas con la redacción de marcos normativos. Cabe destacar la existencia de referencias a la biotecnología en las Estrategias de Biodiversidad o de estrategias estrictamente en la materia, destacando chilena (2003).

La adopción y ratificación del Protocolo de Cartagena en la región ha sido dispar. Ello despierta inquietudes importantes particularmente relacionadas con el comercio entre Partes y No Partes, fundamentalmente considerando cuatro aspectos: a) la condición de No Parte de países exportadores importantes de transgénicos como Canadá, los Estados Unidos y Argentina; b) el nivel de comercio internacional (movimiento transfronterizo) de los OVM cuya puesta en el mercado ha sido

aprobada (soya, maíz, canola); c) la posible incorporación de otros OVM cuya autorización se otorgue en el futuro; d) la escasa participación de las autoridades de comercio exterior en el proceso aprobatorio, con algunas excepciones notables, como Argentina.

Anexo I Instrumentos Internacionales

De conformidad con el derecho internacional un Estado se encuentra obligado a cumplir con todos los tratados de los cuales sea parte, en el tanto las disposiciones de estos no sean contradictorias (principio de acumulación de las obligaciones internacionales). De conformidad con el principio de integración contenido en la Declaración de Río sobre Ambiente

y Desarrollo (Principio 4) los tratados ambientales y los objetivos comerciales deben apoyarse de manera recíproca, tal y como lo sostiene igualmente el Plan de Acción de Johannesburgo del 2002 (párrafo 92). En este orden de ideas, no cabe duda de la estrecha interrelación de los diferentes acuerdos e instrumentos que confluyen entorno al desarrollo y uso de las agrobiotecnologías, todos los cuales deben ser considerados detenidamente por los tomadores de decisiones.²⁰

Existen en este momento múltiples instancias en las cuales se discuten temas relativos a los OVM, entre ellos cabe citar los siguientes instrumentos y procesos internacionales de interés que se resumen en el cuadro 2:

20 Al menos en materia ambiental se ha discutido con profundidad como potencias las sinergias entre los diferentes convenios. Este objetivo se ha tratado de alcanzar por medio de Memorandum de Entendimiento firmados entre las distintas Secretarías; desarrollando proyectos y estudios conjuntos; constituyendo grupos de enlace conjuntos (ej, el existente entre los Convenios de Biodiversidad, Cambio Climático y Desertificación) cfr sobre el tema de las sinergias, PNUMA, 2004.

Cuadro 2. Instrumentos y Procesos Internacionales de Interés

Convenio, Declaración o Proceso	Contenido
<i>Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo</i>	El principio de precaución que constituye una herramienta fundamental para la bioseguridad consta en el Principio 15 que manifiesta literalmente: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación de medio ambiente".
<i>Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Directrices Técnicas Internacionales sobre Seguridad de la Biotecnología.</i>	Adoptadas en el Cairo en 1995 y pueden servir como asistencia para los gobiernos, organizaciones intergubernamentales, organizaciones privadas y otras para efectos de fortalecer las capacidades y el intercambio de formación en materia de bioseguridad. Las directrices se sustentan en los principios de: (a) Identificación de todo peligro; (b) Evaluación de los riesgos- que implica tomar en cuenta las consecuencias y la probabilidad de que el peligro ocurra (c) Gestión de los riesgos: ya sea aplicando estrategias de gestión adecuadas, incluyendo el diseño de procedimientos y métodos para minimizar riesgos y sus consecuencias, o por medio de la decisión de no proceder. Las estrategias de gestión deben ser proporcionales a los resultados de la evaluación de riesgo.
<i>Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio OMC</i>	El Acuerdo de la OMC reconoce el objetivo del Desarrollo Sostenible considerando que el libre Comercio debe a su vez proteger y conservar el medio ambiente. Tres acuerdos de la OMC se relacionan con los OVM: el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS por sus siglas en inglés). También es importante el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rigen la solución de diferencias (DSU por sus siglas en inglés). Dentro del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS) se mencionan tres Instituciones responsables para la estandarización internacional: El CODEX Alimentarius, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria y la Organización Mundial de Salud Animal.

<p>El Codex Alimentarius</p>	<p>El Codex Alimentarius es la organización de las conjunta de la Organización Mundial de la Salud y la FAO encargada de establecer normas relacionadas con la seguridad de los alimentos. Es una de las organizaciones internacionales cuyos estándares se presumen conformes con las reglas de comercio de la OMC.</p> <p>La Comisión del CODEX Alimentarius ha establecido un Grupo de Acción Intergubernamental especial sobre alimentos obtenidos por medios biotecnológicos, para considerar las aplicaciones de estos para la salud y la nutrición.</p> <p>En la reunión de la Comisión del Codex en julio del 2003, se aprobaron tres estándares sobre análisis del riesgo relacionados con los alimentos derivados de la biotecnología. Especialmente destacan los Principios para el análisis del riesgo de alimentos derivados de la biotecnología moderna el cual incluye el rastreo de productos (tracing) como instrumentos del manejo del riesgo. A pesar de este lenguaje existe un fuerte debate sobre el significado del mismo. Los Estados Unidos consideran que este concepto es diferente al de trazabilidad, limitándose a seguir al eslabón inmediato anterior y posterior en la cadena de movimiento del OVM. Los lineamientos aprobados fueron los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principios para el Análisis de Riesgos de Alimentos Obtenidos por Medios Biotecnológicos Modernos - Directrices para la Realización de la Evaluación de la Inocuidad de los Alimentos Derivados de Plantas de ADN Recombinante - Directrices para la Realización de la Evaluación de la Inocuidad de los Alimentos Producidos Utilizando Microorganismos de ADN Recombinante. <p>Igualmente, el Comité de Etiquetado de Productos esta analizando recomendaciones sobre el etiquetado de alimentos obtenidos por técnicas de modificación genética/ingeniería genética, sobre los cuales no existen aún acuerdo. El Comité sobre principios generales se encuentra asimismo debatiendo sobre Principios para el análisis del riesgo, incluyendo el principio precautorio. Sobre las labores del Codex véase www.codexalimentarius.net</p>
<p>Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (IPPC)</p>	<p>Dicha Convención busca prevenir la diseminación e introducción de plagas de plantas y productos vegetales alrededor del mundo y promover medidas apropiadas para combatirlas. La misma fue revisada en 1997 y a la espera de su entrada en vigencia existe una Comisión Interina de Medidas Fitosanitarias. Un Grupo de Trabajo de Comisión ha venido estudiando el tema de los riesgos de plagas vegetales asociados con los OVM, cuyo texto fue finalmente aprobado en abril del 2004 y pretende proteger las plantas y los ecosistemas ante los riesgos de OVM. Se indica que las medidas ser tomadas deben ser costo efectivas; no discriminatorias; factibles y no más restrictivas al comercio de lo necesario. Cfr www.ippc.int.</p>
<p>Organización Mundial para la Salud Animal (OIE)</p>	<p>La Organización Mundial para la Salud Animal o también conocida como Organización Internacional de Epizootias (OIE) es una organización intergubernamental creada por el Convenio Internacional del 25 de enero de 1924. La OIE tiene la misión de garantizar la transparencia de la situación zoonosológica en el mundo, los países miembros se comprometen a declarar las enfermedades de los animales que detectan en su territorio. además, tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad sanitaria del comercio mundial, mediante la elaboración de reglas sanitarias aplicables a los intercambios internacionales de animales y productos de origen animal, las cuales son reconocidas por la OMC como normas de referencia internacional.</p>

<p>Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo SPS)</p>	<p>En el caso del AMSF las reglas generales del mismo pueden ser resumidas en las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con el Acuerdo. 2. Las medidas deben de ser necesarias para proteger la salud y vida de las personas y de los animales y para preservar los vegetales, siempre que estén basadas en principios científicos y que no se mantengan sin evidencia científica suficiente. 3. Se considerará que las medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares. Tampoco se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional. 4. Las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes con el Acuerdo se considerarán conformes con las Disposiciones del GATT de 1994, especialmente del apartado b del artículo XX. 5. En principio, los miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales cuando existan. 6. Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén de conformidad con las normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con el GATT de 1994.
	<ol style="list-style-type: none"> 7. Los miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el miembro determine adecuado de conformidad con el artículo 5 sobre evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección. Sin embargo, las medidas que representen ese nivel de protección mayor no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo. <p>Estos estándares, lineamientos o recomendaciones son definidos como aquellos establecidos por organizaciones internacionales, como la Comisión del Codex Alimentarius la Oficina Internacional de Epizootias y la Secretaría de la Convención Internacional para la Protección de Plantas. Para aquellas materias no cubiertas por estas organizaciones, los estándares son aquellos promulgados por “ otras organizaciones internacionales” abiertas a la membresía de las Partes, identificadas como tales por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC</p>

<p>Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo TBT)</p>	<p>El Acuerdo TBT es relevante para los productos biotecnológicos porque aplica a los reglamentos técnicos y normas, incluyendo requisitos de embalaje, marcado o etiquetado. El Acuerdo TBT reconoce que “no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo”</p>
<p>La Organización Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA)</p>	<p>La Organización Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria, OIRSA elaboró en el año 2000 una Directriz Regional sobre Seguridad en la Biotecnología Vegetal. La Directriz esencialmente se basa en el Protocolo de Cartagena y regula en general los mismos temas que este. No obstante, en su carácter de directriz pretende servir como guía para la armonización de leyes y prácticas en esta materia.</p>
<p>La Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD)</p>	<p>La Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) instancia ambiental del Sistema de Integración Centroamericana o SICA, a través de su programa de biodiversidad y ordenamiento territorial elaboró un Protocolo Centroamericano sobre Seguridad en Biotecnología Moderna, el cual fue preparado mediante un proceso de consultas técnicas previa redacción de un primer borrador. El instrumento fue debidamente aprobado por los Ministros de Ambiente de Centroamérica en el 2002. Aunque se basa en el Protocolo de Cartagena, no obstante en algunos aspectos va más allá y contiene disposiciones sobre etiquetado y documentación, responsabilidad, regulación del uso contenido y el tránsito, principios aplicables a la bioseguridad, que pretende evitar las discrepancias y ambigüedades de los resultados de la negociación multilateral realizada en el seno del CBD.</p>
<p>Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA).</p>	<p>A solicitud de los Ministros de Agricultura en el 2002, el IICA, en conjunto con OIRSA y el Centro Agrícola Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE), fueron encargados de elaborar una marco regulatorio regional sobre bioseguridad a efectos de responder a las carencias existentes en algunos países que están recibiendo o potencialmente pueden recibir solicitudes de pruebas de campo o incluso de comercialización de los mismos. Luego de constituir un Grupo Interagencial y de un proceso de consultas que incluyó las autoridades de ambiente de la región se elaboró un borrador de Marco Regulatorio Tipo sobre Organismos Vivos Modificados para Uso Agropecuario en los países Centroamericanos. Como su nombre lo indica esta iniciativa pretende proveer una norma tipo o modelo para que cada uno de los países la adapte a su realidad particular, restringida a la biotecnología agrícola. Se pretende que en la medida en que dicha norma sea adoptada de forma similar por las diferentes naciones se verifique un proceso de armonización legislativa.</p>

<p>Otros acuerdos o declaraciones de relevancia.</p>	<p>El Borrador de Código de Conducta de la FAO sobre Biotecnología Agrícola. El Código Voluntario de la UNIDO sobre liberación de organismos al ambiente. Las Consideraciones de la OCDE sobre Seguridad en Biotecnología. Las Recomendaciones de Naciones Unidas sobre el Transporte de Bienes Peligrosos. Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en materia ambiental (de la Comisión Económica de Europa pero abierta a la integración de otras naciones) que ha desarrollado lineamientos específicos sobre participación en decisiones concernientes a OVM. Esta vigente desde el 2001.</p> <p>Declaración del Grupo de Países Megadiversos Afines con respecto a la biotecnología (www.megadiverse.com)</p>
---	---

REFERENCIAS

Ali Mekour, Mohamed, A global instrument on agrobiodiversity: the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Environmental Policy and Law, FAO, Rome, 2002.

Alarcón, Enrique del 2002, Panorama General de las Regulaciones en Bioseguridad en Las Américas : versión preliminar, San José, IICA, enero del 2002.

Alarcón, Enrique y Artunduaga, Rodrigo, Nuevas Agrobiotecnologías: algunas consideraciones institucionales para su desarrollo, utilización y comercialización, febrero del 2005.

Alblin, Eduardo, Hacia la trazabilidad en el mercado mundial de soya: una nueva mirada a la Ley de la oferta y la Demanda, Cancillería Argentina, Buenos Aires, 2001.

Brañes, Raún y Rey, Orlando, Política, Derecho y Administración de la Bioseguridad en América Latina y el Caribe, CEPAL, Chile, 2001.

Burachik y Traynor, An analysis of a national biosafety system: regulatory policies and procedures in Argentina, ISNAR Country Report No. 63, abril del 2002.

Cabrera Medaglia, Jorge, "Comercio Internacional Agrícola de Organismos Genéticamente Modificados: entre la bioseguridad y el libre intercambio", en *Justicia Agraria y Ambiental en América*, CADA, San José, 1998.

Cabrera, Jorge, A comparative analysis on ABS laws and policies: critical issues for implementation and interpretation, IUCN, Environmental Law Centre, Bonn, 2004.

Cohen, Joel, Poorer nations turn to public developed GM Crops, *Nature Biotechnology*, Vol 23, No 1, January, 2005.

Gatforth, Kathryn et al, An overview of the national and regional implementation of measures on access to genetic resources and benefit sharing, Centre for International Sustainable Development Law, Canada, 2005.

Gatforth, Kathryn, *When Biosafety Becomes Binding*,

Lapeña, Isabel, Genéticamente modificado: principio precautorio y derechos del consumidor en el Perú, Lima, setiembre del 2004.

Hervé, Dominique, Un análisis del marco regulatorio de la bioseguridad en Chile, Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Santiago, 2003.

ICTSD, "Between Trade and Sustainable Development", *Bridges*, No 5 June 1999

ICSTD, "Between Trade and Sustainable Development", *Bridges* No 9, November-december, 2000.

Kalaitzandokes, Nicholas, The Potential Impacts of the Biosafety Protocol on Agricultural Commodity Trade, International Food and Agricultural Trade Policy Council, Issue Brief, Diciembre del 2004.

National Foreign Trade Council Inc, EU regulation, standarization and the precautionary principle , Washington, agosto del 2003

M.A. Lean et al. "A conceptual framework for implementing biosafety: linking policy, capacity and regulation, ISNAR, en línea en www.isnar.cgiar.org

Morgan, David, Genetically Modified Food Labeling and the WTO Agreements by David Morgan in *Review of European Community & international environmental law (RECIEL)* 13 (3, 2004).

Oliva, María Julia, Science and Precaution in the GMO dispute: a brief analysis of the first US Submission, en *Bridges*, No 5, Mayo del 2004

Paarlberg, Robert, Principios para dirigir la revolución causada por los cultivos GM: opciones de política para los países en desarrollo, *Visión 2020, Resumen*, No 68, Diciembre del 2000.

Pew Initiative Us versus EU: an examination of the trade issues surrounding genetically modified food, agosto del 2003

PNUMA, Manual Preliminar sobre el cumplimiento y la observancia de los Acuerdos Multilaterales Ambientales, Nairobi, Noviembre del 2004.

Proyecto GEF-UNEP, Phase 3: toolkit module, Part (1), Developing the regulatory regimen, 2002

Rey, Orlando, Régimen Legal para la Seguridad de la Biotecnología en América Latina, Diciembre del 2004.

Schaper, Marianne y Parada, Soledad, Organismos Genéticamente Modificados: su impacto socioeconómico en la agricultura de los países de la Comunidad Andina, MERCOSUR y Chile

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Global Biosafety from concepts to action. Decisions from the First Meeting of the COP-MOP, Montreal, 2004.

Sindico Francesco, The GMO dispute before the WTO: legal implications for trade and environment debate, Fondazioni Enrico Mattei, Note di Lavoro, 2005

Ten Kate, Kerry y otros, "The Undertaking Revisited: a commentary on the revision of the international undertaking on plant genetic resources for food and agriculture", *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol 6, Issue 3, 1997

Traxler, Greg, The GMO experience in North and South América-Where to from here, preparado para el Simposio Biotechnology for a better World, Brisbane, Queensland, Australia, 26 setiembre al 1 de octubre del 2004.

Trigo, Eduardo, et al, Agricultural Biotechnology and rural development in Latin America and the Caribbean, Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department, Technical Series, Washington, 2000.

IUCN y FIELD, An explanatory guide to the Biosafety Protocol, IUCN Paper No 46, Bonn, 2002.



EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES

Lic. Carlos Andrés D'Alolio

JUSTIFICACIÓN

La autonomía de la voluntad, día a día, crea nuevas figuras contractuales y mecanismos para hacer seguro y ágil el tráfico mercantil y la prestación del crédito.

Dentro de esa problemática, puede existir una zona de intersección de ese tipo de contratos evolucionados, con el Derecho Concursal.

En efecto, algunas especies de pactos, generan verdaderas interrogantes en operador jurídico. En especial, cuando sus problemáticas se engarzan con las una masa de acreedores insatisfechos por el mismo deudor. La falencia, genera efectos particulares sobre las relaciones que existían antes del dictado de la sentencia de quiebra.

El objetivo de esta investigación, es ahondar en la dinámica de ese tipo de contratos, en relación la quiebra. Para ello, se acude principalmente a un enfoque doctrinario de Derecho Comparado. Y se acudirán a esa fuente, en razón de la escasez de casuística y legislación en nuestro país. Ello no quiere decir, que algunas de las situaciones que en el extranjero se hayan presentado, no pueda ser útil a futuro.

En un mundo globalizado, la utilización de contratos como arrendamiento financiero, franchising y fideicomisos de garantía, es creciente. El fenómeno, ya tocó la puerta hace décadas. Empero, en la práctica judicial, muchos de esos casos, son debatidos en vía más céleres que la ordinaria de la jurisdicción estatal.

Por los intereses económicos en juego, es usual que en los pactos de adhesión se incluyan cláusulas arbitrales. Ello, no obsta para hacer una breve revisión del problema que conlleva la quiebra, para los sujetos que intervienen en esos contratos.

Se repasarán los principios y conceptos básicos de las relaciones jurídicas preexistentes. Igualmente, se hará un rápido recuento de la legislación costarricense.

Y a la postre, con alguna doctrina específica para cada país iberoamericano de los seleccionados, se llevará a cabo un pequeño análisis para los casos de quiebra de cada contratante. Los cambios legislativos en esas naciones, son relativamente recientes y ello, provoca que mucha doctrina, haya quedado obsoleta. Empero, se trata de dar un panorama general del fenómeno de interés.

CAPÍTULO PRIMERO: RELACIONES JURÍDICAS

PREEXISTENTES A LA FALENCIA

El contrato es fuente de las obligaciones. Sus participantes, quedan amarrados entre sí, por un vínculo forjado por ellos. La declaratoria de quiebra puede tener incidencia, por efecto legal, sobre los sujetos y las relaciones que las partes originalmente convinieron. En este capítulo, se desea brindar un pequeño marco teórico acerca de esa particular situación.

Sección Primera: La contratación y la declaratoria de quiebra

Dentro de la presente sección, a manera introductoria, se presentan los componentes básicos envueltos en la contratación. Desde una perspectiva objetiva y subjetiva.

Quienes se comprometen a dar una prestación entre sí, pueden verse seriamente afectados por una situación sobreviviente. No es otra, que la quiebra.

Ese estado jurídico, cala hondo dentro de la posición que ocupan los contratantes y los envuelve. Se procede a repasar algunos de los efectos de la quiebra, sobre los sujetos que pactaron. De igual forma, un breve repaso sobre las clases de convenios y su desenvolvimiento al chocar con la apertura del proceso universal liquidatorio.

A) Contratante fallido

La mayoría de las contrataciones, se verifican entre sujetos en pleno uso de todas sus facultades para pactar. Los acuerdos, se perfeccionan y se ejecutan dentro de un ámbito de normalidad.

Sin embargo, en ocasiones, uno de los contratantes, puede caer en una situación patrimonial de impotencia, de manera sorpresiva para la otra parte.

La quiebra, representa una tempestad que viene a romper la regularidad y del desarrollo usual de los pactos. La decisión judicial que pone al deudor en condición de fallido, conlleva efectos patrimoniales que verdaderamente lo hincan.

Los dos más importantes, son el desapoderamiento y el período de sospecha. A su manera, ambos afectan lo que el otro pactante, podía esperar. Tocan a cualquier relación jurídica que ya existiera antes de la sentencia falencial.

Primero, hay que referirse al desapoderamiento. Surte sus efectos a partir de la resolución que declara la quiebra.

Se le conceptúa como “ la sustracción de las facultades de disposición, usufructo y administración sobre los bienes afectados a la responsabilidad de los acreedores, que impone el ordenamiento jurídico legal al deudor en estado de cesación de pagos, que comienza por efecto del auto de quiebra y cesa una vez decretada su rehabilitación”.¹

¹ Argeri (Saúl). Manual de Concursos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 137.

Constituye un efecto primario, fundamental e inherente al pronunciamiento de quiebra².

Su extensión temporal también resulta relevante. Arranca desde el dictado mismo de la sentencia de quiebra y tiene lugar ipso iure³.

El desapoderamiento, como efecto patrimonial sobre el fallido, se engarza con un efecto adicional. Es el período de sospecha.

El comerciante, azulado por la amenaza de caer en la quiebra definitiva, probablemente ha visto tambalear su situación desde antes de la declaratoria formal por parte del Juzgador. Según Garrigues, "(...) A la declaración judicial suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viendo ya próxima la quiebra, procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla: intenta salvar algunos bienes para él y su familia por el procedimiento de supuestas enajenaciones a personas de confianza; pretende, en fin, colocar en situación de privilegio a los acreedores más propicios en

su afecto o satisface anticipadamente créditos. Con este proceder, característico del período inmediato a la quiebra, el deudor realmente encontrándose en estado de cesación de pagos, perjudica a sus acreedores, sea porque subtrae bienes de su garantía común, sea porque vulnera el principio de la igual condición de todos ellos"⁴

El estado de cesación de pagos, pudo haberlo afectado antes de que decidiera hacerse lo saber a la autoridad judicial o antes de que alguno de sus acreedores presentara la solicitud de concurso.

El lapso o brecha temporal que se da entre ese momento de cesación de pagos y el dictado de la sentencia de quiebra, corresponde al período de sospecha. Con él, los acreedores pueden calificar actos de desprendimiento de activos o aumento de pasivos, por parte del fallido, como sospechosos y pretender que sean inoponibles ante ellos. En la sentencia de quiebra, debe el Juzgador fijar, al menos de manera provisional, una fecha en la que el quebrado cayó en la cesación de pagos.

-
- 2 Provinciali (Renzo). Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, Editorial AHR, tercera edición, volumen II, 1958, pp. 17 y 18. Este autor considera que el desapoderamiento consiste en "(...) la transferencia de los poderes de disposición y de administración del patrimonio del deudor quebrado a los órganos del organismo de la quiebra. Con esto, se tiene algo más que la simple desposesión: se tiene la transferencia al organismo de la quiebra no sólo de la posesión, sino también de la disponibilidad que es uno de los atributos fundamentales del derecho de propiedad".
- 3 Chomer (Héctor). Efectos derivados del desapoderamiento. En Instituciones de Derecho Concursal. Buenos Aires, Ad Hoc S.R.L., 1992, p. 196. Menciona Chomer: "El desapoderamiento rige hasta la rehabilitación del fallido o hasta la conclusión de la quiebra por pago total, avenimiento, acuerdo resolutorio, o cualquier medio de sobreseimiento de la falencia".
- 4 Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Temis S.A., séptima edición, tomo V, 1987, p. 53.

La condición de estar quebrado, viene a matizarse en esos efectos patrimoniales. El período de sospecha, de forma retroactiva, pone en duda los contratos que el fallido había concertado antes de la declaratoria. Por su parte, el desapoderamiento, tiene efectos hacia delante. Genera zozobra a quien pactó con el fallido. La razón de ello, estriba en que ya no va a existir plena libertad para que el quebrado, cumpla de manera personal la prestación, como estaba previsto. Y eso, a pesar de haber convenido originalmente hacerlo de esa manera.

Así, en esa medida, es valioso tener claro que los efectos patrimoniales de la quiebra, si tiene incidencia frente a las relaciones jurídicas preexistentes que cristalizó el sujeto en estado falencial.

B) Contrante in bonis

En el Derecho Contractual, impera la máxima de "pacta sunt servanda". Los contratos nacen para ser cumplidos al tenor de lo convenido.

Esa noción, de fuerza vinculante de los contratos, se traslada al Derecho Concursal, pero con particularidades⁵. A veces, la inmediata ejecución contractual, puede quedar diferida o afectada, por razones de interés económico para el concurso o para tutelar a quien no cayó en la quiebra. Puede existir una suerte de suspensión de la

ejecución, mientras se define mejor la suerte del contrato⁶.

Resulta lógica y tiene una explicación. La caída en quiebra, podría dejar al contrato en un letargo. Por efecto del desapoderamiento, la inhabilitación va a afectar a uno de los originales cocontratantes. Un embargo colectivo, dejará respondiendo todos sus bienes. Y a su vez, se va a requerir de la entrada en escena, del síndico o curador. Sólo él podrá seguir atendiendo los negocios que dejó cerrados el fallido.

De suyo, viene a ser que el otro contratante, tenga que esperar la claridad de los nubados del día. Al mismo curador, le va a tomar su tiempo poder ponerse al día respecto del negocio pactado por el fallido y el contratante in bonis. Por efecto legal, éste último, deberá ser paciente y estarse a la actuación del síndico.

En las palabras más sencillas que pueda describirse éste concepto, la parte in bonis, no es otra, que la parte no incumpliente o que no ha quebrado, según las circunstancias.

C) Tipología contractual afectada

El objeto de las obligaciones, es la prestación. La modalidad de entrega de esa prestación, va a determinar el tipo de contrato que se despliega en la realidad.

5 Cfr con Roitman (Horacio). Efectos de la Quiebra sobre los Contratos Preexistentes. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires, 2005, p. 52.

6 Ver comentario en cita 325, en el libro de Satta, op. cit., p. 289

Es decir, el componente objetivo, guarda mucha importancia. Debe ser lícito, posible, determinado, patrimonial y comerciable. Es lo que el fallido o el contratante in bonis, se comprometieron a hacer o a dar.

Como se dijo, es determinante en la clasificación de los contratos. Se procede a dar algunos criterios para categorizarlos.⁷

Los contratos pueden ser bilaterales o no. Si son bilaterales, todas las partes a la vez, resultan acreedores y deudores del otro. Cada uno, tiene obligación de dar su prestación frente al otro. Se les llama también sinalagmáticos y en ellos se aplica la resolución y la excepción de contrato no cumplido.

Los pactos, también pueden ser consensuales o solemnes. En los consensuales, basta el consentimiento para darles perfección. En cambio, si son solemnes, la ley exige para su cristalización, un requisito formal adicional, como podría ser su otorgamiento en escritura pública.

La onerosidad o gratuidad, es otro criterio de clasificación. En los onerosos, cada una de las partes deberá desprenderse de algo que le representa una ventaja patrimonial. De ahí, que hay garantías de evicción y de vicios redhibitorios en ellos. No así en los gratuitos, porque imperó un espíritu de liberalidad.

Finalmente, también interesa conceptuar algunos como simultáneos, de ejecución diferida o de ejecución sucesiva. Esta

idea, atiende a la temporalidad que dura la ejecución. Se desarrollo se puede agotar en un sólo momento, en etapas, o de manera gradual en el tiempo.

Dentro de la presente investigación, se persigue analizar los efectos de la quiebra frente a los contratos de leasing financiero, fideicomiso de garantía y franchising. Entonces, puede concluirse que todos ellos, comparten algunas características de las citadas.

Son onerosos, bilaterales y de ejecución sucesiva. Ello, será importante tenerlo en cuenta para más adelante, en razón de su naturaleza como posibles relaciones jurídicas preexistentes.

Sección Segunda: Contratos preexistentes

En esta sección, se desarrolla la noción de la relación jurídica preexistente a la quiebra. Se puntualizan ideas en torno a su concepto, los principios generales sobre este tópico y lo que se puede entender sobre los contratos en curso de ejecución.

A) Concepto

La doctrina hace referencia al tema de las relaciones jurídicas preexistentes. Según el maestro italiano Salvatore Satta, fueron creadas por el deudor, de modo formalmente perfecto y son las que la quiebra encuentra perfeccionadas, pero todavía no terminadas en el momento de su declaración⁸.

7 Baudrit Carrillo (Diego), Teoría General del Contrato. Derecho Civil IV. Volumen I. Editorial Juricentro, tercera edición, San José, 2000, p. 31 a 39.

8 Satta (Salvatore). Instituciones del Derecho de Quiebra., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América S.A., tercera edición, 1951, p. 288 y 289.

Antes de declararse su quiebra, es factible el fallido habría sostenido un contrato con otro sujeto. Eso es un contrato bilateral, ya válido, pero pendiente de ejecución.

Tal cosa, se debe calificar como una relación jurídica preexistente. Éstas, obedecen a vínculos obligacionales que atan al fallido con diversos sujetos. El otro co-contratante, a raíz del desapoderamiento, ya no puede tratar con el quebrado ni esperar que de él directamente provenga la prestación.

La quiebra figura como sucesora, en relaciones constituidas por el fallido con terceros. Ostenta tal condición, ante ellos, en virtud de las obligaciones y derechos que de ellas se derivan⁹.

Bajo esa inteligencia, Satta consideró que los fines particulares subyacentes a esas relaciones jurídicas, debían ser temperados. Por un lado, en interés de la quiebra, para defender la regla del par conditio creditorum y no crear desigualdad. Y por otro, en interés de esos terceros, para que el estado de quiebra, no les haga sufrir más daños en su condición de contrapartes contractuales¹⁰.

Puede inferirse, entonces, que la ley tutela el tema e impone soluciones específicas. Lo hace en atención a la naturaleza de la prestación en cada contrato afectado, los intereses económicos del concurso y los de la parte in bonis (que es la que no sufrió la falencia).

B) Principios

El Derecho italiano ha marcado el sendero a seguir en el tema. El autor Satta, fijó una serie de reglas básicas sobre el tema de las relaciones jurídicas preexistentes¹¹.

Se comentan a continuación¹²:

1- Perfección sin terminación

Las relaciones jurídicas preexistentes son las que la quiebra encuentra perfeccionadas, pero todavía no terminadas al momento de su declaración. Esta regla, en cierto sentido, repite la definición misma del tópico sometido a estudio, pero sirve para subrayar que el pacto debe ser subsistente. No obstante, tiene una crucial importancia. Deja por fuera todo lo que no sea el ámbito de los contratos cristalizados. Es decir, la actividad precontractual. Las

9 El autor argentino Horacio Roitman, argumenta, que la transmisión de la posición contractual, no es inmediata, ope legis. Matiza las palabras incluidas en la obra clásica de Satta, antes apuntada. Esgrime que, antes, hay una suspensión. Ahí, el contratante in bonis y el síndico, pueden analizar varias alternativas, antes de que se decida que el concurso asuma y continúe con la relación jurídica preexistente. Vid Roitman, op. cit., p. 143 y 144.

10 Ver Satta, op. cit., p. 288.

11 Ibídem, pp. 289 a 291. Por supuesto, que los principios ahí descritos, pueden ceder o doblarse en determinados casos especiales, según el tipo de contrato.

12 El tradista Roitman, en la nota 19, acepta la recepción de ésta tríada de principios al Derecho Concursal de Argentina e incluso los transcribe en lengua italiana. Manifiesta que tuvieron su nacimiento en Italia. Y que con un proyecto de reforma planteado en 2004 en esa nación europea, se quiere dotarlos de un procedimiento concreto. En Italia, se desea puntualizar cuándo se suspende un contrato, qué plazo tiene el síndico para decidir sobre la continuidad, cuál contrato se resuelve por ley y cuál continúa e indicar soluciones concretas para casos especiales. En Argentina, ya cuentan con algunas disposiciones al respecto en la ley 24522. Ver Roitman, op. cit., p. 87.

promesas, los contratos preparatorios y las meras tratativas, no pueden ser objeto de continuación por parte del curador. Todo ello, da acceso a resarcirse del interés negativo o de confianza, que consiste en los gastos incurridos en negociar¹³. Así, lo que no sea un contrato perfecto y culminado antes de la declaratoria de quiebra, no puede ser tenido como relación jurídica preexistente.

2- Quiebra no resuelve ipso iure

La quiebra, por sí misma, no implica la resolución de todas las relaciones jurídicas preexistentes, ni se puede considerar causa legal para incumplir.

La filosofía de este principio, descansa sobre el principio de la fuerza vinculante del contrato. Es decir, la máxima de *pacta sunt servanda*. Si el contrato nace, es para hacer cumplirse. En la medida de lo posible, se desea que ambas partes vean satisfechos los intereses patrimoniales que programar.

Empero, ello quedará supeditado a disposiciones de política legislativa y en buena medida, a la protección de los intereses concursales.

3- Carácter trascendente al juicio universal

Las modificaciones de las relaciones preexistentes dispuestas por ley, tienen un carácter sustancial que extiende sus efectos más allá del procedimiento concursal.

Si se dispone que el síndico continúe con la ejecución de un contrato preexistente a la quiebra, el campo efectual del pacto, va más allá de la clausura del proceso. Es decir, se respeta lo convenido y ejecutado, después de que exista pago a los acreedores por liquidación, rehabilitación o convenio resolutorio.

C) Contratos pendientes de ejecución y con prestaciones recíprocas

Cada vez que se hace referencia a las relaciones jurídicas preexistentes, es casi ineludible hacer referencia a los contratos pendientes de ejecución y con prestaciones recíprocas.

Entonces, conviene explicar un poco mejor tales expresiones.

Primero, el caso de los pactos con prestaciones recíprocas. En términos generales, son los contratos de naturaleza sinalagmática. A eso se refiere la expresión de prestaciones recíprocas. Ambas partes sufren desprendimiento patrimonial y simultánea ganancia. Comparten un riesgo.

Ahora, hay que detallar a qué se hace referencia al hablar de contratos pendientes de ejecución. Las prestaciones de las partes, aún no deben estar cumplidas íntegramente. A ello, va dirigida la noción de pendencia en la fase de ejecución contractual. Puede faltar que se cumpla con todo el objeto. O bien, aún podría restar algunos tractos o eventos por

13 En material de precontratos, Roitman considera que priva la inexigibilidad. Estima que si en situaciones de solvencia y normales es difícil conseguir que el deudor cumpla y evite que la obligación de hacer se resuelva a daños y perjuicios, aún más costoso es ante la Quiebra. Empero, considera, que si el síndico y el contratante in bonis, están de acuerdo y ello favorece al concurso, no habría impedimento para cumplir el contrato definitivo. Obviamente, en ese caso de excepción, ya no habría relación jurídica preexistente. Ver Roitman, *op. cit.*, pp. 170 a 174.

otorgar, como es típico de los contratos de ejecución sucesiva y diferida.

Resulta menester saber en que estado se hallan los pactos sinalagmáticos, perfectos, pero no terminados. Hay que analizar, en términos generales, quién ha cumplido sus obligaciones y qué era lo que tenían que dar o hacer.

Hay varias hipótesis:

El fallido cumplió antes de quebrar: Puede ocurrir, que el fallido sí hubiese puesto de su parte antes de quebrar. Así, el curador tiene que procurar continuar con el trato, si favorece al concurso. Obvio que la finalidad, es hacer crecer el acervo patrimonial de la universalidad. El síndico deberá ejercer las acciones respectivas, para alcanzar esa meta.

La parte in bonis cumplió antes de la declaratoria: En este supuesto, el sujeto contratante que ya ha honrado su parte, deberá formular el reclamo respectivo al curador, a fin de instarlo a verificar su derecho y que haga lo mismo.

La prestación a cargo de concurso, era personalísima: En este tipo de obligaciones, el curador queda imposibilitado de cumplir al tenor de lo pactado. El contratante in bonis, obtiene la resolución contractual y el derecho a exigir daños y perjuicios.

Sección Tercera: Ordenamiento costarricense

A) Legislación concursal

El artículo 912 del Código Civil, se encarga de decidir la suerte de ese co-contratante en un pacto sinalagmático.

Los acreedores del concurso, tienen el derecho potestativo, de decidir si el curador entra a sustituir al quebrado en la ejecución del contrato. La ley, les deja la posibilidad de elegir si lo hacen o no.

Si esa elección es positiva, los costos que la ejecución del contrato genere, serán créditos de la masa (894 inciso tercero del Código de Comercio). La norma no establece un plazo claro y definido para que los acreedores de la quiebra tomen su decisión de cumplir. En el peor de los casos, si no se negocia con los acreedores, todo quedará en suspenso y deberá acudir a la vía declarativa contra la quiebra. La única posibilidad para instar a los acreedores a decidir dentro de la quiebra, sería por medio del curador. Si él incumple con el deber de dar rápido trámite a la quiebra, y propiciar el resultado de la decisión, podría incurrir en alguna causal de remoción y el Juez ya quedaría enterado. Podría nombrarse otro curador que si propicie que los acreedores se reúnan y tomen la decisión.

Se añade, que si los acreedores quieren cumplir, la prestación que a nombre del quebrado entregará el curador, sólo podría ser dineraria, únicamente, ya que así se desprende del 913 del Código Civil. Probablemente la finalidad de la norma, es evitar que el concurso pierda activos como los inmuebles (que pueden tener plusvalía para ser liquidados a un mejor precio) o maquinarias (que pueden facilitar la continuación del negocio si así fuere posible, según el 877 inciso quinto).

La respuesta de los acreedores, puede ser negativa. Entonces, decidirían no sustituir al quebrado con el curador para que ejecute el contrato y otorgue la contraprestación. Expresamente, los numerales 912 y 913 del

Código Civil, disponen que lo único que puede solicitar el co-contratante, serán los daños y perjuicios irrogados. Sin duda, al no haber una vía procesal específica para encaminar tal petición, será menester que el co-contratante insatisfecho, acuda a al juicio declarativo (287 del Código Procesal Civil).

B) Lagunas

La regulación que contiene el Código Civil, fue diseñada para el Concurso Civil de Acreedores. La Quiebra, debe completarse con esas disposiciones. El Código de Comercio, guarda silencio en el tema.

En razón de esa circunstancia, la interpretación de problemáticas relacionadas con falencias y contratos económicos más moderno, deben integrarse con esas normas.

Un pacto como el arrendamiento financiero, actualmente, es atípico a nivel legal. Únicamente, cuenta con regulación reglamentaria, para efectos tributarios. Así, si sobreviene una declaratoria de concurso, no hay muchas herramientas específicas para entender con facilidad, cómo las partes de ese pacto, se van a ver afectadas. Ese contrato, como se verá, tiene una serie de fases o etapas, en las que se puede descomponer para su análisis. Ese aspecto, se infiere por cuestiones meramente doctrinarias y la legislación nacional, sólo contempla figuras similares, como las ventas o los arrendamientos. En nuestro país, la tipicidad social, sí la ha alcanzado el leasing. En especial, a través de las sociedades afines a los bancos. Su razón de ser, estriba en lo redituable del negocio y en las restricciones que pone la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, a la adquisición de

bienes inmuebles y de capital a los bancos. Deben dedicarse estrictamente a su giro de intermediación y no pueden retener sin autorización las fincas y bienes de remates, por más de dos años.

El franchising, es otro contrato que enfrenta dificultades similares. Surge del ejercicio de la autonomía de la voluntad. No hay una regulación concreta para él y los asuntos conflictivos, deben resolverse con base al aporte doctrinario y a los principios generales del contrato. Nótese, que ni siquiera hay disposiciones específicas que rijan las particularidades de ese pacto de colaboración. Ahora, si existe ese vacío dentro del campo de la normalidad, con más razón el problema se agrava más, en casos de ejecuciones colectivas.

Para el fideicomiso de garantía, en términos generales, la ley tiene mayores previsiones. Es típico y encuentra abrigo en las normas del Código de Comercio. Sin embargo, a diferencia de lo que existe en otros países, tampoco hay especificidad para el evento de quiebra de alguno de sus participantes.

Todas esas lagunas, ameritan alguna solución, para ponerle un norte a las disímiles interpretaciones y la dispersión que genera apoyarse en doctrina de legislaciones con sistemas incompatibles o ya derogados.

C) De lege ferenda

Es evidente, que se necesita unificación normativa, para tener un solo cuerpo normativo especial para las falencias. Basta con mirar el sistema español, que puede servir de ejemplo y en la reforma del 2003, dejó sentado con mayor claridad una sola vía para regular todos los supuestos.

Igualmente, artículos que pongan plazos concretos para que el curador o los mismos acreedores, procedan a expresar su voluntad. Pueden manifestar si desean seguir con el desarrollo del contrato con el quebrado o si tienen razones para pedir que se resuelvan. Esto es importante, para que la suspensión de la relación jurídica preexistente, no tenga un carácter eterno y pueda provocar daños a los intereses del contratante in bonis.

Otro aspecto de interés en el tema, es no cometer el error que se ha criticado en Argentina. Ahí, como ya se analizará en el campo del leasing, se creó un solo procedimiento de liquidación. Pero luego, se promulgó una ley especial para el arrendamiento financiero y ello tiende a causar un efecto centrífugo y de confusión en las reglas interpretativas.

Una innovación más, en este tópico de relaciones jurídicas preexistentes, podría estribar en una mejor regulación de los daños y perjuicios que puede recibir el contratante in bonis. Como ya se dijo, si la masa opta por no continuar los pactos, no hay vía específica para discutir una indemnización. En las legislaciones que se analizarán, se crea un incidente concursal, para encausar ese reclamo.

Esos elementos valiosos y otros que se desprendan de las siguientes líneas, pueden enriquecer un futuro cambio.

CAPÍTULO SEGUNDO: ENFOQUE EN HISPANOAMÉRICA

Este capítulo versa sobre el dato legislativo actualmente existente en tres países hispanoamericanos seleccionados. A saber, España, Argentina y México. Al hacer

una somera descripción de sus sistemas concursales, se les puede comparar con el de Costa Rica y obtener conclusiones.

Sección Primera: Quiebra y Arrendamiento financiero

Las legislaciones de España, Argentina y México, durante el último quinquenio, han experimentado cambios importantes en el campo de las quiebras. Nuevas leyes, promulgadas con la intención de alcanzar reformas integrales y responder a las exigencias de la actualidad. En contraste, Costa Rica ha mantenido estática y anquilosada, la tradicional dispersión normativa. La finalidad de esta sección, es conocer en que forma, otros países abordan el problema de contratos como arrendamiento financiero, fideicomiso de garantía y franchising, frente a la quiebra.

A) Generalidades del Leasing Financiero

La descripción de un instituto jurídico, reviste relevancia. En efecto, es conveniente repasar los contornos que delinean al contrato de arrendamiento financiero. Tal acción, constituye una base para sostener ulteriores precisiones. Especialmente, porque los aspectos más generales, sirven para complementar las disposiciones sui géneris de los ordenamientos hispanoamericanos a comentar.

1- Naturaleza jurídica:

El leasing, es una valiosa alternativa, de utilidad extrema, especialmente en el ámbito de los países tercermundistas. Para el empresario de estas latitudes, es muy difícil realizar una constante inversión de dinero en modernizar su tecnología. También, es complicado intentar comprar de contado nuevo equipo que le ayude

al crecimiento de su actividad. Y con más razón, con todas las trabas y complicaciones que los entes bancarios le ponen para acceder al crédito¹⁴.

Bajo esas premisas de escasez, la teoría económica indica que debe hacer un estudio comparativo de costos alternativos de inversión. Bastantear las opciones de financiamiento que tenga a la mano. Para ello, se usa el método del costo anual equivalente uniforme, para seleccionar cuál alternativa es más barata y accesible.

Una forma económica-jurídica de lograr sus finalidades, es el leasing o arrendamiento financiero¹⁵.

Con esa operación compleja, es factible que se disfrute de un equipo moderno, pagando una merced o canon distribuido en el tiempo y aún, quede la posibilidad de adquirir o devolver el bien de capital¹⁶.

Los facilitadores del crédito, generalmente constituyen sociedades especializadas. Son las entidades de leasing, que funcionan como adquirentes.

Así, el arrendamiento financiero se ha abierto paso en el mundo.

2- Carácter autónomo

Doctrinariamente, ha existido una tendencia marcada a acercar al leasing, con otras figuras tradicionales. Para efectos académicos y para mejor entender sus alcances, no es del todo inútil. Claro está, el leasing es un pacto atípico, traído del Derecho Anglosajón y que guarda algunos elementos parecidos.

Pero tiene una combinación de características, que lo distinguen y le dan una entidad propia.

Se ha sostenido, que el leasing, se asimila a un contrato de arrendamiento. Existen algunas

14 Rodríguez Azuero (Sergio). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina.* Legis Editores S.A., quinta edición, Bogotá, 2002, p. 699. Este distinguido doctrinario colombiano, define a este instituto atípico: "Así las cosas, podríamos definir el contrato de leasing o arrendamiento financiero en su forma más representativa, como aquél por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para arrendarlo, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder".

15 Ghersi (Carlos). *Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial.* Tomo 2. Editorial Astrea SRL, Quinta edición, Buenos Aires, 2002. En torno al leasing financiero, comenta: "Se trata de un instrumental de acceso a bienes de capital o durables mediante crédito, especialmente para empresas medianas o pequeñas que no pueden acceder a financiaciones bancarias o extrabancarias por falta de garantías, iniciación en plaza, etc.; contiene la ventaja respecto de estas últimas de que no opera "sobre saldos", situación en la cual las cargas financieras deterioran el poder de expansión de estas empresas (pequeñas o medianas) en los momentos iniciales de su producción y competitividad en el mercado (ajuste al mercado). El crédito-leasing permite así pagos uniformes, en los cuales convergen capital e interés, evitando mayores intereses en el inicio del proyecto, aún cuando se concedan plazos de gracia, pues esto aumenta el costo y sólo difiere la estrangulación financiera de la empresa".

16 Barreira Delfino (Eduardo) "*Leasing. Aspectos Jurídicos Contables. Impositivos y operativos.* Ed. Cangallo S.A. C.I., Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 326. Sobre la naturaleza jurídica del Leasing: "la operación constituye una estructura, un negocio jurídico o contrato complejo integrado, para lograr sus efectos por un conjunto de obligaciones en sí mismas autónomas, pero vinculadas de modo interdependiente e indivisible nacidas de una misma causa y que persiguen la consecución de un resultado determinado."

semejanzas. En ambos casos, hay uso y disfrute de un bien. Se prolonga por un tiempo determinado. Igualmente se conviene en cuotas de amortización, parecidos al alquiler. En el arrendamiento, generalmente la elección del bien para arrendar, la hace el arrendado, mientras que, en el leasing, esta potestad corresponde al Tomador (arrendatario).

El arrendamiento puede recaer, tanto sobre bienes corporales como incorporales; lo único que interesa es su condición de que no sean consumibles. El leasing exige, además, que los bienes sean de los llamados de capital.

En el arrendamiento, el canon se paga en dinero o en especie; mientras que en el leasing, el pago se efectúa siempre en dinero. En el arrendamiento, la entrega del bien la hace el arrendador al arrendatario. En el leasing financiero, el bien lo da un proveedor.

Cierto que hay algunas similitudes entre ambos contratos. En especial, en la fase de administración del leasing. Se da el uso y disfrute, a cambio de una suerte de precio. Pero la gran diferencia, sobreviene al final. El leasing otorga la opción de adquirir el bien. Eso sería anormal, raro y extraño a un simple arrendamiento. La conclusión ineluctable, es que el arrendamiento financiero, es una figura con autonomía.

Otra comparación usual, se ha producido frente a la compraventa sencilla o a plazos.

Es bien sabido que la venta es un contrato traslativo de dominio. Su causa, es transferir la titularidad de un determinado bien, para que entre en el patrimonio del comprador, a cambio de una contraprestación. Como ya se dijo, el leasing es un contrato que privilegia el uso y goce de la cosa. Pero tiene una causa con diferencia. No necesariamente existe ese propósito de incorporación al patrimonio del comprador. En la venta, la transmisión del bien es real y efectiva. En el leasing, sólo es eventual. Queda sujeta a la decisión que tome el tomador al final de la etapa de administración. Es decir, con sujeción a una serie de alternativas. Surge otra diferencia en el tema de las garantías. Generalmente, y por la conexión de las redes contractuales entre dador y proveedor, el dador trata de eximirse de la garantía de vicios redhibitorios de la cosa. Se intenta por medio de una cláusula de exoneración escrita en el pacto de adhesión del leasing. Su validez, es cuestionable ya que muchos ordenamientos establecen responsabilidad solidaria de ambos frente al consumidor del leasing. En la venta, ese tipo de cláusulas, no es frecuente y el vendedor asume de frente toda la obligación de garantía¹⁷.

El leasing financiero, también ha sido comparado con la compraventa a plazos,

17 El tema de la red contractual, el consumidor y la responsabilidad solidaria del fabricante o proveedor con el dador, es complejo. En España, lo que se recomienda es que el tomador o consumidor, los demande a todos en el mismo litigio (Cfr López Frías, Ana. Los Contratos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994, pp. 128 a 130. En Argentina, se critica con vehemencia una reforma por ley 25248 especial para leasing, que mutiló la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria, para favorecer a las entidades de leasing y no poderles exigir responder por vicios redhibitorios en los bienes que arrendan (Comparar con Ghersi, op. cit., pp. 147 a 150).

con condición. Los tractos pagados en el leasing financiero, tienden a identificarse con los abonos al precio. En el leasing, no hay equivalencia entre montos totales por los cánones del bien y el precio final. La realidad, es que esa cuota, va cargada con parte del valor distribuido y además, con un costo financiero que da ganancia al dador. Por sí misma, la cuota no justifica el efecto traslativo de dominio de la venta, porque al final el tomador podría optar por no pagar ni el valor residual. Es decir, no dejarse el bien ya depreciado. Así, el importe por el uso y goce del bien, excede el valor fiscal y hasta el venal, debido a las ventajas económicas de leasing. El dador, ha sacado del tomador, algo más que un simple precio en abonos. Hay otra diferencia crucial. En una compraventa a plazos (con pacto de reserva de dominio), el comprador deviene en propietario con solo pagar la última cuota. Eso, es diametralmente distinto en el leasing financiero. El tomador, sólo se hace dueño de la cosa, si ejerce en la etapa de alternativas, la opción de comprar, pagando el valor de rescate.¹⁸

B) Etapas de desarrollo

El leasing financiero, es un contrato que se enmarca dentro de aquellos llamados como de ejecución sucesiva. De ahí, que se pueda descomponer su desarrollo, únicamente para efectos de análisis, en una serie de fases o etapas. Bajo las clasificaciones usuales, encuadra dentro de los contratos de ejecución sucesiva. O sea, su despliegue es continuo y paulatino.¹⁹

Ahora bien, dentro de ese lapso continuado de ejecución del contrato, la doctrina ha definido tres etapas distintas que se suceden en el tiempo, a saber: la etapa precontractual, la contractual, y una impredecible etapa final.

1- Precontractual

En este episodio inicial, los interesados preparan todos los elementos necesarios para su ejecución. Se llevan a cabo actos preparatorios para la puesta en marcha del contrato²⁰.

18 Jinesta (Ernesto). Contrato de leasing financiero. Revista Judicial, número 55, San José, 1992, pp 21-25. Explica el jurista citado: “ (...) no puede presumirse que el tomador tenga al inicio del Contrato de Leasing, voluntad de comprar, ya que esta normalmente suele formarse al término del contrato y por diversos factores. Para la existencia del efecto traslativo, en el Contrato de Leasing, debe haber una manifestación de voluntad para ejercer la opción de compraventa.”

19 Cfr con Baudrit Carrillo *op. cit.* p.38. Las obligaciones en el pacto de ejecución sucesiva se van ejecutando durante el transcurso del tiempo, o sea que el cumplimiento de esas obligaciones, que tienen carácter de permanencia durante toda la vigencia del contrato, se escalona en el tiempo.

20 Alterini Atilio (Anibal) Derecho Comercial Contemporáneo. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá 1989, p. 113. Este autor comenta la etapa precontractual, con su gama de actos preparatorios: “selección y compra de los bienes; es aquí donde se selecciona al proveedor o persona que suministrara el bien o bienes objeto del Contrato de Leasing; el usuario es entonces quien, toma la decisión de financiación y escoge al proveedor. Una vez que ha escogido el equipo y ha entrado en contacto con el fabricante, el usuario se dirige a la sociedad de leasing y formula la solicitud respectiva; la sociedad de leasing la estudia teniendo en cuenta especialmente factores tales como la solvencia del usuario y rentabilidad de la inversión. Si la solicitud es aceptada, la sociedad de leasing dirige una oferta al usuario con los elementos propios del Contrato de Leasing y, si esta oferta es aceptada, se firma el Contrato de Leasing y nacen las obligaciones y derechos para cada una de las partes intervinientes.”

Se lleva a cabo el estudio de factibilidad por parte del sujeto dador, quien formula una oferta de contratación. Cuando es aceptada por el tomador, el dador, procede a la compra de los bienes.

Algo interesantísimo, es que el tomador le hace manifiesto al dador, su interés sobre un bien específico. O sea, el objeto del arrendamiento financiero, es especialmente seleccionado por su futuro usuario. Él, ha buscado y constatado todas las características y cualidades del bien de capital que necesita. Se lo comunica con antelación al dador, para que acuda donde el proveedor. El proveedor, le transmite en propiedad ese bien al dador. Éste último, por decirlo así, lo adquiere, para ponerlo a trabajar en una especie de alquiler, que le dejará buenas ganancias.

Confranqueza, ésta etapa no tiene mucho interés de cara a la declaratoria de la quiebra. Sólo se han dicho meras intenciones, indemnizables bajo el criterio del interés negativo. No hay aún, un contrato sólido, según los principios que esbozó Satta. No se puede afirmar que haya relación jurídica preexistente.

2- Administración

La etapa de administración, presupone la coetánea firma del contrato de arrendamiento financiero. Se produce la manifestación de voluntad, que perfecciona el pacto. Se inicia la ejecución del contrato. El bien, queda a disposición del tomador. En definitiva, queda fijado el canon periódico, el valor residual del bien, las condiciones resolutorias del pacto y su duración. El tomador, contento con el bien que le consiguió el dador con el proveedor, comienza el uso y disfrute del bien de capital. La entidad de leasing, se enriquece con el pago de las cuotas a través de toda la vida útil

contable del activo, calculada bajo los métodos de línea recta o depreciación acumulada.

Este fase, es totalmente trascendente y es la más susceptible de quedar bajo la influencia de la declaratoria de quiebra. Por su eventual mediana duración, se corre el riesgo de que el dador o el tomador, sufran la falencia. Ello, provoca que el contrato, aún en progreso, sea de aquellos llamados pendientes en etapa de ejecución y con prestaciones recíprocas por dar.

Si el concurso sobreviene en esta etapa, queda despejada la gama de oportunidades que brinda la fase siguiente, como se comentará.

3- Alternativas

En verdad, esta etapa es la más curiosa del leasing financiero. Hace que tome un tinte diferente al de otras figuras clásicas. Al llegar al final del tramo de depreciación del activo, el tomador debe tomar una seria decisión. Se le presentan varias opciones. Puede devolver el bien usado. Puede renovar el contrato, con el reajuste de la cuota. Puede suscribir un convenio de novación del leasing, recibiendo un nuevo bien de capital más moderno. Finalmente, y como una posibilidad nada despreciable, puede ejercer la opción de compra y pagar el valor de rescate pactado, para quedarse con el bien en propiedad.

Para el mundo del Derecho Concursal, esta fase es también muy importante. Presupone que ya casi se ha consumido el pacto. Únicamente, faltaría el ejercicio de ese derecho de opción. Esa manifestación, corre por cuenta del tomador.

Si el tomador cayó en quiebra, va a tener que responder por él, su curador. La entidad de

leasing, va a tratar de sacar de la masa de esa quiebra, un bien de capital que aún es suyo. Igualmente, puede esperar a que el síndico del fallido, le diga que camino tomará el concurso. La lógica indica, que la quiebra del tomador, no quiera dejarse un bien depreciado. Su valor de cara a un remate del proceso liquidatorio, sería bajo y tratar de dejárselo, podría resultar un gasto más para un patrimonio enfermizo y débil. El concurso del dador, podría intentar obtener la propiedad del bien objeto de leasing. El síndico, debería ejercer su facultad de expresar el deseo de comprar y pagar el valor residual convenido. Ello, sólo se daría en rarísimos casos de conveniencia. Por decirlo así, como para tener “una muerte más digna” o falencia menos calamitosa. Y uno de esos casos, sería aquél en que se autorizó la continuación del negocio del tomador quebrado. Además, el bien debiera resultar indispensable para realizar esa faena. Empero, tal cosa, es bastante improbable y de cualquier manera, conseguir un bien, sería generador de gastos de la masa. En la mayoría de las quiebras, la meta o norte perseguido, es liquidar a toda costa.

Otras posibilidades ocurren, si es el dador, quien sufrió la desgracia de quebrar. El concurso de la entidad de leasing, tendría como efecto, la obligación del curador, de integrar toda la porción del activo. Entonces, el síndico estaría en el deber de traer el bien de capital a nombre de la quebrada. Reivindicarlo. En teoría, estaría afecto al desapoderamiento y a responder a la ejecución colectiva. Sin embargo, aquí viene un aspecto sui géneris del arrendamiento financiero. Como relación jurídica preexistente que es, quedó perfeccionada antes de que ocurriera la falencia. Ello, dejó sometido al objeto del leasing, al principio de pacta sunt servanda. Hipotéticamente, el curador, antes de quitarle el bien al tomador, debe escucharle. Ello

implica, darle la oportunidad de escoger entre las alternativas pactadas con el deudor, antes de la falencia. El tomador, podría encontrarse muy cerca de superar la fase de administración, o haberla agotado ya. Ello lo dejaría en perfecta posición, para pagar a la quiebra, cuotas faltantes del leasing y expresar su deseo de recibir el bien en propiedad, con escritura que firmará el curador a nombre del fallido. La doctrina, nunca ha sido clara en puntualizar qué porcentaje de cuotas faltantes puede pagar el tomador, para poder optar por escoger. Queda al arbitrio del Juez Concursal y de los intereses de la universalidad. Pero lo cierto, es que la pendencia de ejecución, quedará salvada dándole ese chance al tomador que se encuentra in bonis.

Otra hipótesis, algo bizarra, es que el síndico favorezca la continuación del negocio de la entidad de leasing. Seguiría arrendando. Ello, abriría un abanico de posibilidades frente a la etapa de alternativas. El tomador, podría novar el leasing, o bien, ampliar la fase de administración del bien ya depreciado en su poder. El curador, deberá ponderar si ello, le produce alguna utilidad al concurso, para paliar con las pérdidas irre recuperables. Tal eventualidad, se ve bastante improbable. Y de toda suerte, la experiencia indica que el juicio universal liquidatorio, espanta y amedrenta a cualquier tomador. Por un lado, se estaría contratado un pacto de ejecución sucesiva, de manera patológica, con un sujeto con patrimonio en franca desmembración. Se estaría lidiando con la ira de múltiples acreedores, que querrían estar recibiendo reparticiones y no dejarían dinero para que la quiebra responda por garantías o litigios con el tomador. Y además, se abriría la puerta, para que penetre el fantasma de la finalización del concurso, antes de que termine el plazo de administración de un leasing novado.

Todo lo que se ha dicho hasta aquí, con respecto al arrendamiento financiero, puede encontrar variaciones de país en país.

C) Efectos de la quiebra sobre el Leasing financiero

Corresponde en este aparte, dar un pequeño recuento acerca de las particularidades de cada ordenamiento. Se brinda una explicación bastante sintética de los aspectos más destacados en cada una de los ordenamientos seleccionados.

1- España

En la nación ibérica la nueva Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio de 2003, contiene disposiciones particulares. En especial, sus artículos 90, 155 y 156.

En virtud de ellos, el leasing financiero, ante el evento de una quiebra, toma un distinto matiz.

En palabras simples, el contrato no es visto como un pacto en donde el dador, se tenga como simple dueño del bien.

El legislador español, ha asimilado el leasing financiero, como una garantía real.

Ello, tendrá consecuencias sustantivas y procesales de importancia, como se analizará.

a) Quiebra del tomador

El usuario o tomador, podría caer en la terrible situación de la quiebra. De ocurrir tal cosa, el dador debe reclamar al síndico del fallido. Según los artículos 60 a 62 de la ley hispana, la declaratoria de concurso, en principio no afecta la vigencia del contrato y hay inadmisión de cláusulas de adhesión que faculten al dador, a dar por terminado el pacto por resolución y apoderarse de una vez del bien (especie de pacto comisorio expreso).

La legislación española, para efectos del concurso, considera al leasing financiero, como una especie de garantía real. Es decir, el dador va a tener un privilegio de ejecutar un bien específico, que responde frente a la restitución de un crédito previamente concedido al tomador. O sea, la cosa que ha sido objeto del contrato de leasing financiero, va a ser ejecutada.

La entidad de leasing, no va a reivindicar el bien de capital. Lo que los artículos 90 inciso segundo y 155 de la Ley Concursal española le otorgan, es un derecho a rematarlo o realizarlo. Con el precio de su venta, puede pagarse su crédito. Y a la vez, dejar en manos de la masa de acreedores, un eventual remanente, si alcanzó para satisfacerse. Si no fuere suficiente el precio de venta, tendrá la oportunidad de legalizar con el resto de acreedores.

Se ha criticado al legislador español²¹.

21 Pacheco Cañete (Matilde). Naturaleza Jurídica del Leasing Financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal. En Revista de Derecho Mercantil , número 252, abril-junio, Consejo de Redacción, Madrid, 2004, p 105. Esta académica española, considera que esa forma de ver las cosas, responde a una visión utilitarista del legislador hispano. Le critica que se han usado las normas, para atender a la finalidad del concurso, que es pagar a todos los acreedores del tomador quebrado. Pero que esa solución, no responde realmente a la auténtica naturaleza jurídica del leasing financiero. Considera que este contrato, no es en sí un derecho real de garantía ni es equiparable con la venta a plazos con reserva de dominio, porque no es ni una venta ni existe en ella, la reserva de dominio. Y motiva esa alegación, afirmando con muchísima razón, que el bien de capital, sólo le llega a pertenecer al tomador, si en el plano jurídico, llega a ejercitar positivamente la opción de compra. Así, por mucho que haya pagado de cuotas, el bien aún no sería suyo ni propiamente perteneciente a la masa de la quiebra del tomador.

En realidad, ha puesto al dador, en una posición de privilegio frente a muchos otros. Equipara al leasing financiero, a una prenda con desplazamiento o a una hipoteca. De una vez, y aunque sólo sea ficción, introduce el bien de capital dentro del patrimonio del quebrado usuario-tomador, a pesar de que aún pertenezca a la entidad de leasing. Eso es lo criticable y desnaturalizador. Y por efecto legal, sin la necesaria aquiescencia del tomador, o su síndico durante el concurso, se permite agredir un sector específico del patrimonio a favor del dador. En realidad, el principio de *par conditio creditorum*, se ve conculcado.

Una posible explicación, puede encontrarse en el poder económico de las empresas dedicadas al leasing y en la intención de grupos políticos, de favorecerlas. Ellas se pagan primero con el producto de la venta. Si no se forzara a la existencia de la subasta y a la función de garantía, todo el bien completo podría quedar a favor del concurso y de la masa quirografaria, pagando las cuotas que falten por supuesto o ejerciendo la opción de quedarse con el bien. Sin embargo, el legislador forzó a pagarle primero a la entidad de leasing

Por otro lado, ese mecanismo, al menos, es práctico. Puede dejar algo para la masa de acreedores. No deja vacías totalmente las manos del concurso ni deja sin resolver el escenario en el que la entidad de leasing actuaba abusivamente. Frena la intención del dador, de apoderarse tanto de las cuotas de amortización que ha venido cubriendo el ahora quebrado y del bien objeto del arrendamiento financiero, simultáneamente. Eso, en palabras simples, era un enriquecimiento sin causa. El bien, queda como perteneciente a la masa y afecto al desapoderamiento de la quiebra. Por eso, se subasta.

Lo particular, es que en la nueva solución española, es sólo para efectos concursales y no para otros. Normalmente, el dador debería intentar la reivindicación frente a la quiebra. No obstante, en virtud de lo comentado, pierde todo sentido, aunque el bien esté identificado registralmente a su nombre. Esa es una consecuencia que procesalmente torna en innecesario el incidente de reivindicación tradicional.

b) Quiebra del dador

La entidad de leasing, también pudo caer en el colapso financiero que implica la quiebra. Para que haya relación jurídica preexistente, la lógica indica que ya se debe estar en etapa de administración o alternativas, del leasing financiero.

En el artículo 83 de la Ley Concursal Española, se hace referencia al momento de declaración del concurso, cuando la prestaciones de las dos partes están por cumplir o una parte ha cumplido y la otra no.

En este último supuesto, la entidad de leasing, puso el bien de capital a disposición del tomador. Por ende, ya habría una ejecución parcial de lo que le corresponde.

Ello, generará dos posibles obligaciones para cada parte contractual.

Por un lado, para la quebrada, la eventualidad de dar el derecho a seleccionar alternativas. Si ello la hace incurrir en costos, van a su masa pasiva, de acuerdo al 83 de la Ley Concursal Española. En teoría, uno de ellos, podría ser pagar una escritura de traspaso, si el tomador opta por pagar el valor residual o de rescate y asumir la propiedad del bien.

Por otro lado, para el tomador, la posibilidad de tener que cubrirle aún, cuotas de arrendamiento financiero a la dadora quebrada. Ello ingresa a la masa activa de la fallida.

A pesar de lo dicho, se deja en pie, una posibilidad adicional. Puede ser operativa, en los casos en que la fase de administración sea totalmente incipiente. Es decir, cuando quien arrendó el bien, ha pagado aún muy pocas cuotas o ha dejado de pagarlas y al concurso de la entidad de leasing, le sirve más mantener en poder de la masa el objeto. Es el ejercicio de la acción resolutoria, mediante el procedimiento de incidente concursal.²²

En líneas anteriores, se habló de la tutela de los intereses económicos del concurso. Ello, podría ser una justificación para sostener un incidente de esa índole. Es sabido, que una causal de resolución, es la excesiva onerosidad sobreviviente. De suyo viene, que en algunos casos, a la universalidad, podría serle muy gravoso continuar con el contrato de leasing, si así lo intenta escoger el tomador (o incluso, en los casos en que comienza apenas la fase de administración)²³.

La otra justificación para resolver, es el incumplimiento. Aquí, es más fácil encontrar explicación. Si el tomador o usuario, ha dejado de pagar las cuotas antes de que se diera la quiebra o en su transcurso, sin duda que la articulación adquiere un sustento. El tomador, no podría ser cumpliente in bonis y ello amerita sanciones.

2- Argentina

En dicha nación sudamericana, en materia de leasing, ha entrado a regir normativa específica para su tratamiento.

Desde el catorce de junio de dos mil, entró en rigor la ley 25248. Se creó con ella, un régimen específico para situaciones concursales de contratos de leasing pendientes de ejecución, con prestaciones recíprocas. Por ser posterior y especial, predomina sobre el régimen común de la legislación de quiebras.

En el artículo 11 de la ley 25248, se incluye un sistema de continuidad en los contratos de leasing. Se deja sentado, un régimen de oponibilidad de los acreedores frente al contrato de leasing debidamente inscrito.²⁴

22 Candelario Macías (Isabel). Impresiones sobre los Efectos de la Declaración del Concurso a la vista de la futura Ley Concursal. En Revista de Derecho Privado , julio-agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2003, pp. 538 y 539.

23 De lo comentado, se puede ver el gigantesco contraste con el anterior procedimiento. El incidente concursal de resolución, no existía y todo quedaba bajo al discrecionalidad del curador. Ahora es diferente y el Juez de la quiebra, es quien decide: "Aquí se concede al síndico el derecho a elegir entre la ejecución y la no ejecución del contrato bilateral, según el criterio que sea más favorable para la masa. Si se decide por la ejecución, las prestaciones contractuales se realizarán íntegramente, o sea que la masa ha de cumplir, sin reducción alguna, la que incumbía al quebrado. Si se decide por la no ejecución, ninguna de las partes queda vinculada por el contrato; pero la parte in bonis puede reclamar daños y perjuicios por la falta de cumplimiento, insinuando este crédito como un crédito ordinario de la quiebra". Ver Garrigues, op. cit., p. 47.

24 Ver Roitman, op. cit., p.580.

a) Quiebra del dador

En forma pacífica, si quiebra la entidad de leasing, el sujeto tomador puede perfectamente aspirar a la continuación del contrato.

Se le reconoce al tomador, la oportunidad de ejercer el derecho de opción de compra, propio de la etapa de alternativas del leasing.

Tal pensamiento legal, se maximiza en los casos en los que faltan muy pocas cuotas por pagar y resta saldar el valor residual del bien. Se dice, que en esas situaciones, virtualmente el bien de capital, ha ingresado en el patrimonio del tomador.

Entonces, el tomador in bonis, sólo debe instar la verificación de su crédito en la quiebra. No sería otra cosa que reclamar que le traspasen el bien con el correlativo pago de saldos a la masa.²⁵

El síndico, de ser necesario, es quien debe comparecer a nombre de la masa, a rubricar la enajenación.

En razón de la especialidad del artículo 11 de la ley de leasing argentina 25248, no es dable que el contratante in bonis, pueda pedir la resolución contractual. Se busca la continuidad del contrato y darle preferencia para ejercer

opciones. La norma le otorga esa ventaja frente a otros acreedores de tipo común y en alguna medida, frente al concurso mismo.

La ley, como novedad, se aplica no sólo al leasing de bienes muebles, sino también a inmuebles para vivienda.

b) Quiebra del tomador

La falencia del usuario del bien de capital, es una posibilidad contemplada por la ley argentina 25248.

Dicha normativa, recarga en el síndico, toda la labor frente al derecho de opción. Sólo él, a nombre del usuario o tomador fallido, puede decidir si la hace valer.

Si en definitiva, la respuesta es positiva, debe suponerse que la quiebra del tomador quebrado, si tiene fondos para pagarle cualquier saldo al dador in bonis, especialmente el valor de rescate. Y además, que le va a resultar provechoso hacerse del bien de capital, para repartirlo entre otros acreedores.

El procedimiento, puede resumirse de la siguiente manera:

Sesenta días para ejercer la opción de continuación por parte del síndico, contados

25 Ibid, pp. 581 y 582. En estos casos de leasing en Argentina, vale más la regla de pacta sunt servanda, que la fuerza del fallo de quiebra. Dice Roitman: "Se trata entonces de otro de los contratos en los cuales la quiebra no produce efectos hacia la parte in bonis (...), razón por la cual la quiebra carece de influencia sobre el contrato de leasing en curso; el tomador habrá de tener, simplemente, la precaución de pagar los cánones locativos al síndico después de la sentencia de quiebra, teniendo en cuenta que tales fondos ingresan al activo falencial por razón del desapoderamiento, y se encargará de pagar el precio por el valor residual si decide ejercitar la opción de compra que otorga el contrato".

desde la declaración falencial del tomador. Este plazo, es 3 veces más largo que el que otorga la ley concursal común 24522.

En caso de silencio, opera la resolución automática transcurrido el lapso bimensual.

El Juez devuelve el bien al dador o entidad de leasing, contra presentación del contrato.

Concomitante reclamo de verificación de crédito del dador, ante la quiebra del tomador. Le puede cobrar al concurso, las cuotas o cánones debidos y cualquier suma que el fallido le debiera, derivada del pacto de leasing.

3) México

En México, rige una nueva ley de quiebras. Corresponde a la Ley de Concursos Mercantiles del 27 de abril del 2000.

En materia de contratos pendientes de ejecución, conviene transcribir literalmente el contenido del artículo 92 de esa normativa²⁶. Reza:

“Los contratos, preparatorios o definitivos, pendientes de ejecución deberán ser cumplidos por el Comerciante, salvo que el conciliador se oponga por así convenir a los intereses de la Masa.

El que hubiere contratado con el Comerciante, tendrá derecho a que el conciliador declare si se opondrá al cumplimiento del contrato. Si el

Conciliador manifiesta que no se opondrá, el Comerciante deberá cumplir o garantizar su cumplimiento. Si el conciliador hace saber que se opondrá, o no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el Comerciante podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al Conciliador.

Cuando el Conciliador esté a cargo de la administración o autorice al Comerciante la ejecución de los contratos pendientes, podrá evitar la separación de los bienes, o en su caso, exigir la entrega, pagando su precio”.

Como puede inferirse de lectura de ese ordinal, el conciliador tiene un peso enorme en este tópico.

Se necesita su expresa respuesta positiva, para que el contratante in bonis pueda continuar con la ejecución contractual y obtener el cumplimiento del quebrado. En este supuesto, de complacencia del conciliador, sí se hace realidad la regla de la fuerza vinculante del contrato y se propicia la continuidad.

Cuando no hay respuesta expresa o se manifiesta una negativa, el contratante in bonis, no tendrá más remedio, que entender que la resolución contractual se apoderará de la escena. Sólo le queda notificar al conciliador para tener por cumplido el requisito procesal, o bien, para ver si ahora sí da respuesta favorable.

26 Ley de Concursos Mercantiles. Actualizada. Ediciones Delma SA de CV, México D.F, 2006, p. 36.

Pareciera que frente a la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el único cambio tangible en la regla general, es fijar un plazo de veinte días para definir la situación y la nomenclatura y pertenencia al IFECOM del funcionario que da la respuesta.²⁷

a) Quiebra del tomador

En el sistema mexicano, parece no existir una previsión específica para el leasing.

En verdad, ello deja en un limbo total al usuario o tomador que cae en quiebra. El bien objeto del leasing, no estaría inscrito en un registro especial.

Estaría registrado, a nombre de la entidad de leasing. Ello, sin más, la facultaría para aplicar la reivindicación, a tenor del artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles.

El vacío y las lagunas que deja dicha normativa, son amplios, porque no es dable asimilar el leasing, ni al arrendamiento ni a la compraventa. Como ya se ha visto, es un pacto autónomo y el operador jurídico que acerque el leasing a

alguna de esas figuras, está tomando partido de manera comprometedor y discutible.

Así, no hay trabas explícitas para que se excluya de la masa falencial activa el bien de capital que posea el tomador quebrado.

El único remedio posible, es que el Conciliador se pronuncie en forma afirmativa a los pedidos de buena fe, que haga la entidad de leasing, para seguir con el curso normal del contrato, tal y como se pactó originalmente.

b) Quiebra del dador

El caso de la quiebra de la entidad de leasing, somete a vicisitudes similares al operador jurídico y al contrante in bonis.

La meta del tomador, será intentar conseguir que le traspasen el bien de capital, previo ejercicio del derecho de opción.

Podrá lograrlo, siempre y cuando obtenga la aquiescencia del conciliador, en los términos del artículo 91 de la Ley de Concursos Mercantiles mexicana.

27 En efecto, no se observan cambios ostensibles. Se comentaba sobre las relaciones jurídicas preexistentes en México: "Bajo este rubro se entienden comprendidos los contratos bilaterales, de cualquier índole, que un comerciante tenía propalados o firmados al momento de quebrar. Sobre el particular la regla general consiste en que los contratos bilaterales cuya ejecución esté pendiente por parte del comerciante que quebró, podrán ser cumplidos por el síndico, previa autorización del juez y oída intervención. Por su parte, el que hubiere contratado con el quebrado y se pudiera ver afectado por el incumplimiento, podrá pedir al síndico que manifieste si cumplirá o rescindirá el contrato aún cuando no hubiere llegado al momento de su cumplimiento, a fin de que el afectado actué de acuerdo con la consecuencia jurídica que mejor proceda. Si en cambio, el contrato bilateral está pendiente de ejecución, no del comerciante quebrado sino de su contraparte, éste podrá suspender la ejecución hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación (Art. 139 LQSP)". Así se observa en Dávalos Mejía (Carlos). Títulos y Contratos de Crédito. Quiebras. Editorial Harla SA de CV, México D.F., 1984, p. 561. En un sentido similar, las lacónicas observaciones que se consignan en la nota explicativa 32, que dice que basta con una norma general que dijera que la quiebra no rescinde automáticamente los contratos pendientes de ejecución y que el síndico podría continuarlos si garantiza el interés del otro contratante. Constatar en Cervantes Ahumada (Raúl). Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A., reimpresión de la tercera edición, México D.F. 1985, p. 61 y 202.

En caso contrario, deberá emprender un largo reclamo contra el concurso, luego de notificar al conciliador su intención de resolver el contrato.

Sección Segunda : Quiebra y Fideicomiso de garantía

La existencia de un concurso, podría tener implicaciones sobre la vida y gestión del fideicomiso. Ese tipo de contrato, hace nacer un patrimonio autónomo, por medio de un contrato bancario polifuncional y maleable.

A) Concepto genérico del fideicomiso

Es menester, antes de abordar el tema del fideicomiso de garantía, conocer algunas de las características más generales, de las que participa esa especie de interés.

1- Naturaleza jurídica

El fideicomiso es básicamente un acuerdo de voluntades por medio del cual una persona física o jurídica, llamada fideicomitente, traspasa a otra persona física o jurídica llamada fiduciario, bienes o derechos en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica, llamada fideicomisario o beneficiario.

El fideicomiso tiene sus características propias. Es un contrato mercantil. Encuentra regulación a partir del numeral 633 del Código de Comercio y eso lo hace típico. Es real. Requiere para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario. Requiere de formalidad. Para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse

escritura pública ante notario y ésta se inscribirá en el Registro Público.

Algo muy importante, es su carácter de negocio fiduciario, intuitae personae. Se afirma tal cosa, porque se basa en la “consideración de la persona”. La confianza es un elemento básico para el acuerdo y ejecución del Fideicomiso. El fideicomitente entrega la titularidad de todos o algunos de sus bienes y derechos, a otro. En acto de confianza, los recibe para realizar con ellos el encargo pedido.

La finalidad del fideicomiso, sin duda alguna, es el punto medular de este tipo de contratos. Todas las actuaciones del fiduciario, deben estar encaminadas a alcanzarla. Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el pacto. El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso, radica en la licitud. Toda actuación del fiduciario, debe estar apegada al ordenamiento jurídico y no puede ir en contra de éste. El fin debe ser lícito. Los fines del fideicomiso, entonces, pueden ser amplios y variados. En cierta manera, las metas que tenga el contrato, vienen a establecer las clases de fideicomisos que existen. Como se dirá, aquí interesa la finalidad de garantía.

2- Aspectos subjetivos y objetivos del fideicomiso

El fideicomiso, puede ser descompuesto en sus faceta subjetiva, es decir sus participantes y en una faceta objetiva, que atañe a lo que sucede con sus bienes.

a) Sujetos del fideicomiso

En el fideicomiso, intervienen al menos dos sujetos. Son el fideicomitente y el fiduciario.

La voluntad libremente expresada por ellos, hace posible que nazca el fideicomiso. Existe potencialmente un tercer elemento personal. Es el llamado fideicomisario o beneficiario. Puede darse que él no suscriba el pacto al momento de su otorgamiento. Lo importante es que la identidad de éste beneficiario sí esté definida como tal. La ley no prohíbe que el fideicomitente sea a la vez fiduciario. No obstante, sí está prohibido es que en una misma persona física o jurídica, se confunda la condición de fiduciario y fideicomisario, por el conflicto de intereses que ello podría generar, perjudicando así al fideicomitente (artículo 656 del Código de Comercio). La legislación mercantil, señala que el fideicomiso, en el cual el fideicomitente es a la vez fiduciario, se presume constituido en fraude de acreedores, salvo que se pruebe que el fideicomiso haya generado ganancias o frutos suficientes al fideicomisario como para enfrentar con ellos el pago de las deudas y que exista contenido patrimonial suficiente para responder. El Código de Comercio, también preceptúa, que en los casos en los que el fideicomiso se constituya para un fideicomisario persona jurídica, su duración no puede contemplar un plazo mayor de los treinta años, salvo los casos del Estado, o entidades públicas o privadas de beneficencia o sin afán de lucro.

El fideicomitente, es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspasa bienes de su patrimonio, en propiedad fiduciaria al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines para los cuales se creó.

El fiduciario, es la persona jurídica a la cual se le traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, por parte del fideicomitente. Debe administrarlos y con ello, cumplir lo fines establecidos en el contrato suscrito por las partes. Con respecto

al patrimonio fideicometido, el fiduciario asume las obligaciones de un buen padre de familia con bienes propios. Entre ese tipo de obligaciones, figuran:

- Cumplir con los fines del fideicomiso, dentro de los términos contractuales y de licitud que establece el ordenamiento jurídico.
- Guardar el secreto fiduciario.
- Contabilizar individualmente cada negocio fiduciario que tenga en sus manos, separando cada patrimonio fideicometido de su propio patrimonio y del patrimonio de las partes que intervienen en el fideicomiso.
- Rendir cuentas de su gestión como administrador y ejecutor del fideicomiso.
- Pagar los impuestos, tasas y otras cargas que pesen sobre los bienes fideicometidos.

El fideicomisario es otro de los sujetos del contrato, obligándose el fiduciario a entregarle, en el instante en que el pacto lo establezca, los frutos o bienes. Generalmente, se asimila el término fideicomisario con el de beneficiario. No obstante, tales vocablos no son sinónimos. Puede establecerse una diferencia entre ambos. Como ejemplo, puede servir el caso de un fideicomiso de titularización para otorgamiento de un crédito. Ahí, el fideicomisario, es el adquirente de títulos valores que ha colocado en el mercado; el fiduciario, capta los recursos y el beneficiario, es la persona a la cual se le otorga el crédito, por parte del fideicomiso.

b) Objeto del fideicomiso:

Puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombres, que tengan existencia y que su titular, tenga facultades de disposición sobre ellos.

Para que algún derecho incorporal pueda ser objeto del fideicomiso, debe ser de naturaleza meramente patrimonial y susceptible de valoración económica.

El traspaso de bienes que haga un fideicomitente al fideicomiso, equivale a que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Este es un tipo particular de propiedad, distinta a la concepción civil tradicional. Aún cuando el fiduciario tenga la condición de propietario, existe para él una limitación y es que no puede disponer libremente de los bienes, sino en la medida que lo autoricen los términos del contrato de fideicomiso. Los bienes que se convierten en propiedad fiduciaria llegan a adquirir especiales características.

Se vuelven en patrimonio autónomo. Ello quiere decir que queda separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. A esto hay que poner atención en la ejecución colectiva o quiebra. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como entidad patrimonial autónoma. El fideicomiso no gozará de personalidad jurídica. Pero desde el punto de vista económico, cuenta con un haber patrimonial propio. Ese patrimonio, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Estos son establecidos por las partes en el pacto. El fideicomitente se los señala ahí al fiduciario. El fiduciario queda como el encargado de hacerlos cumplir.

B) Fideicomiso de garantía:

Es una categoría de fideicomiso que se constituye con el fin de adquirir una obligación crediticia²⁸.

28 París Rodríguez (Hernando). Los contratos privados en la jurisprudencia de Casación. El Cano Editores S.A., tercera edición, San José, 2003, pp. 180 y 181. Explica este jurista nacional: "En el fideicomiso en garantía el fideicomitente es deudor de otro sujeto por determinada suma de dinero u otra prestación. Como garantía de cumplimiento de la obligación, constituye fideicomiso por el cual transmite la propiedad de un bien determinado a un fiduciario, el cual, en caso de que el fideicomitente incumpla una obligación, se encargará de proceder al remate del bien o bienes fideicometidos, para pagar con el producto la indemnización correspondiente al acreedor". El autor deja en claro, que una cláusula estelar de estos sofisticados contratos, es la arbitral. Por los cuantiosísimos intereses que ahí se plasman, los empresarios y banqueros prefieren la celeridad que les da la justicia privada. Trae a colación el voto 005-F-2003 de la las 15:10 horas de 15 de enero de 2003, emanado de la Sala Primera. Ahí, queda reconfirmada la glosa hecha por el señor París.

Nace por voluntad de una persona física o jurídica que necesita ser deudor de un préstamo²⁹.

El fideicomitente toma la decisión de entregar los bienes a un fiduciario. También, procede a designar como fideicomisario a la o las personas que vayan a ser sus eventuales acreedores³⁰.

La especial finalidad de este tipo de negocio, consiste en que los acreedores del fideicomitente se garantizan que en caso de incumplimiento, el fiduciario va a liquidar los bienes que le entregó el fideicomitente. Con su producto, se pagará proporcionalmente todas las obligaciones que hayan quedado insolutas y que el patrimonio autónomo respalda³¹.

Cabe aclarar, que los bienes con los que cuenta el fideicomiso, se convierten en garantía o prenda común de los acreedores beneficiarios (principio de responsabilidad universal patrimonial del 981 del Código Civil de ese fideicomiso). El papel que asume el fiduciario, en ningún caso, será de fiador solidario ni avalista. Su rol se contrae a administrar el patrimonio y eventualmente liquidarlo si hay incumplimiento. El fiduciario, entonces, debe garantizar a los fideicomisarios-acreedores, que el patrimonio es existente y registrar su valor actualizado para efectos de una potencial liquidación. El fiduciario contrata evaluadores profesionales que emiten certificados de garantía del precio, para probar su labor a los futuros compradores. Eso es una ventaja para el deudor. En vía judicial, es frecuente que

29 Según don Hernando París, la reforma al 648 del Código de Comercio, tuvo como fin dar sustento jurídico a una práctica de los bancos desde la década de los 80's. Quedó así el nuevo párrafo añadido por ley 7732-97: "Artículo 648 (...) Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato." Vid París Rodríguez, op. cit., p. 180.

30 Almazán Alanis (Pablo Roberto) y Acosta Romero (Miguel). Los Contratos de Fideicomiso y su relación con el Procedimiento Concursal de la Quiebra. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997, pp. 372 y 373. Los mexicanos Almazán Alanis y Acosta Romero, sobre este tópico, brindan valiosas acotaciones. Dicen: "El hecho de que los bienes o derechos formen parte de un patrimonio autónomo, significa, para los acreditantes (fideicomisarios), una mayor seguridad, ya que dicho patrimonio no podrá ser gravado o enajenado nuevamente por el deudor, además de que el destino de esos bienes no podrá ser otro que el estrictamente señalado en el cuerpo del contrato. Se puede constituir un fideicomiso de garantía con toda clase de bienes o derechos: tanto para aquellos que se formalizan para garantizar operaciones de financiamiento, vía emisión de papel comercial, pagarés a mediano plazo o de certificados de participación, operaciones de factoraje, arrendamiento financiero y de crédito tradicional".

31 La sola referencia al fideicomiso de garantía, toca una fibra sensible. Aquella que reacciona al pensar en el temible pacto comisorio (421 del Código Civil y 536 del Código de Comercio). Rodríguez Azuero, disipa esos temores. Hace ver que el fideicomiso de garantía, en principio, no debiera implicar un mecanismo injusto para que el acreedor se apodere de los bienes, sin pasar por los Tribunales. Expresa que no se vulnera la indelegabilidad de la potestad pública de administrar justicia. Para él, al fiduciario no se le pone a juzgar una situación de controversia. Sino, simplemente debe constatar una sencilla circunstancia de hecho objetiva: que a una fecha cierta, el deudor fideicomitente no hizo pago de una suma. Sólo eso. Agrega, que así, no queda campo para ninguna calificación subjetiva. Como razones adicionales, expone que en forma deliberada y consciente, el deudor transfirió previamente sus bienes. Recalca el carácter dispositivo y patrimonial de ese acto. Añade que el derecho de defensa, tampoco sufre. Lo motiva, en la posibilidad de demandar la responsabilidad del fiduciario, si no se apega a las instrucciones del contrato. Esto es síntesis de lo que apunta Rodríguez Azuero, op. cit., pp. 892 y 893.

el remate sea con bases por debajo de los valores venales.

La ventaja que este tipo de fideicomisos proporciona, es que las partes pueden contractualmente prever la forma de liquidar los bienes, sin que necesariamente deban acudir al trámite judicial de la vía de apremio o ejecución (juicio prendario o hipotecario), que puede ser engorroso, largo y perjudicial para las necesidades de financiación y cobro de todos los involucrados³².

C) Efectos de la quiebra sobre el fideicomiso de garantía

En los diversos ordenamientos iberoamericanos traídos a colación, la declaratoria del juicio universal puede acarrear efectos. A continuación, se hace un análisis de ellos, sin pretender que el inventario de supuestos, sea exhaustivo.

1- España

La Ley Concursal promulgada en 2003, dispone en su artículo 61 párrafo segundo:

“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado

como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.

Por su parte, en virtud de ese último reenvío, dice el ordinal 84 párrafo segundo, en referencia a los créditos de la masa:

“(…) los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso”.

a) Sobre el fiduciario

El fiduciario, será quien se encargue de la administración y ejecución del fideicomiso de garantía.

Su papel, es crucial. Sus talentos, fueron vistos por el fideicomitente, como motivo especial para encargarle tan delicada labor.

El negocio fiduciario, como se ha dicho hasta la saciedad, entraña confianza. Ese es el pilar que lo sostiene.

Si el fiduciario quiebra, toda su labor al mando de la administración de bienes, queda debilitada y en entredicho. Ello, se justifica en el desapoderamiento.

32 El fideicomiso de garantía, es un contrato de colaboración y cada parte adopta una posición proactiva. Así, previo al financiamiento, deben ser exhaustivos en el procedimiento de realización. Tienen que definir bien, el registro de beneficiarios, la forma de hacer futuros avalúos, la manera de sacar a venta los bienes, posibilidad de reducir progresivamente el precio de la oferta si no aparecen interesados, hipótesis y precios para que acreedor reciba el bien en pago de su crédito, etc. Ahí impera la autonomía de la voluntad y no hay fórmula exacta. Rodríguez Azuero, *op.cit.*, p. 894, recalca que no deben quedar resquicios a la calificación subjetiva del fiduciario.

De suyo, viene a ser que el órgano novedoso previsto en el artículo 26 de la Ley Concursal Española, es quien entra en la escena. Es la administración concursal, que está integrada por varios miembros³³. Así, las tareas que originalmente le encargó el fideicomitente, tal vez no puedan ser llevadas a cabo con el mismo encomio, conocimiento o astucia. Potencialmente, aunque se autorizara la continuación del negocio del fiduciario fallido, toda la situación vendría a variar. Puede ser muy improbable que ese órgano de plural composición, pueda llenar todas las exigencias de celo, diligencia en los negocios y discreción, originalmente deseados del fideicomitente.

Así, en los contratos intuitae personae, hay ruptura del principio general de no resolución ipso iure sostenido por Satta y predicado en el artículo 61 de la Ley Concursal Española de 2003.

Podría considerarse la aplicación del 62 de esa legislación novedosa, ya que el mismo concurso podría pedir la resolución del pacto de fideicomiso, por las razones apuntadas y por la inconveniencia de continuar con una labor delicada que le podría generar responsabilidades.

b) Sobre el fideicomitente

Hay que llamar la atención en un punto específico. El fideicomiso, viene a formar un patrimonio autónomo. En ese sentido, los

bienes afectados, no estarían dentro de la acervo patrimonial activo de la quiebra.

Habrían escapado, por un contrato que sólo podría ser cuestionado por las acciones concursales. Habrá que demostrar fraude del fideicomitente y que se hizo dentro del período de sospecha y la retroacción.

Mismo razonamiento, si el deudor lo instauró como un mecanismo paraconcursal para salvarse. En ese caso, tendría que haber ofrecido una solución aceptable a todos y cada uno de sus acreedores. En teoría, así nadie le reprocharía violación al *pars conditio creditorum*, en la vía correspondiente.

c) Sobre el beneficiario

Ante la quiebra del beneficiario, los frutos que vaya rindiendo el fideicomiso para él, van a entrar en forma directa al concurso, para favorecer a la masa.

Tal sería la solución que parece válida, mientras pueda presumirse que llene los requisitos para estar en esa condición. Es decir, desde la declaración (o antes, dependiendo del éxito de posibles acciones concursales) hasta antes de la rehabilitación.

Otra perspectiva, para el beneficiario, no atañe precisamente a su propia quiebra. Sino, a la del fideicomitente. La situación de éste último en materia de acciones de fraude y nulidad

33 Encinar Telles (José Luis). Sobre la supuesta necesidad de la figura del administrador concursal –acreedor en la nueva ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal. En XXV Jornadas de Estudio. El Nuevo Sistema Mercantil. Ministerio de Justicia Español, Madrid, 2003, p. 297. Se explica que en los artículos del 26 al 28, se desarrollo en la ley, un órgano de sindicatura de composición plural, diferente al régimen anterior. Ahora, tendría una composición heterogénea, con un abogado, un auditor de cuentas o economista titulado y un acreedor ordinario o con privilegio general no garantizado. Esa multiplicidad de caracteres extraños a conciliar, en un órgano ex novo o tertium genus como lo llama el autor, dificulta que se haga verosímil la continuidad de la confianza, propia del fiduciario.

concursoales, va a determinar lo que pueda recibir el beneficiario.

2- Argentina

En ese país, el tema del fideicomiso, guarda una tradición similar a la costarricense, y ahí se respeta el carácter distinto de ese tipo de afectación patrimonial.

a) Sobre el fiduciario

En materia concursal, el artículo 147 de la ley 24522. Es el más importante para este caso, que involucra una relación jurídica preexistente. Se aplica la resolución ope legis, o de pleno derecho, en razón de la prestación que brinda el fiduciario. Su obligación, es de carácter personalísimo, debido al intuitae personae que entraña el fideicomiso en su gestión.

Indica: “Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición”. de fideicomiso, la ley 24441, contiene una disposición expresa, que resulta esclarecedora.

Por otro lado, en la nación sudamericana, rige la Ley 24441/95, que es la normativa para

fideicomisos. Ahí, como se hizo ver antes, se da crédito a la autonomía de esos patrimonios. Reza el artículo 14:

“(...) los bienes fideicometidos quedarán exentos de la acción singular o la colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicometidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude”.

Por su lado, el ordinal 16 indica:

“(...) los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra”.

Regresando al tema de la posibilidad de no resolver el negocio, hay una disposición interesante. El artículo 151 de la normativa argentina comentada, contiene una opción excepcional, que permitiría la continuidad de la actividad del fiduciario en desgracia. Sin embargo, como ya se ha dicho, es poco probable que el fideicomitente le de su confianza al síndico que desee seguir. Y en todo caso, ello representa un riesgo de gastos y de agravación de responsabilidades para los intereses del concurso³⁴.

34 Games (Luis María); Esparza (Gustavo). *Fideicomiso y Concursos. Introducción a un tema complejo y problemático*. Ediciones Depalma SRL, Buenos Aires, 1997, p. 55. Estos autores, ven la bondad de la decisión de continuar adelante con la gestión, como algo casuístico. No consideran que la resolución tenga un carácter absoluto.

b) Sobre el fideicomitente

Del texto invocado del artículo 14 de la ley 24441/ 95, se llega a una conclusión ya frecuente.

El fideicomiso, es un patrimonio aparte del que posee el fideicomitente. Al estar afectado a un fin específico, no puede ser atacado por la masa, porque es independiente.

Los bienes fideicomitados, se libran del desapoderamiento y la ley del dividendo, mientras mantengan esa condición.

El fideicomitente, transmite bienes a título fiduciario, que es distinto al oneroso o al gratuito. De ahí, que debe buscarse en la causa o finalidad del contrato de fideicomiso, a efectos de atacar su validez y eficacia.

c) Sobre el beneficiario

Al beneficiario, se le puede aplicar el artículo 15 de la ley 24441/95:

“Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

En estos supuestos, una vez que el beneficiario recibe los bienes, no hay duda, que ellos pasan directamente a la masa, para favorecer a sus acreedores.

Igual sucede con los frutos que los bienes produzcan, conforme se le vayan entregando.

No obstante, se propone el caso de que el dominio fideicomitado, para regresar a manos del beneficiario, se halle sometido a condición por parte de este. Ahí, la doctrina propone que los acreedores ejerzan la acción oblicua para superar la inercia³⁵.

3- México

Corresponde hacer un breve comentario sobre algunas disposiciones de la Ley de Concursos Mercantiles Mexicana del 2000, en cuanto sean pertinentes al tema.

a) Sobre el fiduciario

La ley mexicana, no contiene una previsión expresa y diáfana para los casos en que quiebra el fiduciario o gestor del patrimonio autónomo.

Por supuesto que el fideicomiso, es un contrato en el que hay preminencia del elemento confianza.

De ahí que los pactos más afines, son los que involucran ese factor. Entre ellos, la comisión, el depósito y el mandato, por ejemplo.

A esos acuerdos, se les aplica los artículos 91 y 100 de la Ley de Concursos Mercantiles.

35 Mármol (Pablo Ernesto). El Fideicomiso y sus sujetos frente a la nueva Ley de Concursos y Quiebras. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997, pp.355

Mediante esas normas, se permite al conciliador, continuarlos y no quedan resueltos, salvo que manifieste lo contrario³⁶.

Señala el numeral 100:

“Los contratos de depósito, de apertura de crédito, de comisión y de mandato, no quedarán resueltos por el concurso mercantil de una de las partes, salvo que el conciliador considere que deben darse por resueltos”.

En ese sentido, por involucrar la condición de *intuitae personae*, también, habrá que identificar al fideicomiso, con el régimen jurídico de esos pactos.

b) Sobre el fideicomitente

Como en otros sistemas, el fideicomitente ha creado un especial patrimonio de afectación.

El artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, señala que podrán separarse de la masa de bienes del concurso, los que estén en las situaciones ahí previstas, o análogas.

Y precisamente, una de ellas, es la del párrafo VII. Se hace referencia al caso del fideicomiso³⁷.

c) Sobre el beneficiario

El fideicomiso, puede cumplir el fin para el que fue constituido.

Si así fuere, su contenido patrimonial debe enrumbarse a un beneficiario en quiebra.

Interpretando a contrariu sensu el artículo 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, una vez que salgan los bienes del fideicomiso, deberían pasar al pasar a la masa.

Ahí, los acreedores podrían satisfacerse y cobrar sus créditos de acuerdo a su privilegio.

Sección Tercera: Quiebra y Franquicia

Las franquicias comerciales, proporcionan múltiples ventajas y favorecen la creación de riqueza y la expansión de modelos empresariales. Empero, la falencia podría tocar las puertas de algunos de los sujetos que de ella participan. Amerita dar cuenta de los posibles efectos en ese penoso supuesto.

A) Naturaleza jurídica del Franchising

Marzorati indica que “es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a un estricto control y asistencia técnica en forma continua.”³⁸

Flores Bedoya expresa que “es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución continuada, cuya esencia es la colaboración

36 Roitman contrasta esa disposición mexicana, con el 147 de la Ley argentina. Ver su obra, a página 304.

37 Según los comentarios de Almazán y Acosta, parece que ese numeral 71 de la Ley de Concursos Mercantiles, quedó prácticamente igual al derogado 159 de la Ley de Suspensión de Pagos y Quiebras que ellos mencionan. Ver Almazán y Acosta, *op. cit.*, p 373.

38 Marzorati (Oswaldo). *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 190..

empresarial con el fin de reproducir un negocio exitoso en las manos de un comerciante diferente de su titular pero con la asesoría permanente de éste durante la vigencia del contrato.”³⁹

Bernal Fuentes indica que “la franquicia aparece como un convenio entre un productor mayorista – Franquiciador- y un distribuidor –Franquiciado-, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un conjunto relativo a bienes de propiedad industrial –licencias de patente, marcas y demás signos distintivos, know how- asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa... como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, ente las que destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato –derecho de entrada o entry free- y/ o cánones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo...”⁴⁰

B) Objeto y sujetos

El objeto de toda franquicia lo constituye la transmisión del “Know How”, “saber hacer” o “savoir faire” de los franceses.

Hay una transferencia de conocimientos técnicos, de índole confidencial. Pueden o no, ser patentados. Lo rescatable, es que ya han sido probados con éxito.

Deben ser adaptables a las condiciones del mercado. Deben asimismo, ser esenciales para la venta de mercadería o la oferta de servicios de manera efectiva, transmisible, reproducible. La idea es que sirvan para mejorar la posición de la empresa dentro del mercado.

En virtud del contrato, el sujeto franquiciante enseña al sujeto franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos o prestar sus servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante.

La mejor manera de entender el papel de los sujetos y quiénes son, se deduce a partir de sus atribuciones y deberes⁴¹.

El franquiciante debe:

- Autorizar el uso de una marca o derecho de propiedad intelectual exitoso.
- Proporcionar un sistema operativo de funcionamiento de la empresa, lo que normalmente se hace a través del manual de operación de la empresa.
- Garantizar la solución de cualquier problema referente a la comercialización de los productos y al uso de signos distintivos.

39 Flores Bedoya (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1999, pp 46.

40 Fuentes Vargas (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995, pp. 54.

41 Información sintetizada a partir de Barrenechea (Jon). Los contratos más utilizados en la empresa. Ediciones Deusto SA., cuarta edición, Bilbao, 1997, p. 198 a 200.

- Realizar las inversiones necesarias para mantener el “know how” de la empresa en condiciones óptimas y actualizadas para que mantenga su posición y reputación en el mercado.
- Mantener una política de precios que asegure la entrada y continuidad del franquiciado en el mercado, así como capacidad de pago de las regalías.
- Indemnizar al franquiciado en caso de que reciba quejas imputables al franquiciante.
- Financiar o hacerse cargo de las actividades de publicidad y mercadeo, no obstante, en ocasiones son responsabilidad del franquiciado.
- En muchos casos, facilitar sistemas computados de mantenimiento y seguimiento de prácticas contables o de comercialización.
- Respetar la exclusividad otorgada y velar porque se cumpla sin intromisiones de terceros.

El franquiciado, por su parte debe:

- Correr con el riesgo de la empresa, toda vez que es quien realiza la inversión para poner en funcionamiento la empresa.
- Adquirir el inmueble y los equipos necesarios para operar.
- Aprovisionar una cantidad de productos mínima, que deberá mantener durante el plazo del

contrato y que normalmente se encontrará preestablecida de manera contractual.

- Pagar una suma fija por adquirir la franquicia, una regalía mensual que se calcula con base en sus ingresos, y, un derecho de uso de los signos distintivos.
- Actuar dentro de los límites territoriales concedidos.
- Estar sujeto al control y fiscalización por parte del franquiciante.
- Respetar las instrucciones sobre producción, comercialización y administración,
- así como estándares de calidad, imagen o precio indicados por el franquiciante.

C) Efectos de la quiebra sobre el franchising

Corresponde conocer los alcances del proceso concursal, sobre un contrato caracterizado por un lazo intenso entre los contratantes. Como se verá, la legislación mexicana le pone menos freno a la posibilidad de seguir con el negocio del quebrado.

1- España

En este sistema, a no dudarlo, hay que tener muy en cuenta la letra del 62 de la Ley Concursal española. Será menester considerar los intereses de las partes y del concurso, para deducir el incidente concursal de resolución. Como se insistirá, el principio

de continuidad del contrato, puede ceder en este tipo de pacto.

a) Sobre el franquiciante

El elemento intuitae personae de este pacto, tiene una prevalencia enorme. Como contrato de colaboración, no hay duda que hay una relación de simbiosis e interdependencia maximizada.

La asistencia para montar el contexto empresarial, el saber, el mantenimiento y las reglas para dar servicios o producir, son una atribución personalísima del quebrado. Víctima del desapoderamiento, es muy difícil que un órgano de administración concursal colectivo, pueda hacer lo mismo por el franquiciado.

Todo indica, que la confianza perdida, será determinante para acabar el pacto.

b) Sobre el franquiciado

Las razones que atañen a la condición personal del sujeto que da la prestación, es de muchísimo peso.

La lógica indica que ningún comerciante exitoso, estaría fácilmente dispuesto a continuar con un franquiciado que podría estropear su prestigio comercial. La idea de estar quebrado, podría asociarse negativamente con la marca y hacer creer que toda la franquicia está en ese estado.

Será el Juez español, en vía incidental, quien decida que tanto conviene seguir, para los intereses de ambas partes.

2- Argentina

El criterio casi unánime, le pone fin al negocio que celebran las partes y que queda pendiente de ejecución.⁴²

a) Sobre el franquiciante

Los razonamientos son exactamente los mismos para el Derecho Argentino. Pero como se dijo, el 147 de la Ley 24522, no le pone coto en forma absoluta, a la posibilidad de la continuación del negocio.

Es un aspecto casuístico.

b) Sobre el franquiciado

La quiebra del franquiciado, es un evento funesto. Si se opta por continuar con el negocio, en el sistema argentino, ya habría pasado incluso el período de exclusividad del deudor.

Probablemente, ya se habrían agotado los ruegos para conseguir un convenio. Dudosamente, el franquiciante aceptará luego de esa etapa preventiva y ya habría aceptado la posibilidad de los trastornos para recuperar sus royalties. .

3- México

En este sistema, conforme al artículo 100 de la Ley de Concursos Mercantiles, será el síndico quien haga un análisis de la situación. La ley mexicana, le otorga un ámbito de discrecional al respecto, para que actúe en el mejor interés de las partes.

⁴² Ver Roitman, *op. cit.*, pp. 565 a 569.

a) Sobre el franquiciante

El plan de negocios que él ofreció al franquiciado, habría fracasado rotundamente. Desde la llegada del visitador, habrían saltado a la vista los problemas de incapacidad generalizada de pagos.

Conforme al 79 de la Ley mexicana, ya el conciliador habría tenido la oportunidad de cerrar o continuar la empresa del ahora fallido y en etapa liquidatoria, sería dudoso que él o los interventores vayan a cambiar de opinión.

De todos modos, entre partes, la confianza habría quedado socavada.

b) Sobre el franquiciado

En líneas precedentes, se hizo referencia al carácter intuitae personae de este contrato de franchising. De ahí, que el good will del negocio del franquiciante y todos sus bienes inmateriales, corren riesgo, si el conciliador opta por dar una oportunidad más de seguir el negocio y dar una liquidación más honrosa.

Empero, lo que se desprende del artículo 100 de la Ley de Concursos Mercantiles, es el deseo del legislador, de mantener la empresa del comerciante, en operación. Será la opinión calificada del conciliador, la que venga a cambiar esa idea.

CONCLUSIONES

- Las relaciones jurídicas preexistentes son negocios perfeccionados antes de la declaratoria de quiebra.
- Están basadas primordialmente en la existencia de contratos de naturaleza

sinalgmática, con ventajas y desventajas compartidas por las partes.

- Presuponen que la prestación contenida en la obligación a honrar, no ha sido cumplida íntegra o totalmente por alguna de las partes. La pendencia o no realización, es su estado característico.
- Como regla general, pero no absoluta, la quiebra no resuelve con carácter ipso iure, los contratos.
- Los negocios, antes de la sentencia de falencia, deben ser perfectos, pero aún no concluidos.
- El negocio, cuando se decida su culminación, tiene efectos extraconcursales, más allá de la vida efímera de la quiebra.
- El desapoderamiento de los deudores, los pone en situación de inhabilitación y embargo colectivo de bienes a favor de la masa. Sólo el curador puede administrarlos, incluyendo lo que se derive de las relaciones jurídicas preexistentes.
- El contratante in bonis, es el sujeto que puede reclamar o intentar que el quebrado le cumpla la prestación del contrato afectado y suspendido por la quiebra.
- En Costa Rica, sólo se cuenta con el régimen de situaciones jurídicas preexistentes que sienta el 912 del Código Civil. Es muy general, no tiene desarrollo normativo para contratos concretos con figuras atípicas y complejas. Además, carece de plazos de cumplimiento de los actos que propenden a la continuidad o resolución de los negocios.

- El curador debe abordar a la multiplicidad de acreedores, a fin de recoger su voluntad y expresar si acepta la continuación de los negocios.
- Los negocios preexistentes que no pueden ser cumplidos por el concurso, se resuelven en obligaciones de daños y perjuicios a favor del contratante in bonis. En Costa Rica, no hay una vía procesal específica y célere para liquidarlos.
- Para determinar el derecho que tendrá el contratante in bonis involucrado en un leasing financiero, resulta indispensable determinar la etapa del negocio complejo en que se dio la declaratoria de quiebra.
- En España, el nuevo régimen concursal del 2003, convierte en acreedor con privilegios, al dador del leasing financiero.
- En Argentina, el leasing financiero y sus supuestos de concurso, cuenta con una ley especial que ha sido criticada por la dispersión normativa que provoca.
- En México, el contratante in bonis de leasing financiero, queda en dependencia de la decisión de la figura del conciliador instaurado por la nueva ley del 2000.
- El fideicomiso de garantía es un contrato típico en Costa Rica, para lograr financiamiento empresarial. No necesariamente implica la existencia de pacto comisorio. Sus cláusulas, no deben dejar resquicios para la subjetividad del fiduciario y deben permitir que sólo constante circunstancias objetivas como el no pago de las obligaciones. El procedimiento de ejecución, debe ir perfectamente detallado, con la lista de beneficiarios y un avalúo preciso de los bienes objeto del patrimonio autónomo.
- En todos los sistemas iberoamericanos tratados, se respeta la afectación del patrimonio a título fiducia o de confianza. La quiebra del fiduciario, provoca la resolución del pacto por el elemento intuitu personae del fideicomiso.
- La quiebra del beneficiario, provoca en todos los sistemas, que los bienes objeto de la afectación y sus frutos, pasen a la masa.
- La quiebra del fideicomitente, en los regímenes concursales tratados, implica que no se pueden atacar los bienes fideicometidos para un fin vigente, porque es un patrimonio autónomo y sin personalidad jurídica.
- La quiebra del franquiciado o el franquiciante, barre con el elemento confianza, la prestación personalísima del know how y el prestigio mercantil de cualquiera de las partes. Como regla general, el contrato de franchising queda destinado a la resolución. Es difícil que la parte in bonis o el concurso, se interesen por la continuación del negocio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Argeri (Saúl). Manual de Concursos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.
2. Almazán Alanis (Pablo Roberto) y Acosta Romero (Miguel). Los Contratos de Fideicomiso y su relación con el Procedimiento Concursal de la Quiebra. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997.
3. Alterini (Atilio Anibal) Derecho Comercial Contemporáneo. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá 1989.
4. Barreira Delfino (Eduardo) "Leasing". Aspectos Jurídicos Contables. Impositivos y operativos. Ed. Cangallo S.A. C.I., Buenos Aires, Argentina, 1978.
5. Barrenechea (Jon). Los contratos más utilizados en la empresa. Ediciones Deusto SA., cuarta edición, Bilbao, 1997.
6. Baudrit Carrillo (Diego), Teoría General del Contrato. Derecho Civil IV. Volumen I. Editorial Juricentro, tercera edición, San José, 2000.
7. Candelario Macías (Isabel). Impresiones sobre los Efectos de la Declaración del Concurso a la vista de la futura Ley Concursal. En Revista de Derecho Privado , julio-agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2003.
8. Cervantes Ahumada (Raúl). Derecho de Quiebras. Editorial Herrero S.A., reimpresión de la tercera edición, México D.F. 1985.
9. Chomer (Héctor). Efectos derivados del desapoderamiento. En Instituciones de Derecho Concursal. Buenos Aires, Ad Hoc S.R.L., 1992.
10. Dávalos Mejía (Carlos). Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla SA de CV, México D.F., 1984.
11. Encinar Telles (José Luis). Sobre la supuesta necesidad de la figura del administrador concursal –acreedor en la nueva ley 22-2003, de 9 de julio, Concursal. En XXV Jornadas de Estudio. El Nuevo Sistema Mercantil. Ministerio de Justicia Español, Madrid, 2003.
12. Flores Bedoya (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1999.

13. Fuentes Vargas (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995.
14. Games (Luis María); Esparza (Gustavo). Fideicomiso y Concursos. Introducción a un tema complejo y problemático. Ediciones Depalma SRL, Buenos Aires, 1997.
15. Garrigues, (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. Bogotá, Editorial Temis S.A., séptima edición, tomo V, 1987.
16. Ghersi (Carlos). Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial. Tomo 2. Editorial Astrea SRL, Quinta edición, Buenos Aires, 2002
17. Jinesta (Ernesto). Contrato de leasing financiero. Revista Judicial, número 55, San José, 1992.
18. Ley de Concursos Mercantiles. Actualizada. Ediciones Delma SA de CV, México D.F, 2006
19. López Frías, Ana. Los Contratos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994.
20. Mármol (Pablo Ernesto). El Fideicomiso y sus sujetos frente a la nueva Ley de Concursos y Quiebras. En Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Tomo II. Quiebra, Sindicatura, Desempeño Profesional. Editorial Ad Hoc SRL, Buenos Aires, 1997.
21. Marzorati (Oswaldo). Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
22. Pacheco Cañete (Matilde). Naturaleza Jurídica del Leasing Financiero. Reflexiones a la luz de la Ley Concursal. En Revista de Derecho Mercantil , número 252, abril-junio, Consejo de Redacción, Madrid, 2004.
23. París Rodríguez (Hernando). Los contratos privados en la jurisprudencia de Casación. El Cano Editores S.A., tercera edición, San José, 2003.
24. Provinciali (Renzo). Tratado de Derecho de Quiebra. Editorial AHR, tercera edición, volumen II, Barcelona, 1958.
25. Rodríguez Azuero (Sergio). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina,. Legis Editores S.A., quinta edición, Bogotá, 2002.

26. Roitman (Horacio). Efectos de la Quiebra sobre los Contratos Preexistentes. Rubinzal-Culzoni Editores. Segunda edición, Buenos Aires, 2005.
27. Satta (Salvatore). Instituciones del Derecho de Quiebra., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América S.A., tercera edición, 1951.
28. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto n° 005-F-2003 de la las 15:10 horas de 15 de enero de 2003.

CONTRATOS DE BOLSA A PREMIO

Ana Catalina Apú

I. INTRODUCCIÓN

Como instrumento que puede ser un mecanismo para disminuir el riesgo del inversionista surge el llamado *contrato a premio*, sin embargo no se limita en esa óptica su funcionamiento.

La cotidianidad del contrato a premio en el mundo ha permitido que cada vez sea más utilizado en el Mercado de Valores de Costa Rica, un poco rezagado en estas prácticas.

A pesar de que la doctrina realiza una clasificación propia de los contratos de bolsa hacen diferencias entre los nombres contratos a premio, contratos con opción y contratos condicionales.

El elemento cardinal ha rescatar en los contratos a premio, es precisamente el *premio*, *prima* o la *bonificación*, que recibe cualquiera de las partes contratantes al producirse el incumplimiento de la obligación que han asumido o mejor dicho, cuando esa obligación o derecho es condicional, ello en virtud de una

decisión fundamentada en el bienestar de sus intereses particulares.

Aunado a la facultad de una de las partes, de ejecutar o no la obligación previamente pactada, salta la consideración económica, ciertamente quien se compromete a dar un premio lo hace motivado a ganar lo máximo o de perder lo menos posible, ante la eventualidad y riesgo, aspectos intrínsecos del mercado de valores.

La presente monografía tiene como objetivo estudiar el contrato a premio y sus elementos configuradores desde la óptica doctrinal y de la praxis bursátil en la que se encuentra inmersa.

II. Contratos Bursátiles

Mediante una interpretación extensiva se puede indicar que los contratos bursátiles o del mercado de valores son compraventas de tipo mercantil¹ ya que entre otras características, existe una obligación de

1 *Vid.* Al respecto, GARRIGUES JOAQUIN: **Curso de Derecho Mercantil**, 4ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984, p. 368 y 369, cuando señala "... (las operaciones de bolsa) todas ellas se agrupan en torno a dos contratos fundamentales ya conocidos: el de compraventa y el de comisión. En la bolsa se compran o venden títulos o mercancías, y estas compraventas no se realizan directamente por los interesados sino por comisionistas suyos (agentes de cambio y bolsa) que obran en su propio nombre y por cuenta de sus comitentes. La compraventa es, pues, el negocio de la realización de la comisión bursátil". En la misma línea, RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN: **Derecho Mercantil**, 20ª edición, Tomo II, Editorial Porrúa S.A., México, 1991, p. 25, al indicar "se entienden por operaciones de bolsa, los diferentes contratos de compraventa o comisión sobre valores, regulados por leyes y costumbres especiales". Nótese que estos autores apuntan la existencia de dos contratos en el mercado de bolsa (compraventa y comisionista), prácticamente esta tesis es única de estos autores.

transferir “una cosa”² con la contraprestación del pago de un precio.

Así en este sentido Messineo³ establece:

“Contemplando en su conjunto, los contratos de bolsa se presentan jurídicamente como una variedad del contrato de compraventa, y tienen en común con ésta la función práctica y la causa jurídica...”

Aspecto validado por la legislación nacional, que a pesar de equiparar las palabras operaciones y contratos, la misma refiere a la participación de compradores y vendedores en el Mercado Bursátil.

Al respecto el inciso f del artículo 3 del Reglamento General de la Bolsa de Valores⁴ define:

“Contrato Bursátil u Operación de Bolsa: Contratos u operaciones que

se celebren en la Bolsa y tengan como objeto valores admitidos a negociación, y que se liquidan por los medios que autoriza la Bolsa Nacional de Valores”

De manera que los contratos de bolsa obligan a las partes a lo expresado en estos y a las consecuencias derivadas de la equidad, la ley, los reglamentos⁵, los usos de la bolsa que serán interpretados y ejecutados de buena fe⁶.

Previo al análisis de la figura de Contrato a premio se debe examinar de manera somera, la clasificación del contrato bursátil dependiendo de la liquidación del mismo, que se puede especificar de la siguiente forma:

1. Contratos al contado

Podría entenderse el contrato al contado como el consistente en el cambio inmediato del valor o título metálico representativo de su precio o

2 En este caso se refiere a los títulos valores, propios del Contrato Bursátil, como apunta claramente, MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca**, traducido por GAY DE MONTELLA, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, p. 31, “La compraventa, en la cual se resuelve el contrato a plazo, es una venta mobiliaria, tratándose siempre de mercancías, productos, moneda metálica, divisas extranjeras, pero más frecuentemente, de títulos de crédito (casi siempre al portador), en circulación en el comercio, *públicos* (títulos de deuda pública, Bonos del Tesoro, etc.) o *privados* (llamados títulos *industriales*; acciones y obligaciones de sociedades comerciales, cédulas inmobiliarias, etc.”

3 *Vid.* MESSINEO FRANCESCO: **Manual de Derecho Civil y Comercial**, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 128

4 Así en **Acuerdo de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional de Valores** en su sesión 19/99 celebrada el día 17 de agosto de 1999 y cuya última modificación fue el 26 junio del año 2001.

5 *Vid.* el numeral 42 de la **Ley Reguladora del Mercado de Valores** de los “Requisitos de las operaciones: El reglamento de cada bolsa establecerá las formas, los procedimientos y plazos de exigibilidad y liquidación de operaciones bursátiles...”

6 En lo que interesa *vid.* el artículo 41 de la **Ley Reguladora del Mercado de Valores** en cuanto a la “*Celebración*: Son contratos de bolsa los que se celebren en las bolsas de valores por medio de puestos de bolsa y tengan como objeto valores admitidos a negociación en una bolsa de valores. Las partes se obligan a lo expresado en los contratos de bolsa y a las consecuencias que se deriven de la equidad, la ley, así como los reglamentos y usos de la bolsa. Los contratos de bolsa deben ser interpretados y ejecutados de buena fe...”

cotización. No comprende ningún término de tiempo en la entrega de los títulos o su pago⁷. Se concluye en los plazos previstos en los reglamentos para la materialidad de la entrega, por parte del agente vendedor al agente comprador de los títulos destinados al cliente comprador.

La finalidad de estas operaciones es fundamentalmente de inversión y no de manera primordial la especulación, razón por la cual se negocia generalmente títulos de renta fija que su cotización es bastante estable⁸.

Es la operación más sencilla del mercado, lo cual reviste a este contrato en apto para realizarse de forma extra-bursátil, puesto que no se requiere necesariamente la intervención de un puesto de bolsa y agentes (intermediarios). Por ende, no existiría pago o comisión alguna, lo que se traduciría en “gastos” extras que no se justifican esta operación simple y además, no implica vencimientos de plazos⁹.

En síntesis, se puede afirmar que los contratos a contado son los que se liquidan de forma inmediata una vez perfeccionado el contrato. El contrato al contado lo clasifica la doctrina en dos categorías, a saber:

- a) Contrato al contado propiamente dicho
- b) Contrato al contado a días

En el primer tipo de contrato mencionado, *al contado propiamente dicho*, el precio y el objeto se entregan el día siguiente de la fecha en que se perfecciona el contrato.

Mientras que en el *Contrato al contado a días*, la liquidación y el cumplimiento de las prestaciones se realizan como máximo siete días después del perfeccionamiento del contrato¹⁰ tomando en consideración la naturaleza de los valores y el producto bursátil.

-
- 7 Así en RODRIGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa**, 2ª edición, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 519
 - 8 En este sentido *vid.* GARRIGUES JOAQUIN: **Curso de Derecho Mercantil**..., p. 371, al explicar: “las operaciones al contado suelen servir a fines de colocación y no de especulación, aunque a veces se compre al contado para revender cuando el título comprado suba de cotización (generalmente las dos operaciones de compra y venta al contado se realizan, respectivamente antes y después del vencimiento del cupón, cuyo importe representa el beneficio previsto)”.
 - 9 Sin embargo, debe considerarse que la Ley Reguladora del Mercado de Valores de Costa Rica, no admite “contratos bursátiles” sin la intervención de los miembros de las Bolsas, taxativamente indicado en el artículo 23 que expresa al respecto: “**Compraventas y reportes:** Las compraventas y los reportes de valores objeto de oferta pública deberán realizarse por medio de los respectivos miembros de las bolsas de valores...”
 - 10 *Vid.* Ley Reguladora del Mercado de Valores de Costa Rica, artículo 42 “**Requisitos de las operaciones:** El reglamento de cada bolsa establecerá las formas, los procedimientos y plazos de exigibilidad y liquidación de operaciones bursátiles. Si las partes no expresaren lo contrario, las operaciones serán de contado y deberán liquidarse dentro de los siete días hábiles siguientes al perfeccionamiento”. Y el artículo 42 del **Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores** cuando señala que las operaciones al contado “...podrán ser liquidadas el mismo día o en los plazos que determine la Bolsa, comprendidos dentro de los siete días hábiles posteriores al que se concierten... La Bolsa considerando la naturaleza de los valores y el producto bursátil, podrá determinar plazos inferiores de liquidación al de los siete días de las operaciones de contado”.

2. Contratos a plazo

Respecto de las operaciones a plazo, señala LINARES BRETÓN:

“...son aquellas que se celebran conviniendo en diferir su cumplimiento al vencimiento de un término. ... Vendedor y comprador quedan obligados en el momento de llegar a un acuerdo sobre la operación, de modo que es un contrato consensual, no produciendo la transmisión de la propiedad de las cosas o títulos sino cuando al vencimiento del plazo, ambas partes -porque es bilateral-cumplan con sus obligaciones”¹¹

Por su parte, BOLLINI y GOFFAN definen el contrato a plazo como:

“...aquellas operaciones en las que conviene diferir su cumplimiento al vencimiento del término”¹².

Así CACHON BLANCO, conceptualiza el contrato a plazo como:

“...aquellos en que las prestaciones recíprocas de comprador y vendedor se difieren hasta una fecha posterior

determinada en el contrato... En las operaciones a plazo, el plazo es esencial: ni la operación puede consumarse antes de dicha fecha, ni es posible un cumplimiento posterior a dicho plazo”¹³.

En esencia, las operaciones a plazo se sujetan a un término de cumplimiento, por lo que al vencimiento de éste, las contraprestaciones de las partes contratantes se convierten en exigibles.

De manera que las operaciones a plazo poseen como rasgo característico el término, de forma tal que las prestaciones convenidas entre las partes no se cumplen de forma inmediata sino que su ejecución se posterga a un momento ulterior¹⁴, previamente determinado al perfeccionarse el contrato.

Asimismo, se trata de una operación de carácter oneroso, bilateral y consensual. La onerosidad, se manifiesta en las ventajas económicas que cada uno de los contratantes obtiene; la bilateralidad, en que existen obligaciones recíprocas entre las partes, una de pagar el precio y la otra de entregar los títulos valores objeto de la negociación y la consensualidad en que una vez pactada la operación, nacen a la vida jurídica¹⁵ el

11 Vid. LINARES BRETÓN SAMUEL: **Operaciones de Bolsa**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 151.

12 Vid. BOLLINI CARLOS / GOFFAN MARIO: **Operaciones Bursátiles Y Extrabursátiles**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 125 y 126.

13 CACHON BLANCO JOSÉ ENRIQUE: **Derecho del Mercado de Valores**, Tomo II, Editorial, Dykinson, Madrid, 1993, p. 262

14 El Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores, en su artículo 42 inciso b) señala que las operaciones a plazo son: “...para ser liquidadas en un plazo mayor al establecido para las operaciones al contado...”.

15 Fundamento de ello es el artículo 442 del Código de Comercio: “Cuando las partes traten de viva voz, ya sea reunidas o por teléfono, el contrato de compra-venta que de ahí resulte quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio, y demás circunstancias de la negociación”.

cumplimiento de las obligaciones entre las partes¹⁶.

Además se puede afirmar en cuanto a las características propias del contrato a plazo, que pertenecen a la clasificación de los contratos de tipo suspensivo ya que los efectos del contrato no suceden el mismo día de perfeccionado el contrato, sino que se darán al vencimiento del plazo convenido¹⁷.

Las operaciones a plazo se han convertido en las más representativas de la Bolsa Nacional de Valores, frente a realidades bursátiles mucho más desarrolladas que la costarricense y se ha intentado explicar este fenómeno con razones como estas:

- El plazo aumenta la liquidez del mercado, dando fluidez y extensión del mismo.
- El plazo permite una mejor distribución en el tiempo de las ofertas y el dinero, como consecuencia de dar solución a los estrangulamientos momentáneos que puedan producirse.
- El plazo contribuye a amortiguar las oscilaciones de los cambios, al ampliar las bases de las ofertas y demandas, distribuir las en el tiempo y atraer al mercado personas que actúan por motivaciones distintas de

las operaciones al contado y que tienen en cuenta otros factores, lo que contribuye a diversificar la economía y las conclusiones a las que llegan los distintos operadores, evitando que una mayor coincidencia lleve a introducir fluctuaciones al curso de los cambios.

- El plazo atrae más recursos a la bolsa puesto que al ofrecer nuevos estímulos, hará que los fondos que se dirigían probablemente a otras inversiones alternativas se encaminen hacia las operaciones a plazo.
- El plazo agiliza la operatividad bursátil pues al ser su liquidación un día señalado y al permitirse una compensación entre operaciones parecidas en sentido inverso resulta más fácil que el día señalado estas operaciones se liquiden de verdad.
- El plazo es un elemento esencial en el mercado de dinero ya que a través de los contratos de reporto, permite colocar dinero a plazo en una rentabilidad asegurada y conseguirlo sin temor de desprenderse definitivamente de los títulos¹⁸.
- Además, le brinda fluidez y extensión al mercado, amortiguando en condiciones normales, sus ligeras oscilaciones, la

16 Bolsa Nacional de Valores, S. A., Dirección de Asesoría Legal, Oficio AL- 284-01 de fecha 2 de Octubre del 2001

17 "Se llama "a plazo" la operación bursátil en la que se pacta un plazo dentro del cual, simultáneamente, el vendedor debe dar la cosa y el comprador pagar el precio. ...Ambas prestaciones son simultáneas. Por esto, más que concesión recíproca de crédito, lo que hay es aplazamiento voluntario de la total ejecución del contrato. ... El mercado a plazo consiste en fijar en el momento de concertar la operación (compra o venta), todas las condiciones: naturaleza exacta de la mercancía, cantidad, precio, época de la entrega, aplazamiento de la ejecución; es decir, que el pago y la entrega de la cosa se aplazan para un momento llamado liquidación" RODRÍGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa...**, p.595

18 Ponencia Tercera del Congreso de Inversión Mobiliaria celebrada en Madrid, 1978. Citado por CACHON BLANCO JOSE: **Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil**, Tecnos, Madrid, 1982, p. 374

independencia de las operaciones y creando un mercado de dinero¹⁹.

Todo permite que el inversionista tenga cierta inclinación para invertir y participar de las operaciones a plazo, consecuencia lógica de que la doctrina y la legislación desarrollen diversas modalidades de los contratos a plazo.

2.1 Derecho Comparado y la clasificación de los contratos a plazo

Parte de la doctrina²⁰ y algunas legislaciones²¹ implementan categorías de los contratos a plazo, marcando básicamente dos tipos que a su vez poseen subespecies:

- **Los contratos a plazo firme:**

En esta clase de contrato, el comprador y vendedor quedan definitivamente obligados, y por lo tanto el plazo fijado para su vencimiento y las condiciones del contrato son inalterables, liquidándose la operación en la fecha convenida.

- **Los contratos condicionales:**

En el cual, una de las partes se reserva el derecho de modificar alguna de sus condiciones mediante el pago de una **compensación**, pudiendo adoptar cualquiera de sus manifestaciones:

Operaciones con opción, en la que el comprador o vendedor adquiere el derecho de exigir la entrega o recepción de una cantidad de valores de la misma clase, igual o múltiplo, de los que son objeto de la operación inicial.

El *stellige* que consiste en una doble opción al comprador para ser, según convenga, comprador o vendedor a uno de los cambios prefijados (el más alto o el más bajo según sea compra o venta).

Operaciones con prima, que son aquellas condicionales en que el tomador de la prima puede abandonar o desistir unilateralmente del contrato en cualquiera de las sesiones de bolsa, bonificando a la contraparte, por medio del premio.

19 Seminario sobre el Mercado a Plazo en la Bolsa Española, Bilbao, 1976. Citado por CACHON BLANCO JOSE: **Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil...**, p. 374

20 Al respecto, CORTES LUIS: **El Mercado De Valores: (II) Operaciones** en **Curso De Derecho Mercantil**, dirigido por URIA RODRIGO / MENENDEZ AURELIO, Madrid, 2001, p. 419 y 420, y PEREZ-SERRABONA GONZALEZ JOSE: "La Contratación en el Mercado de Valores", en **Derecho Mercantil**, Capítulo 66, Madrid, 2001, BOLLINI CARLOS/GOFFAN MARIO: **Operaciones Bursátiles Y Extrabursátiles...**, p.125 y 126

21 En países tales como España y Argentina procede la clasificación en dos categorías: contratos a plazo firme y contratos condicionales, se realiza la delimitación entre ellos y de las distintas subespecies del contrato condicional, así en el Reglamento de Bolsas de España en los artículos 84, 85, 86 y 87 y en Argentina en el Reglamento Operativo del Mercado de Valores de Buenos Aires (Ley 17.811).

Operaciones a voluntad, que son aquellas en que el comprador o el vendedor quedan definitivamente obligados, reservándose el derecho de liquidar la operación en cualquier día de los que median hasta el plazo convenido en la operación.

Y por último, algunos autores²² con carácter especial incluyen en este esquema las operaciones “**de dobles**” de gran tradición bursátil, señalan que con independencia de su naturaleza jurídica, deben adscribirse al menos funcionalmente dentro de la categoría de las operaciones a plazo.

Cabría delimitar brevemente las peculiaridades de las operaciones “**de dobles**”: Las operaciones dobles son igualmente llamadas simultáneas y se entienden como aquellas en las que se contratan al mismo tiempo dos compraventas de sentido contrario de valores de idénticas características (normalmente acciones) y por el mismo importe nominal, pero con distinta fecha de ejecución, pueden ser ambas compraventas al contado con diferentes fechas de liquidación, a plazo o la primera al contado y la segunda a plazo.

La naturaleza de los dobles es un poco controvertida²³ por ser un contrato *sui generis*, en la que se adaptó un traje jurídico de compraventa, para unos es préstamo con interés garantizado con prenda, para otros se

trata de una doble venta no obstante, se podría sostener que se trata de una compraventa con pacto de retro, consciente en que se cobra un interés llamado *report* o reporte; rasgos que apuntan a establecer que su finalidad económica es la necesidad de dinero.

Este contrato no es otro que el Contrato de Reporto, definido por la Ley del Mercado de Valores en el artículo 49:

“El reporto es un contrato por el cual el reportado traspasa en propiedad, al reportador, títulos valores de una especie dada por un determinado precio, y el reportador asume la obligación de traspasar al reportado, al vencimiento del plazo establecido, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, contra el reembolso del precio, que puede ser aumentado o disminuido en la medida convenida. Este contrato se perfecciona con la entrega de los títulos”.

En sí que es el reporto, es el sobreprecio que el vendedor tiene que pagar por disfrutar el dinero por el tiempo que falta hasta la respectiva liquidación del negocio a plazo²⁴.

No se coincide con quienes incluyen el contrato de dobles o reporto en la clasificación de los contratos condicionales o bien a plazo,

22 Vid. CORTES LUIS: **El Mercado De Valores: (II) Operaciones...**, p. 419 y 420, que explícitamente avala el reporto dentro de esta categoría advirtiendo que funcionalmente mas no, en cuanto a lo relativo a su naturaleza jurídica.

23 CORTES LUIS: **El Mercado De Valores: (II)...**, p. 414 y 415

24 Vid. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ JOSE: **La Contratación en el Mercado de Valores...**, p.339

ya que como se expuso en líneas previas, en esta operación confluyen dos contratos uno a contado y otro a plazo obviamente incompatibles por su naturaleza, entonces se le trata como un contrato de naturaleza especial.

2.2 Clasificación de los contratos bursátiles en la legislación nacional

Ahora bien, la legislación costarricense²⁵ esquematiza la clasificación de las operaciones bursátiles o de los contratos de bolsa, según la modalidad del cumplimiento o la liquidación de las obligaciones recíprocas en:

- a) Operaciones de Contado
- b) Operaciones a plazo
- c) Operaciones a futuro
- d) Operaciones a premio u opcionales
- e) Reporto

Resulta evidente que en países como España la doctrina y la legislación clasifica los contratos a plazo en Firmes y Condicionales. Y los Condicionales a su vez, en Contratos a opción, a premio y a voluntad. Empero en Costa Rica, se logra observar fácilmente que

para el legislador las operaciones a premio son equivalentes a las opcionales y viceversa.

Como se verá más adelante, la ley previa del Mercado de Valores a la actualmente vigente implantaba la diferenciación entre los contratos a premio y los contratos opcionales sin embargo, ambas definiciones coincidían y duplicaban la información, talvez razón suficiente para regular esta mancuerna conjuntamente.

III. Antecedente de la regulación de los contratos a premio

Los contratos a premio poseen características propias claramente definidas que permiten su diferenciación con otros contratos bursátiles, aunque bien se podrían enmarcar dentro de los contratos a plazo ya que se difiere el cumplimiento de la prestación, una vez pactado el mismo.

La anterior Ley Reguladora del Mercado de Valores²⁶ intentaba una diferenciación entre los contratos a premio y los contratos de opciones, no obstante fue inútil puesto que básicamente ambas definiciones eran iguales.

25 Así en Ley Reguladora del Mercado de Valores artículos 42, 43, 44, 49 y el Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores en su numeral 42.

26 Ley Reguladora del Mercado de Valores número 7201

TEXTO DE LA LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES DE 1990

<p>“Artículo 164: Los contratos podrán ser opcionales de venta o de compra, cuando el vendedor pueda cumplir o el comprador pueda abandonar la operación dentro del plazo pactado. Los contratos opcionales serán siempre con prima cuyos montos mínimos fijará reglamentariamente la Bolsa. Si el contrato se perfeccionare, se aplicará a la suma entregada con prima, lo dispuesto para las arras en el artículo 447 del Código de Comercio. Si no se concertare, la suma quedará a favor de la parte que cumpla como indemnización de daños y perjuicios”.</p>	<p>“Artículo 165: Son operaciones a premio, los contratos a plazo en donde una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del premio pactado. Esta facultad deberá ejercerse dentro del término anterior al vencimiento que se fije en el reglamento”.</p>
--	--

El artículo 164 anterior, revela que se hace referencia al tipo de contrato *dont*, en el que la parte dadora del premio se reserva la facultad de abandonar el cumplimiento de las prestaciones por supuesto, dependiendo de su posición contractual. En caso de que decida hacer uso de esta facultad la parte podrá conservar el premio o la prima como indemnización de daños y perjuicios, quedando disuelto el vínculo contractual.

Si el contrato llegaba a su fase de ejecución, el monto que haya pagado se consideraba parte del precio de acuerdo al artículo 447 del

Código de Comercio²⁷, regulación del contrato de compraventa.

La enunciación del artículo 164 es más cercano a los contratos a plazo, pero siempre se refiere a los contratos a premio, ya que abarca los contratos *dont*, *noch*, *stellage* y no limita el contenido de la variación del contrato.

Ambos artículos 164 y 165 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No.7201, se referían al mismo contrato a premio, motivo por el cual se da la unificación de conceptos en una sola redacción vigente hoy, en la Ley

27 En este sentido el artículo 447 del Código de Comercio: “Las arras, anticipos y cantidades entregadas en señal del contrato, se entenderán recibidas a cuenta del precio, salvo pacto expreso en contrario”.

Reguladora del Mercado de Valores número 7732 en su numeral 44²⁸, máxime que no se puede concebir el uno sin el otro; es decir, no se requiere de premio si no existe opción.

IV. Definición del contrato a premio

Los contratos a premio son también denominados, contratos a mercado libre, contratos opcionales o condicionales²⁹, a pesar de que parte de la doctrina realice sus propias diferenciaciones y clasificaciones.

En países como España y Argentina se adopta a este tipo de contratos la palabra a “*prima*” en la terminología jurídico-bursátil mientras que en la tradición italiana se les llama *contratos a premio*, línea y término seguido en Costa Rica.

Asentado lo anterior, es fundamental establecer la definición de las llamadas “operaciones a premio” o “a prima”.

Para, GÓMEZ MORENO³⁰ señala que esta clase de operaciones,

“Consiste en la compraventa a prima o con prima en la fijación de un precio superior al corriente, reservándose el comprador el derecho de opción para recoger o para abandonar los efectos comprados, pagando al vendedor en este último caso el premio o

indemnización que se estipula, y que se denomina prima.

Estas operaciones pueden hacerse en firme; esto es, habiendo de esperar al vencimiento del contrato para declarar la opción, o como, se dice generalmente, contestarla; o pueden ser liquidables antes, a voluntad del comprador, lo cual debe consignarse en la póliza del contrato”

La Ley Reguladora del Mercado de Valores, en su artículo 44, explica que las operaciones a premio:

“Son operaciones a premio los contratos a plazo en los cuales una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del premio pactado, cuyos montos mínimos fijará el respectivo reglamento. Esta facultad deberá ejercerse dentro del término anterior al vencimiento que se determine en el reglamento”.

En este punto quedan en relieve varios aspectos:

- El contrato a premio es un contrato a plazo, donde se difiere el cumplimiento de las prestaciones a una fecha de vencimiento.

28 Se deduce de las recomendaciones de la Comisión Nacional de Valores y de la Bolsa Electrónica de Valores de Costa Rica en el expediente legislativo de la ley 7732, esto porque no se expresa se limitan a sugerir al legislador su eliminación.

29 Al respecto, CACHÓN BLANCO: **Derecho del Mercado de Valores**. Tomo II, Editorial Dykinson, Madrid, 1993, p.270 “Son operaciones condicionales en las que el tomador de la prima puede abandonar el contrato en cualquiera de las sesiones de bolsa mediante el abono del importe de la misma. Estas operaciones son los antecedentes de las modernas operaciones de opciones. La definición plantea varios problemas, cuya resolución es hoy sencilla, dada la semejanza con las operaciones con opciones y la solución adoptada en estos mercados”.

30 Citado por RODRIGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa...**, p. 728

- Existe un elemento condicional de las partes, que en el momento de contratar se reservan el derecho o la opción de no cumplir su obligación o de variarla.
- Por ejercer esa facultad deberá la parte pagar el premio o bonificación (suma de dinero), que se haya pactado originalmente.
- Además, que ese derecho o facultad se debe ejecutar dentro del plazo anterior al vencimiento que las partes convinieron o que establezca el Reglamento.

Como se denota se entremezcla y es esencial, una opción en este tipo de contrato, que para ser ejercitada (la opción), por quien posea esa facultad deberá desembolsar una cantidad de dinero pactada llamada *premio*.

Además, la redacción de la norma no es la mejor ya que da cabida a confusiones de la modalidad de contrato que eventualmente se presente, lo que se requiere es una definición de los contratos involucrados en los tipos de contrato a premio³¹.

Conviene señalar la diferencia entre las operaciones a premio y de las operaciones en firme, que forman parte de la especie contratos a plazo. Así en los contratos a premio las dos partes al vencimiento de esta no están obligados a concluir la operación ni a asegurar su ejecución efectiva; sea que

el comprador o el vendedor se reservan la facultad de abandonar o resolver el contrato cuando no quiera ejecutarlo o para modificar sus condiciones o modo de ejecución, ya sobre el objeto o su vencimiento, mediante ciertas ventajas concedidas a la contraparte, el pago de un premio, prima o bonificación³².

La decisión de ejercer esa facultad depende directamente de las oscilaciones de los cambios de la operación pendiente.

V. Naturaleza Jurídica del Contrato a Premio

La ventaja que tiene una parte frente a la otra, es la facultad de abandonar el contrato, con la correlativa pérdida de la "prima" o "premio", que es el beneficio que recibe el contratante que consiente el ejercicio de la facultad mencionada, siendo pues una opción.

Por lo que a este tipo de operaciones se le conoce bajo la denominación de "prima", "premio", "opciones" o "condicionales". Operaciones que son reguladas de diferente forma según la Bolsa que se trate y el sistema en que se actúe.

Lo anterior indica que los contratos a premio tienen su naturaleza jurídica en los contratos de compra-venta bursátil a plazo. Es entonces el contrato a premio un contrato de compraventa con condición suspensiva, de carácter bilateral pero unilateralmente vinculatorio.

31 Vid. HERNANDEZ AGUILAR, ALVARO: **Derecho Bursátil. Mercado de Valores**, 2ª edición, Vol. II, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2002, p.206

32 Vid. RODRIGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa...**, p. 727

El premio hace las veces de compensación atribuida a la parte que se remonta al cumplimiento de la obligación sin derecho de exigir el cumplimiento de la obligación principal por la contraparte del contrato³³.

Probablemente resulte confuso enmarcar esta operación dentro del esquema de la naturaleza jurídica de la Compraventa, sin embargo esta clase de contratos son de *compraventa* y se consideran prototipos diseñados a la medida del mercado de valores en donde las partes intervinientes asumen obligaciones y adquieren derechos respecto a los valores negociados.

Los contratos a premio son contratos que no requieren formas especiales para su validez (sin solemnidades) y son contratos conmutativos (no aleatorios)³⁴.

VI. Finalidad del “premio”

Los mercados a premio son la respuesta para el sistema financiero en que predomina la incertidumbre en la actividad económica y donde existe volatilidad en los precios.

Es sensible esta situación al realizar un contrato a premio con opción sea de vender o comprar en el futuro a un precio preestablecido

por las partes, ejerciendo esa facultad, claro está, dependiendo de las circunstancias del mercado, a este titular le interesará ejercer la opción si sube el precio al que él puede optar a comprar, obteniendo el beneficio de comprar más barato algo que en el mercado está más caro y resultaría rentable si la diferencia supera el importe de la prima que tuvo que pagar para obtener la opción. Por supuesto que si los precios descienden no ejercerá la opción ya que el activo subyacente se puede adquirir más barato en el mercado³⁵.

De manera tal que se permite asentar de lo antes expuesto que es un instrumento de redistribución del riesgo inexorable de la actividad económica, donde el dador de la prima limita su riesgo a la pérdida de la prima pagada y a cambio se asegura un precio máximo de compra o mínimo de venta³⁶, dependiendo del caso y el tomador del premio, asume el riesgo de comprar o vender a un precio superior o inferior en el mercado, a cambio de un premio en fecha futura; en el mercado de valores este tipo de contrato es muy utilizado con fines especulativos lo cual le inyecta eficiencia al mercado mismo.

Para ciertos sectores el “premio” representa el contravalor de la facultad de la opción, se compra en firme la opción cualquiera que

33 Así, *vid.* BOLLINI SHAW CARLOS Y GOFFAN MARIO: **Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles...**, p.127 y 128

34 En este sentido, MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.109

35 *Vid.* Al respecto MADRID PARRA AGUSTIN: **Contratos y Mercados de Futuros y Opciones**, Editorial Tecnos, España, 1994, p.86 y MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.95, 96 y 97 cuando establecen, en la compra o venta a plazo a “mercado firme” está involucrado el riesgo, que es la diferencia entre el precio debido en base al contrato a plazo y la cotización en el momento de ejecución del contrato, donde convergen dos hipótesis una haber comprado a un precio muy alto o haber vendido a un precio demasiado bajo.

36 El contrato a premio no tiene únicamente fines de especulación, el operador puede tener otras finalidades como: medio para fijar el precio, en esta línea *vid.* MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.104

sea la suerte de la misma y para otros, el premio tiene un carácter *indemnizatorio*, es decir, que el comprador de la opción no tiene porqué pagar el premio si confirma y ejecuta la operación, a contrario cense, debe pagar el premio si opta por la opción³⁷.

En el mundo se dan dos tipos de prácticas del mercado a premio, es el sistema francés y el sistema sajón.

Así, en Londres la operación a premio se negocia con una operación en firme y la opción de anular a su vencimiento la operación, en este caso se contrata la opción cualquiera que sea el resultado final.

En Francia, por su parte, se aplica el sistema del premio como medio indemnizatorio, es decir que no aplica hasta que la operación concertada no se ejecuta al vencimiento. Aquí la diferencia en un momento entre los cambios en firme (sea de alza o de baja) de los cambios a premio se llama "*écart*"³⁸ y un segundo elemento que interviene es el "premio". Mientras que en Londres se concreta todo en el premio que constituye el equivalente a los riesgos.

Todo lo descrito considerando que el *premio* consiste en una suma de dinero, en que una de las partes se obliga a entregar o entrega contemporáneamente a la contraparte, ésta se estipula como prestación accesoria de una principal que no es otra que el pago del precio (en el caso del comprador) o bien, de la entrega de la cosa si el premio es debido al vendedor³⁹. Así que se puede rescatar que los contratos de la locución a *premio*, permiten limitar los riesgos e incluso los márgenes de beneficios, relacionados directamente con la especulación de los contratos a plazo firme⁴⁰.

El actuar con opciones y con premio probablemente sea más riesgoso que hacerlo mediante títulos, con todo, estos producen un efecto "palanca" sobre las opciones⁴¹, que permiten mayores utilidades, por supuesto cuando no se puede ejercer la opción lo invertido en ellas se pierde totalmente⁴².

VII. Elementos del contrato a premio

Es necesario para efectos del presente estudio realizar un análisis de los elementos que configuran el contrato a premio.

37 Así *vid.* RODRIGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa...** p.730

38 También llamada "*l'écart de la prime*" o variación del premio; o sea la diferencia en más del precio que el vendedor conviene cobrar al comprador que limita su pérdida, en este sentido *vid.* BOLLINI SHAW CARLOS/ GOFFAN MARIO: **Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles...**, p.125 y 126

39 *Vid.* en este aspecto: MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.98

40 Al respecto, *vid.* MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.99

41 Así **apalancamiento**: La habilidad de utilizar una pequeña cantidad de dinero para atraer otros fondos, incluyendo préstamos, donaciones e inversiones equiparadas.

42 Así en: RADRESA EMILIO: **Bolsas y Contratos Bursátiles**, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1995, p. 199

1. Elemento Objetivo, activo subyacente o elemento real

En los contratos a premio indiferentemente pueden ser objeto del mismo, valores mobiliarios es decir, títulos de crédito sean públicos o industriales, al portador o nominativos, divisas extranjeras, índices bursátiles, entre otros. También pueden ser mercancías (*commodities*)⁴³ o productos alimenticios. La diferencia de ellos estriba únicamente en la frecuencia de los contratos de uno u otro objeto⁴⁴.

En resumen, el objeto del contrato a premio es todo aquello susceptible de transacción dentro del mercado de valores.

2. Elementos subjetivos o los intervinientes

Los sujetos participantes en este tipo de contratos son:

- a) "Dador del premio": aquel que se compromete o a quien se obliga a dar el premio o comprador del premio.
- b) "Tomador del premio": aquel a cuyo favor le ha sido prometido el premio o quien espera que le sea pagado.

Parte de la doctrina afirma que no es correcto hablar de comprador o vendedor del premio, en virtud de que la decisión de quien tenga el derecho o la facultad de opción, podría no ejercer la compraventa y por tanto, la terminología sería completamente errónea⁴⁵ ya que el resultado final no sería la compra o venta del bien.

3. Elementos formales

3.1 Precio del premio

Es denominado bajo este nombre el importe que el comprador paga al vendedor de la misma. El monto de la prima permanece en manos del vendedor y no es reembolsable, sea o no que el comprador de la opción decida ejercer sus derechos. Entonces el premio corresponde a la pérdida potencial máxima del comprador y la ganancia máxima del vendedor de la opción.

3.2 Precio de ejercicio

Es el precio con que inicialmente se presenta el contrato y según la evolución del precio del objeto, se van emitiendo nuevos precios de ejercicio, por alzas o bajas en el activo subyacente.

43 En sentido amplio *Commodities* es, "...la denominación utilizada para designar la gran variedad de productos que se negocian en los mercados financieros mundiales..." *vid.* COSTA RON LUIS. **Commodities. Mercados Financieros sobre Materias Primas**, Esic Editorial, Madrid, 1993, p. VII

44 Así en MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p. 110

45 Aún cuando no corresponda de modo exacto la cualidad de los sujetos por analogía *Prämiengeber* y *Prämiennehmer* adoptada por juristas alemanes, además menciona que los términos "*comprador a premio*" o "*vendedor a premio*" corresponden a la hipótesis en que abandonándose el premio, la compraventa no se efectúa y el contrato se esfuma con el trueque de cosa – precio, fundamental de la compraventa, así MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p. 110

3.3 Fecha de expiración o vencimiento

Es la fecha que se indica en el contrato, estableciendo según sea el caso si la opción es de tipo americana o europea, también llamado sistema clásico y sistema innovador⁴⁶.

- Sistema clásico – europeo, consiste en el derecho de comprar un título a un precio prefijado durante un periodo determinado y la opción de venta representa el derecho del vendedor de un título igualmente en un precio y fecha futura predeterminada.
- El sistema innovador o americano, se eleva a la categoría de activo financiero a la opción misma que es objeto de compraventa como si se tratara de un valor mobiliario más. Nace en 1973 en el *Chicago Board Options Exchange* y se practica en mercados americanos. La opción es susceptible de ejercicio en cualquier momento dentro del plazo pactado (antes de su vencimiento).

3.4 Tipo de opción

Se debe determinar el tipo de opción a la que se refiere, sea de compra o venta.

VIII. Tipología de los de Contratos a Premio

Existen en la práctica bursátil diferentes tipos de contratos a premio los cuales se analizarán,

modalidad efectuada apreciando la forma de aplicar el premio o la prima:

1. Contrato Dont

Proveniente de diferentes voces, la francesa “dont”, “call” de los ingleses, “vor-*praemie*” alemán y “*di cui*” de los italianos o contrato a premio simple.

Son primas que afectan la ejecución del contrato e implican un derecho de renuncia que significa para el comprador la facultad de recibir o no los títulos ya para el vendedor, la facultad de entregarlos o no, dependiendo a favor de quien se determinó esa facultad o derecho⁴⁷.

Confiere al dador del premio la facultad de escoger en el momento del vencimiento del plazo, si lleva a cabo la ejecución del contrato conforme al contrato inicial convirtiéndose el contrato en firme o si abandona la operación con la consecuente pérdida de la prima.

Dependiendo de cual de las partes sea quien otorgue el premio se pueden encontrar dos categorías: primero, si el dador de la prima es el comprador, el contrato se denomina “*call*” pero si en cambio, es el vendedor el dador del premio se llama “*put*”⁴⁸.

En otras palabras, el pago del premio atribuye al dador de la prima, el derecho de no entregar lo prometido, aproximando

46 CANO RICO JOSE: *Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil...*, p. 374

47 Consiste en la compra de una serie de títulos a una próxima liquidación a un precio determinado, con la reserva de ejecutar o no la operación principal, es decir, retirar o no los títulos, previo pago de la prima en el acto de concertar la operación o al vencimiento bursátil. Al respecto, RODRIGUEZ SASTRE, ANTONIO: *Operaciones de Bolsa...*, p. 732

48 “*Put*” del inglés, “*prime pour livre*” de los franceses, “*premio per poter consegnare*” del italiano y “*rückpraemie*” de los alemanes.

la promesa del premio al término jurídico *multa penitencial*, en cuanto que asegura al promitente el ejercicio del *ius poenitendi*, donde el premio es la compensación atribuida a la contraparte⁴⁹.

2. Noch

En el Contrato *Noch*, la prima otorga a su dador, la facultad de comprar o vender el doble de los títulos pactados originalmente.

Existe variación de estos contratos en el número de títulos objeto del mismo que puede no solo doblarse sino triplicarse, conforme a las estipulaciones de las partes, en este caso la prima también será mayor. Y en si mismo, parte de la doctrina indica que afectan el objeto del contrato⁵⁰.

MESSINEO explica que en esta figura se encuentra un correlativo derecho potestativo que se representa en la facultad unilateral de ampliar el objeto de la operación⁵¹.

Este tipo de contrato también es llamado por sus acepciones en inglés “*call of more*” o “*put of more*”, “*nochgeschaefte*”, “*schuluss auf noch*

und mit noch” o “*schluss mit ankündigung*” alemán.

Un ejemplo operativo del contrato de *noch*, podría ser el siguiente:

“X” realiza un contrato noch con “Y” sobre 1000 títulos de determinada categoría a un precio de ¢500.000 en total, a un mes plazo. Al finalizar el término los contratos han aumentado de valor a ¢502.000. Por lo que “X” decide comprar el doble de los títulos a “Y”, y pagará efectivamente ¢1.000.000.

Por el contrario si los títulos bajan de precio, solamente comprará los 1000 títulos teniendo una ganancia de ¢2.000, que corresponde a su fluctuación.

En este contrato el concepto de delimitación de riesgo se diluye⁵² en cuanto la función que cumple la prima, puesto que actúa como instrumento para obtener el máximo provecho de la operación, de acuerdo con las variaciones en las cotizaciones hasta el momento de la ejecución del contrato.

49 Vid. MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p. 100

50 Establece al relación a ello, RODRIGUEZ SASTRE, ANTONIO: **Operaciones de Bolsa**, 2ª edición, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 734 “...dan el derecho al comprador de una de esas opciones, a retirar o a entregar al vencimiento, si los cambios le son favorables –como comprador en primer caso, como vendedor en el segundo- una cantidad doble, triple de la que estaba inicialmente convenida. Inversamente el comprador de la opción “*Schluss auf fest und offen*”, puede no retirar o no entregar más que una cantidad de títulos dos veces, tres veces, etc., menor que la inicialmente convenida se los cambios le son desfavorables o bien mantenerla íntegramente si le son favorables”.

51 Vid. MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p. 106

52 Así, MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p.105 y 106

Corresponde considerar que en los contratos **Noch y Dont**, el premio tiene eficacia de medio extintivo o liberatorio (*liberatio*) de obligación principal.

3. Stellage

Son contratos conocidos como de doble prima o doble dificultad, para los ingleses “*put and call*”, para los italianos “*doppio premio*” o “*doppia facoltà*” y “*stellage*” de los alemanes.

Es el contrato mediante el cual el promitente de la prima ostenta el derecho en el momento del vencimiento del término, de elegir ser comprador o vendedor de los títulos objeto del contrato⁵³.

Son contratos menos utilizados en comparación a los dos descritos supra, probablemente por ser un poco más complejos, que varía de acuerdo a los intereses de quien da el premio. Afectan el modo de ejecutar el contrato, adquirir un “*stellage*” significa pagar una prima para obtener el derecho de retirar o entregar, mientras que vender el “*stellage*” implica recibir una prima para dejar a otros esa facultad de invertir la posición jurídica⁵⁴.

Un ejemplo del contrato de *stellage*, podría ser el siguiente:

Se da una cotización de 100% de un título determinado, lo que genera

que se pacte un contrato “stellage”. El dador de la prima, si decide comprar el día de la liquidación, pagará por esos títulos (podría ser) 102%, sin embargo si elige vender lo hará a un 98%.

Así en el momento de notificar la respuesta del premio a la contraparte; si la cotización ha subido más de un 102% se reputará como ganancia, pero si la cotización desciende por debajo del 98%, entonces decidirá vender.

Si la variación se halla en el margen del 2%, se escogerá lo menos desfavorable. Los márgenes de cobertura varían según la legislación.

Por otra parte, a diferencia de los contratos *Noch y Dont*, los contratos de *stellage*, **no** permiten liberarse de las obligaciones contraídas por completo y abandonar la operación, puesto que deberá realizar la ejecución sea como comprador o como vendedor, lo que le sea más ventajoso; en este caso el premio es una compensación de la posibilidad del ejercicio de aquella facultad, siendo indiferente que el derecho haya o no sido ejercido⁵⁵.

IX. Respuesta del premio o *Riposta premi*

Dependiendo del tipo de contrato que pacten las partes se modifica el contenido de la

53 Son contratos que “mediante el pago de una prima se adquiere el derecho de comprar a un cambio o vender a otro cierto número de títulos. Opta al vencimiento entre la venta o la compra, es decir la solución más ventajosa”, definido de esta forma por RODRIGUEZ SASTRE, ANTONIO: **Operaciones de Bolsa...**, p. 733

54 HERNANDEZ AGUILAR, ALVARO: **Derecho Bursátil. Mercado de Valores...**, p. 164

55 Así en: MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca...**, p. 101

obligación, sea en la forma del cumplimiento, de la posición del dador del premio o de la ampliación del objeto.

Entonces se enmarca la facultad del dador del premio como aquella que acarrea, en cierta medida, una inseguridad jurídica para el tomador del premio respecto al contenido exacto de la obligación que se debe cumplir. Por supuesto, es necesario que esta situación quede definida antes del vencimiento del término prefijado por las partes.

De modo tal, que el dador del premio debe comunicar a su contraparte cual será al final el contenido de la obligación, indicación que la doctrina conoce como “*riposta premi*” o respuesta del premio.

Esta respuesta del premio no requiere de ninguna formalidad específica, siendo una declaración recepticia y unilateral de voluntad propia del dador del premio y una vez conocida por la otra parte, de naturaleza irrevocable⁵⁶.

El uso o la comunicación de la respuesta del premio surtirá sus efectos dependiendo de la modalidad del contrato a premio sea *dont*, *noch* o *stellage*⁵⁷.

- Si se hace uso de la respuesta del premio en la modalidad *dont*, se entiende que el dador no tiene la intención de llevar a cabo la contratación no obstante, si no

la utiliza se sobreentiende que pretende realizar la prestación y el monto de dinero lo considerará parte del pago final.

- Bajo la circunstancia del contrato *noch* esta declaración se producirá si levanta la prima dentro del convenio ante la solicitud de un número mayor o menor de títulos comprometidos a cumplir.
- En lo tocante al contrato de *stellage* se presentaría mediante la información que determina la posición que ocupará el dador del premio, sea de vendedor o comprador.

Una vez cumplido lo anterior, la respuesta, ha llegado a conocimiento de la parte contratante (tomador del premio), las obligaciones de las partes asemejándose éste, a las del contrato a plazo de mercado firme ya que nada lo podrá variar hasta el momento de la liquidación y si es del caso del cumplimiento forzoso.

X. Etapas del Contrato

El contrato a premio tiene diferentes etapas, es por ello que se incluye una sucinta descripción de cada una de estas etapas.

1. Inicio del Contrato

El inversionista deberá realizar una orden de inversión al intermediario, es en este momento

56 Vid. HERNANDEZ AGUILAR, ALVARO: **Derecho Bursátil. Mercado de Valores...**, p.204

57 Así: HERNANDEZ AGUILAR, ALVARO: **Derecho Bursátil. Mercado de Valores...**, p. 204

que se perfecciona el contrato de comisión entre ellos. Y el inversionista le indica al intermediario que contratos desea comprar o en su caso vender.

La transacción es informada y registrada en la Cámara de Compensación⁵⁸ que fiscalizará y autorizará para que realice el pago del premio, lo cual es la primera evidencia de contrato escrito con carácter privado⁵⁹.

El artículo 47 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, indica textualmente:

“Contrato. *En toda operación bursátil en la que el Puesto de Bolsa actúe por cuenta ajena, deberá anotar toda orden que se les encomiende, sea verbal o escrita, de modo tal que surjan en forma adecuada del registro que deben llevar la fecha, cantidad, calidad, precio y modalidad en que la orden fue impartida y toda otra circunstancia relacionada con la operación que resulte necesaria para evitar confusión en las negociaciones. La aceptación de la liquidación correspondiente sin reserva de parte del cliente podrá ser invocada como una de las pruebas de conformidad del mismo. Asimismo, los puestos de bolsa deberán emitir una boleta de operación por cada operación en la*

que participen, la cual debe contener la información suficiente para determinar el tipo y características de la operación realizada y los datos necesarios para permitir su liquidación...”

2. Término del Contrato

Este tipo de contrato puede extinguirse antes del vencimiento si así lo solicita el dador de la prima por medio de una transacción de cierre o bien puede perdurar hasta la fecha de vencimiento.

2.1 Cierre del contrato

La prima brinda la posibilidad de cerrar anticipadamente sus posiciones previamente adquiridas.

Tanto en las opciones de *call* o *put*, la comunicación de cierre de la posición resulta de beneficio para el inversionista que opera en este sentido; para el inversionista que cierra una posición compradora con la venta de una nueva opción, la bolsa no le solicita que haga el depósito de garantía por participar como vendedor en esta nueva operación.

Para el inversionista que cierra una posición vendedora, la bolsa estará en capacidad de devolver la totalidad del

58 Sostiene la importancia de la Cámara de Compensación, CANO RICO JOSE: **Operación o Compraventa de Valores. Delimitación Conceptual** en **Contratos sobre Acciones**, Consejo de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1994, p. 555, al determinar “...una Cámara de Compensación que garantice el cumplimiento de los contratos y a los titulares del derecho de opción que van a poder ejercitarlos a su vencimiento. Para ello la Cámara de Compensación hace de contrapartidista, siendo comprador frente al vendedor y vendedor frente al comprador en todas las operaciones... elimina los riesgos al compensar mutuamente las posiciones vendedoras y compradoras, exigiendo las garantías correspondientes...”

59 Esto en virtud de que las partes (compra y vende).

margen depositado como garantía, las sumas aportadas serán liberadas hasta que se produzca el vencimiento de las opciones y asimismo exista una adecuada liquidación de las obligaciones por parte del inversionista.

2.2 Ejecución de los contratos

La ejecución del premio constituye la última etapa de la negociación, por medio del cumplimiento sea **voluntario** o **forzoso** por parte de los contratantes.

Los contratos pues se celebran y se liquidan mediante la Bolsa de Valores que actuará como Cámara de Compensación.

Artículo 126.- Trámite de la liquidación⁶⁰

La liquidación de las operaciones de los mercados de valores organizados deberá realizarse por medio del Sistema de compensación y liquidación de valores, que estará integrado por las bolsas de valores y por las sociedades de compensación y liquidación.

- Ejercicio

Si el comprador ejerce su derecho, éste deberá informar a la Bolsa su deseo de ejercer la opción por el medio que señale el Reglamento respectivo.

La liquidación (entrega física del objeto) tendrá lugar en la fecha indicada en el contrato o bien en el reglamento.

Artículo 50 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, que expresa:

“La liquidación de las operaciones realizadas de acuerdo con las condiciones pactadas es obligatoria para los Puestos de Bolsa, quienes responderán con las garantías que para estos efectos hayan otorgado”

- Ejecución coactiva

Es la forma atípica de ejecutar el contrato que se produce como resultado de incumplimiento de prestaciones generadas en el contrato, esta ejecución también se realiza por medio de la bolsa de valores.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones en las operaciones bursátiles el artículo 54 Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, señala:

“Incumplimiento de las obligaciones.
En el caso de que uno de los Puestos de Bolsa no cumpla con las obligaciones derivadas de las operaciones acordadas que haya realizado, dentro de los plazos establecidos por la Bolsa para ello, el puesto de bolsa que sea su contraparte en la operación de que se trate, podrá solicitar, dentro de los cuatro días siguientes, contados a partir de la fecha en que se produce la mora, la ejecución coactiva de la operación o la resolución contractual”

Por su parte el Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, separa las clases

60 Así dispone el artículo 126 de Ley Reguladora del Mercado de Valores

de incumpliendo en dos, el primero es el incumpliendo de pago y el segundo, el incumplimiento en la obligación de entregar.

El artículo 56 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, que puntualiza:

“Ejecución coactiva de las operaciones. Obligación de pago.

La Bolsa puede realizar la ejecución coactiva de una operación bursátil, por voluntad expresa o presunta del puesto que ha cumplido, una vez que se haya realizado la notificación al puesto incumpliente requiriéndolo a cumplir a más tardar en la sesión bursátil siguiente al día de la misma, y que éste no haya cumplido con la obligación de pago. En este caso, la Bolsa designará mediante un sistema de rotación, el puesto de bolsa quien escogerá al agente de bolsa que deberá vender, por cuenta del puesto de bolsa moroso, los valores entregados por el puesto de bolsa que ha cumplido y que son objeto de la operación de bolsa respectiva. La venta deberá realizarse en la sesión bursátil del día en que la Bolsa le haya ordenado al puesto su realización, al mejor precio que sea posible obtener. No se incluirán dentro del sistema de rotación, el puesto de bolsa moroso ni aquel que ha solicitado la ejecución coactiva.

El pago de dicha venta se entregará al puesto de bolsa en cumplimiento de la obligación inobservada. A dicho monto se le deducirán las comisiones de bolsa que correspondan por las operaciones efectuadas. El puesto incumpliente deberá indemnizar los

daños y perjuicios causados a Puesto que sí cumplió...”

También el artículo 57 del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, señala:

“Ejecución coactiva de las operaciones. Obligación de entrega.

La Bolsa puede realizar la ejecución coactiva de una operación bursátil, por voluntad expresa o presunta del puesto que ha cumplido, una vez que se haya realizado la notificación al puesto incumpliente requiriéndolo a cumplir a más tardar en la sesión bursátil siguiente al día de la misma, y que éste no haya cumplido con su obligación de entrega. En este caso, la Bolsa ordenará a un puesto de bolsa, mediante un sistema de rotación, la compra, por cuenta de dicho puesto moroso, de los valores necesarios para cumplir con la operación de bolsa que motivó la ejecución coactiva. No se incluirán dentro del sistema de rotación, el puesto de bolsa moroso ni aquel que ha solicitado la ejecución coactiva.

La compra de los valores que se entregue al puesto de bolsa se realizará mediante una operación de contado a hoy, al mejor precio que sea posible obtener en la sesión bursátil del mismo día en que la Bolsa ha solicitado la operación. El pago de la operación que la Bolsa ordene será cubierto del precio pagado por el puesto que ha solicitado la ejecución...”

Respecto al incumplimiento de las operaciones bursátiles, puede observarse el Título II del Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores.

XI. CONCLUSIÓN

El riesgo es inherente a las operaciones especulativas, lo que implica un conocimiento de los posibles eventos que podrían afectar la inversión, entendiéndose, la existencia de una probabilidad.

En el contrato a plazo en firme se da una compraventa definitiva solamente que su ejecución es ulterior a la formalización de ese contrato, mediando siempre la especulación. En el caso del comprador su expectativa es a la alza ya que espera que el valor de los títulos suban en el intervalo que media entre el perfeccionamiento y la ejecución del mismo. Por su parte, el vendedor especula a la baja, pues confía que la cotización de los títulos sea menor al momento de hacer entrega de los mismos.

Patente lo anterior, surge en los mercados bursátiles el contrato a premio, con gran acogida, contrato que tiene como finalidad práctica, liberar al inversionista de una operación poco rentable e inconveniente para sí.

El *contrato a premio* es un contrato con identidad propia, si bien de carácter preparatorio de uno de compraventa de valores. Su condición autónoma se fundamenta en el hecho de que si no se llega a utilizar el premio, no se ve afectada la naturaleza y eficacia de la operación.

En esencia es un contrato que otorga al comprador el *derecho* de opción para recoger o para abandonar los efectos comprados, pagando al vendedor en este último caso, la indemnización o el *premio* que se estipula.

Así el premio o prima, es la compensación atribuida a la parte que se remonta al

cumplimiento de la obligación sin derecho de exigir el cumplimiento de la obligación principal por la contraparte del contrato.

Es sensible esta situación ya que el dador de la prima limita su riesgo a la pérdida del premio pagado y a cambio se asegura un precio máximo de compra o mínimo de venta, dependiendo del caso y el tomador del premio, asume el riesgo de comprar o vender a un precio superior o inferior en el mercado, a cambio de un premio en fecha futura.

Se puede rescatar que estos contratos permiten limitar los riesgos e incluso los márgenes de beneficios, relacionados directamente con la especulación de los contratos a plazo firme. El actuar con opciones y con premio probablemente sea más riesgoso que hacerlo mediante títulos, con todo, estos producen un efecto "palanca" sobre las opciones, que permiten mayores utilidades, por supuesto cuando no se puede ejercer la opción lo invertido en ellas se pierde totalmente.

Los sujetos participantes en este tipo de contratos son: el "*dador del premio*": aquel que se compromete o a quien se obliga a dar el premio o comprador del premio y el "*tomador del premio*" a cuyo favor le ha sido prometido el premio o quien espera que le sea pagado.

Los elementos formales que se requieren para este contrato son: el precio del premio, el precio de ejercicio, la fecha de expiración o vencimiento y el tipo de opción, sea cualquiera de estos:

Sea en primer término un *Contrato Dont*, en donde el premio afecta la ejecución del contrato e implican un derecho de renuncia, para el comprador la facultad de recibir o no

los títulos y para el vendedor, la facultad de entregarlos o no, dependiendo a favor de quien se determinó esa facultad o derecho. Dependiendo de cual de las partes sea quien otorgue el premio se pueden encontrar dos categorías: si el dador de la prima es el comprador, el contrato se denomina “*call*” pero si en cambio, es el vendedor el dador del premio se llama “*put*”.

En el *Contrato Noch*, la prima otorga a su dador, la facultad de comprar o vender el doble de los títulos pactados originalmente, afectando así el objeto del contrato.

Y el *Contrato Stellage*, son contratos conocidos como de doble prima o doble dificultad, mediante el cual el promitente de la prima ostenta el derecho en el momento del vencimiento del término, de elegir ser comprador o vendedor de los títulos objeto del contrato, lo que afectan el modo de ejecutar el contrato ya que implica el recibir una prima, dejar a otros la facultad de invertir la posición jurídica.

Por último, corresponde considerar que en los contratos ***Noch*** y ***Dont***, el premio tiene eficacia de medio extintivo o *liberatio* de obligación principal. De otra suerte, el contrato ***Stellage*** no permiten liberarse de las obligaciones contraídas por completo y abandonar la operación, puesto que deberá realizar la ejecución forzosamente sea como comprador o como vendedor.

La particularidad de este contrato reside en la modificación el contenido de la obligación, sea en la forma del cumplimiento, de la posición del dador del premio o de la ampliación del objeto. Si bien depende del tipo de contrato que se pacte, el tomador del premio posee cierta inseguridad jurídica respecto al contenido exacto de la obligación que se debe cumplir en virtud de que se pende la decisión del dador del premio, resulta obvio anotar que ésta *respuesta del premio*, debe ser comunicada antes del vencimiento del término prefijado por las partes.

XII. BIBLIOGRAFÍA

BOLLINI SHAW CARLOS/ GOFFAN MARIO: **Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

CACHON BLANCO JOSÉ: **Derecho del Mercado de Valores**, Tomo II, Editorial, Dykinson, Madrid, 1993.

- **Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil**, Tecnos, Madrid, 1982.

CANO RICO JOSE: “**Operación o Compraventa de Valores. Delimitación Conceptual**” en **Contratos sobre Acciones**, Consejo de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1994.

CORTES LUIS: “**El Mercado De Valores: (II) Operaciones**” en **Curso De Derecho Mercantil**, dirigido por URIA RODRIGO / MENENDEZ AURELIO, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

COSTA RON LUIS: **Commodities. Mercados Financieros sobre Materias Primas**, Esic Editorial, Madrid, 1993.

CUENCA GARCIA ANGELES: “**El Contrato de Comisión entre clientes y miembros de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones**” en **Contratos Mercantiles**, Director RODRIGUEZ – CANO, Editorial Arazandi, España, 2001.

GARRIGUES JOAQUIN: **Curso de Derecho Mercantil**, 4ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984.

HERNANDEZ AGUILAR ALVARO: **Derecho Bursátil. Mercado de Valores**, 2ª edición, Vol. II, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2002.

LINARES BRETÓN SAMUEL: **Operaciones de Bolsa**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980

MADRID PARRA AGUSTIN: **Contratos y Mercados de Futuros y Opciones**, Editorial Tecnos, España, 1994.

MESSINEO FRANCESCO: **Operaciones de Bolsa y de Banca**, traducido por GAY DE MONTELLA, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1957.

- **Manual de Derecho Civil y Comercial**, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

PEREZ-SERRABONA GONZALEZ JOSE: **La Contratación en el Mercado de Valores**, en **Derecho Mercantil**, Capítulo 66, Madrid, 1992.

RADRESA EMILIO: **Bolsas y Contratos Bursátiles**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN: **Derecho Mercantil**, 20ª edición, Tomo II, Editorial Porrúa S.A., México, 1991.

RODRIGUEZ SASTRE ANTONIO: **Operaciones de Bolsa**, 2ª edición, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

VINDAS KATIA/JIMENEZ ENRIQUE: “**Mercados, Activos e Innovaciones Financieras**” en Serie **Comentarios sobre asuntos económicos**, núm.151, Banco Central de Costa Rica, San José, 1996.

TESIS DE GRADO

LUNA RODRIGUEZ RAFAEL: **Aspectos Jurídicos de los Contratos de Bolsa y su Normativa en la Ley Reguladora del Mercado de Valores**, Tesis para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1994.

ZELAYA RODRIGUEZ JULIO: **Los Contratos de Opciones en el Mercado de Valores de Costa Rica**, Tesis para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1998.

OTRAS FUENTES

- Leyes y Reglamentos

BOLSA NACIONAL DE VALORES, S. A., Dirección de Asesoría Legal, Oficio AL- 284–01 de fecha 2 de Octubre del 2001.

CÓDIGO DE COMERCIO. Ley número 3284, San José Costa Rica.

EXPEDIENTES LEGISLATIVOS: Ley No. 7201 y Ley No.7732.

LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES, Ley 7732, San José Costa Rica.

REGLAMENTO GENERAL DE LA BOLSA NACIONAL DE VALORES, en Acuerdo de la Junta Directiva de la Bolsa Nacional de Valores en su sesión 19/99 celebrada el día 17 de agosto de 1999 y cuya última modificación fue el 26 junio del año 2001.

- Sitios en Internet

BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, www.bccr.fi.cr

BOLSA NACIONAL DE VALORES, www.bnv.co.cr

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE VALORES, www.sugeval.fi.cr

ACERCAMIENTO A LA AVERÍA GRUESA, UNA FIGURA CONTROVERTIDA DE LA *LEX* *MARITIMA*; Y NOTAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INSTITUTOS DEL DERECHO MARÍTIMO.¹

Lic. Carlos E. Valenciano Góngora
cvg@faciolaw.com

SUMARIO

<i>Exposición de motivos</i>	218
I. Estado de la cuestión	218
II. Aproximación conceptual al instituto de Avería Gruesa.....	220
1. Breve reseña histórica.....	220
2. El acto de Avería Gruesa. (sacrificio o gasto)	224
2.1 Avería - Sacrificio (daño).....	225
a) Avería-sacrificio del buque.....	225
b) Avería-sacrificio de la carga.....	225
2.2 Avería Gasto	226
3. Elementos constitutivos del instituto de Avería Gruesa	227
3.1 El carácter excepcional o extraordinario del acto	228
3.2 El carácter voluntario del acto.....	229
3.3 El carácter razonable del acto	231
3.4 La concurrencia de un peligro.....	231
3.5 La intención de proteger la seguridad común.....	234
3.6 El resultado útil.....	236
4. Naturaleza jurídica del instituto de Avería Gruesa.....	237
4.1 Teoría de la gestión de negocios(« <i>Gestion d'affaires</i> »)	237
4.2 Teoría del enriquecimiento sin causa.....	238
4.3 Teoría de la asociación de intereses.....	239
4.4 Instrumentos para la elucidación de la naturaleza jurídica del instituto de Avería Gruesa	240
Conclusiones	242

¹ Sinopsis del Trabajo Final de Graduación intitulado: *La Avería Gruesa: Reflexiones críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido de la Lex Maritima*, presentado por el autor ante el Tribunal Examinador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el día veintiocho de abril de dos mil ocho, en la Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Como el océano, cubierto a menudo por una densa bruma que no deja adivinar la profundidad de sus aguas, el Derecho Marítimo reviste asimismo un cierto carácter arcano, atribuible al peculiar carácter y naturaleza de la aventura marítima, y por tanto, de las relaciones que ella abriga. En alta mar, buque, carga y flete, aunque independientes, se configuran en una unidad ideal justificada en la preservación de la empresa toda, y finalmente, en su arribada segura a puerto. No se trata esta de una forma asociativa típica, ni tampoco necesariamente de un régimen de responsabilidad solidaria, sino de un grado de cohesión que nace entre las partes de la expedición, en razón de la situación de aislamiento absoluto de la comunidad de los bienes involucrados ante los peligros y peripecias que sobre ella ciernen el piélago. Así, el Derecho Marítimo, como la mar, se muestra a veces insondable; inescrutable, pues alimentan las peculiares relaciones que pretende tutelar, milenios de usos y costumbres de mercaderes y navegantes.

Quizá, el caso más representativo de esta condición la ostenta, entre todos los institutos del Derecho Marítimo, el de la *Avería Gruesa*. Esta figura, que remonta sus orígenes a las leyes de los navegantes rodios sugiere que, cuando se ha realizado voluntariamente algún sacrificio o gasto extraordinario con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima, las demás partes de la empresa han de compensar el daño sufrido por una o varias de ellas. Desdeñada por atávica e impráctica, sigue siendo hoy parte esencial del tráfico marítimo. Esta contradicción es reflejo de la

paradoja misma del Derecho Marítimo, que se debate entre la preservación de su autonomía, y la asimilación de sus institutos a figuras más modernas del Derecho Mercantil, o más genéricas del Derecho Civil.

Así, motivado por esta vívida discusión centenaria, el presente artículo pretende ofrecer algunas generalidades del instituto de *Avería Gruesa*, a la luz de las cuales podrá entenderse la particular naturaleza jurídica del Derecho Marítimo.

I. Estado de la cuestión

La *Avería Gruesa*, como muchos de los institutos del Derecho Marítimo, es enigmática en su formulación. Comparte con éstos un particular sustentáculo: la idea de *comunidad de intereses*, que nace en cada viaje con la formación de la *empresa marítima*. Juntos, sus integrantes -buque, carga y flete- se configuran en una *unidad ideal* para afrontar los riesgos de la navegación. La idea misma de *la aventura marítima*, representada por la imagen del buque que surca solitario el océano sorteando los peligros del mar, sugiere un nivel de cohesión entre sus partes incomprensible en otro contexto. Por tanto, prevalece entre ellas un régimen particular de *solidaridad*. Bajo este principio rector, el instituto de *Avería Gruesa* pretende instaurar un sistema de contribución tendente a compensar las pérdidas voluntariamente soportadas por una de las partes de la aventura marítima para la seguridad común de toda la empresa.

Su desarrollo histórico, que sigue los derroteros de la evolución del Derecho Mercantil², es igualmente curioso. Urde sus

2 Tal como lo sugiere MALAVAGNI, los negocios propios del comercio marítimo encuentran sustento en la estructura jurídica brindada por las normas del Derecho Marítimo, que no son sino la consolidación de los usos y costumbres de los comerciantes. (MALVAGNI, Atilio (1956). *Contratos de transporte por agua*. Buenos Aires, Roque de Palma, Editor. Página 3.)

raíces milenarias en las generosas tierras de los usos y la costumbre del mar³, para pasar a ser codificada en los primeros compendios de Derecho Marítimo y, posteriormente, con el advenimiento de la Edad Moderna, en las primeras legislaciones nacionales⁴. En la actualidad, aspira a proyectarse como un instituto de aplicación general, en razón de la aceptación de los diferentes grupos que conforman la comunidad marítima internacional -armadores, fletadores, cargadores, aseguradores- de las *York-Antwerp Rules*, un cuerpo normativo privado de vocación universal que regula este instituto, su ajuste y liquidación.

No obstante, a pesar de la aceptación de la que goza, y de su plena aplicación en el actual transporte marítimo de mercancías, esta figura no escapa de la polémica. Sus detractores la consideran una figura atávica que perdió su utilidad y vigencia con el surgimiento, desarrollo y perfeccionamiento de otras formas de cobertura de riesgos, como los seguros marítimos. Se cuestiona también el procedimiento de *ajuste y liquidación* de Avería Gruesa, por ser harto complejo y dispendioso. Los censores más incisivos señalan que la posibilidad de declarar al buque en Avería Gruesa y, por tanto, de disolver la responsabilidad de los daños o gastos generados entre las partes de la empresa marítima, fomenta el relajamiento de la diligencia del capitán en el cuidado que debe

prestar a la dirección de la travesía. Otros, abandonan las observaciones técnico-jurídicas para resaltar el trasfondo político-económico del instituto, sugiriendo que la evolución de esta figura tiende a un progresivo favorecimiento de los intereses de los armadores.

Por otro lado, sus defensores alegan que la Avería Gruesa no ha sido desplazada por instrumentos contractuales como la *póliza de seguro marítimo*, pues muchas travesías marítimas se realizan hoy sin la suscripción de una de estas pólizas que, además, no cubren el acaecimiento de ciertos riesgos que sí son compensados dentro del régimen de contribución de Avería Gruesa.

La controversia que se cierne sobre el instituto de Avería Gruesa tiene origen en las dificultades inherentes a la identificación de su fundamento y justificación. La primera de ellas, que podría denominarse de la forma más laxa como *ontológica*, implica el desciframiento de la compleja naturaleza jurídica de este instituto. ¿Qué es la Avería Gruesa? ¿Cómo se relaciona con otros institutos jurídicos? ¿De dónde emana su fuerza coactiva? La instauración de un régimen de contribución solidaria *sui generis*, basado en la *comunidad de intereses* existente entre las partes de la aventura marítima, parece exceder la capacidad de entendimiento del *iuspositivista formalista*, que necesita identificar en la Avería Gruesa alguna de las *figuræ iuris* preexistentes.

-
- 3 Para comprender la evolución de las prácticas aisladas y heterogéneas de los navegantes en *usos normativos* de aplicación uniforme y obligatoria, Vid. **GARRIGUES, Joaquín (1977)**. *Curso de derecho mercantil*, Volumen I. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México. Páginas 94-95; Vid. **KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA TORUÑO, Octavio (1997)**. *Curso de Derecho Mercantil*. Segunda Edición, revisado y actualizado. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto. Página 139.
- 4 **MORA ROJAS, Fernando (2003)**. *Introducción al derecho comercial*. Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto. Páginas 85-86; Vid. **SÁENZ CARBONELL, Jorge (2003)**. *Elementos de Historia del Derecho*. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica. Ediciones Chico. Página 118.

La segunda dificultad reviste una naturaleza *teleológica*. El instituto de Avería Gruesa pretende ser, como se ha dicho, un mecanismo de distribución solidaria entre las partes de la aventura marítima de los gastos y sacrificios sufridos por uno de sus intereses para la preservación de la seguridad común. Empero, su utilidad y adecuación a los fines ha sido relativizada ante la proliferación de figuras contractuales de cobertura riesgos que ofrecen soluciones más económicas, seguras y expeditas.

II- Aproximación conceptual al instituto de Avería Gruesa.

1. Breve reseña histórica

El estudio de las legislaciones y decisiones jurisprudenciales que han recogido el instituto de Avería Gruesa muestra que esta figura del Derecho Marítimo ha sido dotada de los más diversos contenidos, manteniéndose, no obstante, un denominador común a todas ellas

-el cual constituye, precisamente, su *principio rector*-. La idea de la *solidaridad* inherente a las partes de la aventura marítima, en razón del enfrentamiento conjunto a los peligros que amenazan la seguridad común de la aventura marítima.

La *Avería Gruesa*⁵ es un instituto del Derecho Marítimo que emana de las antiguas costumbres del comercio y navegación de las culturas marítimas del Mediterráneo.⁶ Tal como lo explica **RIPERT**⁷: “*Si bien su origen exacto nos es desconocido, se encuentran cuando menos sus trazos en las legislaciones antiguas, y parece haber sido seguida por todos los pueblos navegantes que alcanzaron cierto nivel de civilización.*”.

La primera referencia documental al instituto de Avería Gruesa se encuentra en el *Digesto Justiniano*, Libro XIV, Título II, bajo el nombre de «*De Lege Rhodia de iactu*» (circa 533 d.C.).⁸ El Emperador Justiniano I la incorporó también al «*Codex Iustinaeus*» (circa 534 d.C.),

5 En cuanto a su origen etimológico, establece **LUQUE TALAVÁN** que existe concierto entre lingüistas, juristas e historiadores en cuanto a la procedencia de esta palabra del árabe. Según este autor, el precedente más antiguo en esta lengua es el término «*ʿāwwar*» (perjudicar, averiar), que posteriormente derivaría en «*ʿawārīya*» (mercancía averiada). Esta palabra pasaría luego al catalán y al italiano, a través del frecuente contacto comercial de las repúblicas marítimas italianas y la Corona de Aragón con los enclaves comerciales islámicos del norte africano, propagándose luego a las demás lenguas europeas. (**LUQUE TALAVÁN, Miguel (1998)**. *La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio* (siglos XVI-XVIII). *Revista Complutense de Historia de América*. Número 24. 24: 113-145. Página 123.)

6 La ausencia de referencia a algún instituto que establezca un principio de colaboración solidaria entre las partes de la aventura marítima, o aún a la echazón en legislaciones pertenecientes a otras tradiciones jurídicas que regulan la navegación como el *Código de Hammurabi* o el *Manusmriti* indio, hace presumir que este instituto tuvo la cuna mediterránea por cuna.

7 **RIPERT, Georges (1953)**. *Traité General de Droit maritime*. Tome III, Quatrième Édition. Rousseau, 1953. n°2212.

8 **Digesto Justiniano**. Libro XIV, Título II. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon)**. <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

bajo el título de «*Nómos Rodion Naytikós*».⁹ Este hecho sugiere que la Avería Gruesa, en relación con la *echazón*, era practicada desde los siglos X-VII a. C., época de esplendor de la Isla de Rodas como potencia marítima.¹⁰

La *Sección 1*¹¹ del *Título II* del *Digesto Justiniano*, *Paulo, Sentencias, Libro II*, señala: “*Establece la Ley Rodia que, cuando con el propósito de aligerar el navío, fuere arrojada mercancía por la borda, lo que se ha perdido para el beneficio de todos, ha de ser resarcido por la contribución de todos.*” Se revela en esta disposición inicial, a la vez, el **fundamento** y la **justificación** del instituto de Avería Gruesa; sea, la *solidaridad* que debe primar entre las partes, no sólo en virtud del carácter de *comunidad* que reviste la aventura marítima, sino particularmente en razón de que el sacrificio realizado tiene como objeto procurar el *bien común* de la empresa.

Sin embargo esta norma se refiere particularmente al acto de *echazón* y no a otras formas de pérdida, extrañándose así una forma plena de asociación o comunidad de intereses. Esto parece derivarse del hecho que, como lo señala **DUSSERRE**¹², si bien el Derecho Romano es una fuente irrefutable de derecho de las Averías Gruesas, las reglas que instituye no prevén más que algunos casos particulares, quizá porque en la Antigüedad la *echazón* era el caso más frecuente de *Avería Gruesa*.¹³ En el mismo sentido, explica **TETLEY**¹⁴ que si bien la Avería Gruesa en la *Lex Rodia* no se extendía más allá de los casos de *echazón*, su principio ha sido y es aplicado a todos los demás casos de sacrificio realizados para el beneficio de todos.

Durante los siglos posteriores al *Digesto Justiniano*, por motivos históricos imputables al declive del comercio marítimo en Europa,

-
- 9 **LUQUE TALAVÁN**, *op. cit.*, página 126, citando a **AVILÉS, G.** *Manual de Derecho mercantil*. Ruiz Hermanos, Madrid, 1933. pp. 413-414.
- 10 **CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979)**. *Los Siniestros en el Seguro de Transportes*. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 123.
- 11 **Digesto Justiniano**. Libro XIV, Título II, Sección 1. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon)**. <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].
- 12 **DUSSERRE, Cédric**; sous la direction du **Pr. Christian SCAPEL (2004)**. *Les Avaries Communes, place actuelle d'une institution antique*. Mémoire de DESS de Droit Maritime et des Transports 2003/2004. Página 11. Consultado en: **Centre de Droit Maritime et des Transports**. UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III (CDMT, 2004). <<http://www.cdmr.droit.u-3mrs.fr/memoires/2004/m04duce.html>>. [Consulta: 5 noviembre. 2007]
- 13 En *La Biblia*, es posible encontrar cuando menos dos descripciones claras de casos de *echazón*. En el *Antiguo Testamento*, la historia de Jonás narra: “*Pero Yavé envió un fuerte viento sobre el mar, causando una tempestad tan grande que el barco amenazaba hundirse. (...) Después echaron la carga del barco al mar para sacarle peso.*” (**Jonás, 1: 4-5**). En el *Nuevo Testamento*, se encuentra un relato aún más detallado en la historia del transporte de Pablo a Roma, en la que una tormenta obligó a alijar frente a las costas de Creta (**Hechos, 27: 1-20**).
- 14 **TETLEY, William (2003)**. *General Average now and in the future*, 2003. Página 5, Nota al pie número 8. Artículo consultado en: **McGILL UNIVERSITY (2008)** <<http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/genaverage.pdf>>. [Consulta: 22 noviembre. 2007]. Puede consultarse también en **Liber Amicorum R. Roland**, Larcier, Brussels, 2003. pp. 419-450).

no le sucedió a éste legislación marítima relevante¹⁵. Sin embargo, en los albores de la Edad Media, y con el surgimiento de la burguesía comercial y la reactivación de las rutas comerciales europeas, comienzan a proliferar en las ciudades portuarias reglas especiales para la regulación del tráfico marítimo.

Con el despertar marítimo del Medioevo¹⁶, la *asociación de intereses*¹⁷ pasa a ser ahora la idea dominante entre los partícipes de la aventura. Señala **DUSSERRE**¹⁸ que, en una época en donde las partes de la expedición

percibían el interés de unirse contra los riesgos frecuentes de la navegación marítima, se desarrolló una especie de *compañía mutual*, con el objeto de agrupar el navío y cargamento en un todo solidario que habría de cubrir las pérdidas en las que eventualmente se incurriera para salvar la aventura marítima.¹⁹

Los avances científicos y tecnológicos en el campo de la navegación, así como el descubrimiento de América y la consecuente expansión geográfica, hicieron que los siglos XVII y XVIII presenciaran el nacimiento de un verdadero comercio marítimo. El

-
- 15 El cisma de Roma y la posterior caída del Imperio Romano de Occidente en 476 d.C., provocaron la vertiginosa merma del tráfico marítimo en la Europa Latina. No obstante, esto no implicó el descenso del comercio mediterráneo. Los prósperos reinos islámicos se convirtieron en las potencias comerciales indiscutidas de la cuenca mediterránea. Los omeyas y nazaríes de *Al-Ándalus* en la Península Ibérica, y las dinastías de los *Tulonidas* en Egipto y los *Agalbidas* en Túnez dominarían el comercio marítimo mediterráneo por el siguiente medio milenio. Así en el primer tercio del siglo X d.C., fue promulgado el «*Kitáb akriyat "al sufun" wa-al-Niza 'Banya Ahliha*» o *Tratado relativo al arrendamiento de navíos y los reclamos entre sus pasajeros y marineros*, en el que se trata, entre otros, el tema de la echazón y la Avería Gruesa. (**MERI, Josef W. (Editor) (2006)**. *Medieval Islamic Civilization. An Encyclopedia*. Volumen 2. (s.L). Taylor & Francis, Publishers. Página 820)
- 16 El nacimiento de las ciudades marítimas de Venecia, Génova, Amalfi y Pisa, en el Mediterráneo, implicaría un resurgimiento del tráfico marítimo y la perpetuación de las leyes y prácticas marítimas y comerciales romanas. Así, por ejemplo se promulga en 1255, en Venecia, el *Statuta et Ordinamenta super Navibus*, recogido posteriormente en 1347 en el *Libro Sexto del Statuta Civilia Veneta*, ordenado por el Dogo André Dandolo. En estos cuerpos normativos, Venecia, al igual que otros Estados del Mediterráneo, procuró actualizar y sobre todo completar la ley marítima romana, que resultaba a todas luces insuficiente. Así, los *Statuta Civilia Veneta*, no sólo introdujeron la distinción entre *Avería Gruesa* y *Avería Particular*, sino que extendió la responsabilidad de contribución en caso de pérdida voluntaria a la prevención de un peligro común, para cubrir los casos de daños sufridos por la nave o la carga originados en los peligros del mar o la captura o ataque del enemigo o los piratas. Este proceso de evolución legislativa fue similar en Pisa y Génova, pares de Amalfi y Venecia en el comercio marítimo. La República de Pisa promulgó las *Constitutum Legis* (1156) y las *Constitutum Usus* (1160), que recogían tanto la *Lex Romana* como la *Lex Longobarda*. Génova por su parte, fue también profusa en la emisión de legislación marítima: *Officium Gazariæ* (s. XIV), *Tractatores Mercantiæ* (s. XIV). (**REDDIE, James (1841)**. *An historical view of the law of maritime commerce*. William Blackwood and Sons, Edimburgh and London. 1841. Páginas 145-162.)
- 17 **RIPERT**, *op. cit.*, n°2214.
- 18 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 11.
- 19 Algunos ejemplos de recopilaciones medievales que desarrollan en algún grado esta concepción, son el «*Ordinamenta Maris di Trani*» (c. 1063) ; «*Rôles d' Oléron*» (s. XII); el «*Libre del Consolat de Mar*» o «*Livre du Consulat de la Mer*» (s. XIII); las *Leyes de Lübeck*; las «*Hogheste Water Recht de Wisby*»²⁰ o *Supremas Leyes Marítimas de Wisby*, de data incierta; y el «*Guidon de la Mer*» (1671), que, además de ser una compilación completa de la costumbre marítima de la época, ofrece una definición general del instituto, seguida de una exposición taxativa de los casos que dan lugar a contribución, así como el método para su liquidación.

armador individual -que ejercía la navegación de manera instrumental para satisfacer sus propias actividades comerciales- dio paso a las grandes compañías navieras que hicieron del tráfico marítimo un giro comercial autónomo. Es precisamente con el surgimiento de los primeros Estados-Nación, que las compilaciones de usos y costumbres medievales fueron sustituidas por leyes nacionales. Tal incorporación del derecho consuetudinario a la legislación nacional se produjo por primera vez en Francia con «**L'Ordonnance de la Marine d'août 1681**», o *Ordenanza Marítima de agosto de 1681*, que, en su **Artículo Primero**²⁰ del *Título Séptimo*, bajo el *Libro Tercero, De los Contratos Marítimos*, ofrecía una definición concisa de lo que ha de entenderse por *Avería Gruesa*, indicando que todo gasto extraordinario en el que incurrieren los navíos y las mercancías conjunta o separadamente, y todo daño que les sobreviniere desde el momento de la carga y hasta su retorno, se reputan actos de *avería*.²¹

Así, para el siglo XVIII, se identifican ya varios de los elementos constitutivos de la *Avería Gruesa*: la realización **1)** voluntaria de un **2)** *gasto* o *sacrificio* **3)** extraordinario, para **4)** la seguridad común; apreciándose la consolidación del concepto de *comunidad de intereses* de la aventura marítima.

El advenimiento de la Revolución Industrial, aunado a la invención del barco de vapor y otras tecnologías, favoreció el fortalecimiento del tráfico marítimo y la consolidación de un verdadero mercado internacional, a la sombra de los cuales surgieron nuevos instrumentos contractuales y nuevas formas de asociación basadas en la idea de *comunidad de intereses*, como las compañías de armadores, y los *Clubes de Protección e Indemnidad*.

Señala TETLEY²² que, con la evolución del comercio en la dirección antes descrita, la *Avería Gruesa* emergió como una forma de seguro marítimo, una modalidad de distribución del riesgo y las pérdidas sufridas al seno de la comunidad de la aventura. Así, para el siglo XIX, era ya práctica común que los aseguradores introdujeran en sus pólizas las cláusulas de *Riesgo de Sacrificio y Contribución en Avería Gruesa*. Dada la profusa concurrencia de casos de *Avería Gruesa* en las travesías marítimas, y de fallos e interpretaciones contradictorias en las diversas jurisdicciones, surgió la necesidad de crear un conjunto de normas que universalizaran su concepto y alcances, a la vez que homogenizaran su cálculo y aplicación. Así, luego de varios intentos infructuosos, en 1877 fueron promulgadas las «**York-Antwerp Rules**», producto del

20 **Ordonnance de la Marine d'août 1681**. Libro Tercero, Título Séptimo, Artículo Primero. Consultado en: Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Livre%20III%20Titre%20VI%20Des%20assurances.pdf>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

21 Explica FRIGNET que el contenido de la *Ordenanza de 1681* sería incorporado al «**Code de Commerce**» francés de 1807, incisos 3 y 4, al igual que en la *Ordenanza de Hamburgo de 1731* (tit. XXI, artículo 9, no 7) y la *Ordenanza de Prusia de 1709*. (FRIGNET, Ernest (1859). *Traité des avaries communes et particulières suivant les diverses législations maritimes suivent les diverses législations maritimes*. Tome I. Paris, Franck Libraire, Éditeur. Página 329, 374.)

22 TETLEY, *op. cit.*, página 7.

esfuerzo común de armadores, propietarios de cargamento, liquidadores y aseguradores de las ciudades de Glasgow, Londres, Liverpool, York, Amberes y Génova. Este conjunto de normas sería objeto de modificaciones en 1890, 1924, 1950, 1974, 1994 y 2004.

Las *York-Antwerp Rules* son hoy un código voluntariamente establecido para mantener la uniformidad internacional en el tratamiento de la *Avería Gruesa*.²³ Debe entenderse que estas reglas no son parte de estatutos nacionales o convenciones internacionales, sino que son introducidas a la práctica jurídica mediante su incorporación como cláusulas en contratos de transporte, principalmente los «*Bills of lading*» o *conocimientos de embarque*, «*Affreightments*» o *Contratos de Flete*, y las pólizas de seguro marítimo. Se trata de normas cuya fuerza vinculante emana de su aceptación voluntaria por parte de los miembros de la comunidad marítima comercial, convirtiéndose en un claro ejemplo de *Lex Mercatoria* internacional.

No obstante, a pesar de que el carácter universal de las *York-Antwerp Rules* es hoy aceptado pacíficamente en la comunidad marítima, surgen aún graves dificultades en su aplicación, en razón no sólo de su falta de fuerza coactiva, sino de la dificultad para su aplicación, en razón de la complejidad de su redacción.

2. El acto de *Avería Gruesa*. (*sacrificio o gasto*)²⁴

Dispone la *Regla A* de las *York-Antwerp Rules* que constituyen *actos de Avería Gruesa* tanto los *sacrificios* como los *gastos* realizados con arreglo a esta norma. Ambos actos pueden recogerse bajo el término más amplio de *pérdida*, en razón de que implican un menoscabo en el patrimonio de al menos una de las partes de la aventura marítima. Por su parte, las *Reglas Numeradas* de este mismo cuerpo normativo, establecen de manera taxativa qué *gastos* y *sacrificios* son particularmente admitidos en *Avería Gruesa*. Señala **HODGES**²⁵ que tanto en la «*English*

23 **CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979)**. *Los Siniestros en el Seguro de Transportes*. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE, S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 127.

24 A efectos de mantener la coherencia y concatenación en el tratamiento del tema, una vez desarrollada la definición conceptual del instituto de *Avería Gruesa*, ha debido continuarse con la explicación de sus elementos constitutivos. Sin embargo, se ha estimado conveniente interrumpir este orden, exponiendo primero los *actos constitutivos de Avería Gruesa*, motivado en una doble razón: La primera, porque la *Regla A* de las *York-Antwerp Rules* hace referencia a los *sacrificios* y *gastos*, mismos que son *actos de Avería Gruesa*, y por tanto resulta pertinente su análisis antes de proceder con la descripción de los elementos que le componen. El segundo, un motivo meramente práctico, y es que el examen de los requisitos o elementos constitutivos de los *actos constitutivos de Avería Gruesa* ha de ser más sencillo, si se conocen de antemano ejemplos y casos típicos.

25 **HODGES**, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, op. cit. 738.

Marine Insurance Act» en su **artículo 66.1**²⁶ como la **Regla A**²⁷ de las *York-Antwerp Rules* consignan que son *actos de avería gruesa*, o bien, más precisamente, *pérdidas de avería gruesa*, los *sacrificios* -por ejemplo, la *echazón*- y los *gastos -asistencia y remolque*, entre otros- realizados en pos de la seguridad común. A continuación se expone esta clasificación esencial de los *actos de Avería Gruesa* en *gastos* y *sacrificios*. Asimismo, se hará la distinción, al seno de la categoría de los *sacrificios*, entre aquellos que afectan al *buque*, y los que recaen sobre la *carga*.

2.1 Avería - Sacrificio (daño)

Refiere al *daño*, *deterioro* o *sacrificio extraordinario* del *buque* o sus aparejos, de la *carga* o de parte de ella. Siendo que, como se verá, uno de los requisitos para su constitución como *acto de Avería Gruesa* es que sea *voluntariamente* realizado, se excluyen las pérdidas ocasionadas por *caso fortuito* o *fuerza mayor*. Debe mediar la determinación

razonada del Capitán para que una pérdida tal se admita en *Avería Gruesa*.

a) **Avería-sacrificio del buque:**

Implica la destrucción, pérdida, daño o deterioro del *buque*, sus partes, aparejos e instrumentos. Son *Averías-sacrificio del buque*, las siguientes:

- i) Daños ocasionados al buque para la seguridad común (barrenado)²⁸
- ii) Extinción de fuego a bordo²⁹
- iii) Corte de restos (despojos)³⁰
- iv) Encallamiento voluntario³¹
- v) Daños ocasionados a la maquinaria y calderas.³²

b) Avería-sacrificio de la carga: La *pérdida* o *daño* sufrido por la carga, puede, en diversas situaciones,

26 **Marine Insurance Act, 1906. (Reino Unido).** (1906 CHAPTER 41 6 EDW 7). Artículo 66. Consultado en: **Office of Public Sector Information, United Kingdom (2002).** <http://www.england-legislation.hmsso.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1906/cukpga_19060041_en_1>.[Consulta: 25 febrero. 2008]. A continuación se reproduce integralmente la norma original, según aparece citada en la fuente consultada: "*There is a general average act where any extraordinary sacrifice or expenditure is voluntarily and reasonably made or incurred in time of peril for the purpose of preserving the property imperilled in the common adventure.*".

27 **York-Antwerp Rules 2004.** (Aprobadas por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en la Conferencia sostenida en Vancouver del 31 de mayo al 4 de junio de 2004). **Regla A.** A continuación se reproduce de forma integral la norma original: "**RULE A.** *There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure. General average sacrifices and expenditures shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided..*". Consultado en: **COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (2003).** <<http://www.comitemaritime.org/cmidsocs/yar.html>>. [Consulta: 15 noviembre. 2007]

28 **Ibidem, Regla II. Vid. Artículo 811.7** del *Código de Comercio* de 1885 de España.

29 **Ibidem, Regla III. Vid. Artículo 818** del *Código de Comercio* de 1885 de España.

30 **Ibidem, Regla IV. Vid. Artículo 811.3** del *Código de Comercio* de 1885 de España.

31 **Ibidem, Regla V. Vid. Artículo 811.6** del *Código de Comercio* de 1885 de España.

32 **Ibidem, Regla VII.**

constituir un *acto de Avería Gruesa*. A saber:

- i) *Echazón*³³
- ii) Extinción de fuego a bordo³⁴
- iii) Encallamiento voluntario³⁵
- iv) Carga, materiales y provisiones quemados como combustibles³⁶
- v) Daño causado al cargamento en la descarga, etc.³⁷
- vi) Pérdida del flete³⁸
- vii) Mercaderías sin conocimiento o falsamente declaradas³⁹

2.2 Avería Gasto

Refiere, *grosso modo*, a cualquier *desembolso* o *gasto* que realice el Capitán para la salvación o seguridad común, en su condición de representante de la comunidad de intereses de la aventura marítima. A diferencia de las **Averías-Sacrificio**, no importan *destrucción, deterioro* o *daño* de un bien,

pero sí un menoscabo en el patrimonio de la expedición. La condición fundamental para su consideración como *acto de Avería Gruesa*, es que ha de ser *extraordinario*, y no propio del *giro regular* de la empresa. Son *Averías-Gasto*:

- i) **Gastos Sustitutivos:** Gastos que, aunque carecen por sí mismos del carácter propio de *Avería Gruesa*, se liquidan como tales, siempre que éstos hayan evitado la realización de un desembolso mayor.⁴⁰
- ii) **Gastos de Salvamento:** La *Regla VI*⁴¹ de las *York-Antwerp Rules* señala en lo atinente, que: “*Los pagos por salvamento, incluidos los intereses y honorarios legales asociados con tales pagos, no serán admitidos en avería gruesa, salvo en el caso que una de las partes de la aventura haya pagado la totalidad o parte de la proporción del salvamento (incluyendo intereses y honorarios legales) correspondiente a otra parte (calculado con base en los valores salvados y no en los valores contributivos en avería gruesa). Tal contribución al gasto de salvamento*

33 **Ibidem, Regla I. Vid. Artículo 811.2 del Código de Comercio** de 1885 de España.

34 **Ibidem, Regla IV.**

35 **Ibidem, Regla V.**

36 **Ibidem, Regla IX.**

37 **Ibidem, Regla XII.**

38 **Ibidem, Regla XV.**

39 **Ibidem, Regla XIX. Vid. Artículo 816 del Código de Comercio** de 1885 de España.

40 **Ibidem, Regla F.**

41 **Ibidem, Regla VI.**

deberá ser acreditada en el ajuste de avería gruesa a la parte que la ha pagado, y debitada a la parte en cuya representación el pago fue realizado.”. La revisión de 2004 de las *York-Antwerp Rules* reformó la *Regla VI* recién citada, para excluir los *gastos de salvamento* de la admisión en Avería Gruesa, restringiéndola a los casos en que una parte de la aventura marítima hubiere pagado todo o parte de la proporción debida por otra de las partes.

- iii) Gastos en el puerto de refugio (de arribada) etc.⁴²
- iv) Gastos de alijo de un buque encallado y daños consiguientes⁴³
- v) Gastos en el puerto de refugio (de arribada), en relación con los salarios y manutención de la tripulación y otros gastos ocasionados para ganar un puerto de arribada, etc.⁴⁴

3. Elementos constitutivos del instituto de Avería Gruesa.⁴⁵

Establecidos de manera taxativa los tipos de *gastos* y *sacrificios* que han de constituir un acto de Avería Gruesa, es pertinente a continuación analizar los elementos que deben concurrir para que un acto ostente tal condición.

El concepto moderno de Avería Gruesa viene dado, precisamente, por la *Regla A*⁴⁶ de las *York-Antwerp Rules*, en su versión de 2004, que impone la siguiente definición: “*Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha efectuado o contraído, 1) intencional y 2) razonablemente, algún sacrificio o gasto 3) extraordinario para la 4) seguridad común, con el objeto de preservar de un 5) peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima.*”.

Se identifican así cinco elementos constitutivos del instituto de Avería Gruesa: El gasto o sacrificio realizado de ser: i) *extraordinario*, ii)

42 **Ibidem**, *Regla Xa*, Xb.

43 **Ibidem**, *Regla VII*.

44 **Ibidem**, *Regla Xla*, Xlc.1, Xlc.2, Xl.d

45 La identificación de los *elementos constitutivos* del *acto de Avería Gruesa* se ha realizado con base en la enumeración incorporada por la definición ofrecida en la *Regla A* de las *York-Antwerp Rules*, siendo ésta la normativa vigente aceptada por los miembros de la comunidad marítima internacional. No obstante, cabe señalar que estos requisitos varían entre las diversas legislaciones que establecen el instituto de Avería Gruesa. De los ajenos a las *York-Antwerp Rules*, se procederá a estudiar únicamente el requisito del *resultado útil*. Para un análisis histórico-jurisprudencial de los requisitos para la admisión de un acto en Avería Gruesa, remítase a los casos: **Columbian Ins. Co. v. Ashby**, 13 Pet. 331, 38 U.S. ¶ 338; **Barnard v. Adams**, 10 How. 270 (1850), 51 U. S. 303.

46 **Idem #27**. La numeración resaltada no corresponde a la redacción original del texto, sino que se incorporó a efectos de identificar más fácilmente los elementos constitutivos del instituto de Avería Gruesa.

intencionado (voluntario), iii) *razonado*; y debe incurrirse en él: iv) ante un *peligro*, v) con el fin de proteger a la *aventura marítima común*.

3.1 El carácter excepcional o extraordinario del acto

Señala **HODGES**⁴⁷, reflejando el espíritu de la *Regla A* de las *York-Antwerp Rules*, que para que exista una *pérdida (acto) de Avería Gruesa*, es necesaria la concurrencia de un *sacrificio o gasto extraordinario*⁴⁸. A pesar de su aparente simpleza, no siempre ha sido fácil discernir este carácter, hecho que se refleja en la plétora de demandas que han sido elevadas a Tribunales para la determinación de este carácter sobre un acto particular.⁴⁹

El caso ***Société Nouvelle d'Armement v. Spillers and Bakers Ltd. (1917) 1 KB 865***⁵⁰, elabora sobre el contenido de este elemento. En su deliberación, el Juez **SANKEY** dispuso que debe incurrirse en un gasto de Avería Gruesa para evitar un peligro *extraordinario* y *anormal*, en contraposición a aquellos *ordinarios*, propios de los mares.⁵¹

Esto implica, en el caso de la **Avería-Sacrificio**, que ésta ha de tener raigambre en un hecho ajeno al orden natural. El *daño* consecuencia de una maniobra *habitual* de navegación no es más que una *pérdida ordinaria* propia de la actividad, y por tanto, inadmisibile en Avería Gruesa. Como explica **DUSSERRE**⁵², la medida *excepcional* tomada en respuesta a un *acontecimiento extraordinario* tiene como efecto, precisamente, contrarrestar sus efectos *imprevistos*. Por otro lado, la determinación del carácter *extraordinario* de un *sacrificio* es a veces complejo, siendo que el tráfico marítimo es profuso en contingencias. Por ejemplo, la *destrucción* o *echazón* de partes del buque que han sobrepasado su vida útil, es un *sacrificio ordinario*, propio del ejercicio de la navegación. Sin embargo, resulta sencillo entender este carácter, si se hace resorte de una ejemplo básico. Tómese, verbigracia, el caso de un incendio en la cala del buque. El daño accidental causado a éste o a su carga, no constituye en sí mismo un *acto de Avería Gruesa*. Es necesario que el capitán, en su condición de representante de los intereses de la empresa marítima decida

47 **HODGES, Susan (1999)**. *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, op. cit., página 740. Vid. **DUSSERRE**, op. cit., página 35.

48 El *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª Edición, define de modo general el adjetivo *extraordinario*: "1. Fuera del orden natural o común." (**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Búsqueda: *extraordinario*. [Consulta: 5 diciembre. 2007])

49 **HODGES, Susan (1996)**. *Law of Marine Insurance*. Cavendish Publishing Limited, 1996. Página 440.

50 **Court of King's Bench, United Kingdom (1917)**. ***Société Nouvelle d'Armement v. Spillers and Bakers Ltd. (1917) 1 KB 865***. En este caso, el Capitán, bajo el temor de ser atacado por el enemigo -durante la Primera Guerra Mundial-, contrató un remolcador para llevar la nave a puerto. Una de las cuestiones elevadas al conocimiento del Tribunal, fue precisamente si constituía este un *gasto extraordinario*.

51 **HODGES**, *Law of Marine Insurance*, op. cit., página 440.

52 **DUSSERRE**, op. cit., página 36.

por ejemplo abrir las escotillas y anegar la cala del buque a fin de apagar el fuego, para que los daños sufridos sean admisibles en Avería Gruesa.

En cuanto a la **Avería-Gasto**⁵³, puede inferirse que ésta implica un *desembolso* ajeno al giro ordinario de la empresa marítima. Entender el carácter *extraordinario* de un *gasto* resulta quizá más sencillo, pues los gastos propios del giro normal de la actividad, están normalmente predeterminados, como los salarios de la tripulación. En cambio, los gastos por arribada forzosa a un puerto de refugio a fin de protegerse del mal clima y efectuar reparaciones al buque, constituirían *gastos extraordinarios* motivados en un acontecimiento *excepcional*.

3.2 El carácter voluntario del acto

Señala **DI LIBERTO**⁵⁴: “Aunque la ley inglesa de Seguro Marítimo de 1906, en su art. 66(2). usa el término «sacrificio o gasto extraordinario voluntariamente hecho», y la Regla A de York-Amberes utiliza la expresión *intencionada*, se considera que ambos términos son similares en cuanto a su significado final (...).”. Sobre este respecto, **ALBERT** y **THOO**⁵⁵ indican que la doctrina alemana ha optado mayoritariamente por el término «*vorsätzlich*», que quiere decir *voluntario*, término que es utilizado también en las legislaciones francesas, italianas y portuguesas. Esto, en contraposición a las Reglas York-Amberes, que utilizan el término *intencionado*.⁵⁶

53 En relación con el carácter *extraordinario* de la **Avería-Gasto**, es pertinente hacer referencia al caso **Wilson v. Bank of Victoria (1867) LR 2 QB 203**. En el caso de marras, debido a una colisión con un iceberg, un barco de vela sufrió tal daño en sus mástiles, que debió hacer uso de su motor de vapor para poder continuar el viaje. La disputa entre armador y cargadores radicó en la inclusión del *gasto* extra en carbón como *acto de Avería Gruesa*. Existía en el contrato de fletamento una cláusula en la que el armador se obligaba no sólo a brindar el servicio de propulsión auxiliar (hélice), sino además a realizar todos los desembolsos necesarios para combustible. La Corte juzgó que el uso del vapor en una escala mayor a la ordinaria, no constituía un desembolso *extraordinario*. Esto, a la luz de la citada cláusula contractual, según la cual tal desembolso era exigible a los armadores, y por tanto carecía de toda excepcionalidad. Por otro lado, en **Hingston v. Wendt (1876) 1 QB 367**, el dueño de un buque que encalló con carga a bordo, debía, para el beneficio de las partes involucradas, hacer un gasto monetario para llevar dicha carga a un lugar seguro. El Capitán no incurrió en tal gasto como agente de flete, en razón del contrato de fletamento, sino que dicho gasto constituyó un desembolso *extraordinario* efectuado con el propósito de salvar a la propiedad amenazada.

54 **DI LIBERTO D., DANTE (1996)**. *Manual de Seguros de Cascos Marítimos*. (s. E.) Página 681. (El resaltado en negrilla no se corresponde con la redacción original del texto.)

55 **ALBERT, Kossi; THOO, Francis (2003)**. *Le règlement contentieux des avaries de la phase de transport maritime en droit comparé entre l'Allemagne et la France, avec le droit substantiel du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Nigeria*. Band 39, Deutsches und Internationales Wirtschaftrecht. LIT Verlag Berlin - Hamburg - Münster. Página 35.

56 Es opinión de este autor que la traducción ofrecida por **ALBERT** y **THOO** de la palabra alemana «*vorsätzlich*» como *voluntario*, es inexacta. El término alemán «*vorsätzlich*» va más allá de la mera *voluntariedad* genérica, para detallar la intención concreta de implementar una acción determinada, denotando además *premeditación*. «*Vorsätzlich*» es una adjetivación del sustantivo «*Vorsatz*», que significa *propósito* o *intención*. Aún más, es el término jurídico para *dolo*. «*Vorsatz*» implica entonces “conocer y querer la realización de los hechos” -ilustrada por la frase común en la doctrina penal alemana: «*Wissen und Wollen der Tatbestandverwirklichung*».-. (**Vid. artículo 276 del «Bürgerlichesgesetzbuch (BGB)»** o *Código Civil Alemán*, identificado bajo el epígrafe «*Verantwortlichkeit des Schuldners*» o *responsabilidad del deudor*, en el que se indica que el deudor debe mostrar tanto «*Vorsatz*» (*intencionalidad*) como «*Fährlässigkeit*» (*negligencia*)). Por tanto, la utilización de este término entraña la mediación en el acto tanto del elemento *volitivo* como del *cognitivo*, sugiriendo luego, implícitamente, el requerimiento de *razonabilidad* en el acto de Avería Gruesa.

El *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª Edición, define así la *voluntariedad*⁵⁷: “2. f. Determinación de la propia voluntad por mero antojo y sin otra razón para lo que se resuelve.”. En realidad ambas, *voluntariedad* e *intencionalidad*, implican el carácter *volitivo* que otorgan al acto de Avería Gruesa.

A pesar de la escasa jurisprudencia respecto del carácter de este *elemento*, ha de referirse a estos efectos al caso *Athel Line v Liverpool and London War Risks Association Ltd. 1 KB 87 (1944)*.⁵⁸ En este caso, se incurrió en un gasto para la compra de combustible, en razón de la orden de un oficial naval que dispuso el regreso a puerto de la nave. Como dicho gasto fue el resultado de la obediencia ciega de un subordinado a la orden incuestionable de una autoridad superior, se estimó que se extrañaba el elemento *volitivo*, y por tanto, el gasto no era recuperable en Avería Gruesa. Al respecto, expone **DUSSERRE**⁵⁹ que la Avería Gruesa necesariamente ha de resultar de un *acto voluntario* del Capitán, y no de un *caso fortuito*. Explica que no puede haber Avería Gruesa a menos que sea la *voluntad* la que determine la generación del *daño* o *gasto*. Además, esta *voluntad* ha de dictarse

con cierta inteligencia y previsión respecto del *peligro* afrontado.

Sin embargo, ¿a la voluntad de quién se hace referencia? Ciertamente, ha de referirse *prima facie* a la *voluntad* de las partes de la empresa marítima. Sin embargo, particularmente en las travesías modernas, los fletadores y comerciantes normalmente no viajan junto con su mercancía. Así, es la *voluntad* del Capitán, en su condición de representante de los intereses de la aventura marítima, la que ha de determinar la realización del *sacrificio* o *gasto*. Las *York-Antwerp Rules* son omisas -quizá presumen- en este aspecto, pero otras legislaciones como el **artículo 25**⁶⁰ de la *Loi no. 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer* (Francia) así lo disponen. En síntesis, el elemento *volitivo* en la decisión de comisión del *acto de avería Gruesa*, implica que el capitán, identificando la posibilidad de peligro, tenga la intención formal, deliberada y motivada de operar un sacrificio o gasto para asegurar suficientemente el bienestar de la empresa común. Por otro lado, indica **DUSSERRE**⁶¹, citando a **PROCOS**, que algunos autores han sugerido que el *sacrificio voluntario* en realidad

57 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Búsqueda: *voluntariedad*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

58 **Court of King's Bench, United Kingdom (1944)**. *Athel Line v Liverpool and London War Risks Association Ltd. 1 KB 87 (1944)*. Cf. **U.S. Supreme Court of Justice (1850)** *Barnard v. Adams, 10 How. 270 (1850), 51 U.S. ¶ 303*.

59 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 36.

60 **Vid. Loi no. 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer. (Francia)** Artículo 25. Consultado en: Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Evenements%20de%20Mer/Loi%2067545%20du%207%20juillet%201967.pdf>>. [Consulta: 26 febrero. 2008].

61 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 36.

es más un *acto de necesidad* que un *acto de libre consentimiento*. Esto, en virtud de que muchas veces, las circunstancias determinan casi inevitablemente la voluntad. No obstante, la norma es clara, el *acto* ha de ser *intencional* y *razonable*, y no *necesario* y *razonable*. Así, resulta claro que el elemento *volitivo* debe ser patente en el *acto de Avería Gruesa*.

3.3 El carácter razonable del acto

Poco se ha dicho sobre este *elemento constitutivo* del *acto de Avería Gruesa*, a pesar de que reviste una importancia tal, que no sólo está estipulado como requisito en la *Regla A* de las *Reglas York-Amberes*, sino que dio origen, en la revisión de Sydney de 1994, a la «*Rule Paramount*» o *Regla Suprema*, que dispone que bajo ninguna circunstancia se admitirá en *Avería Gruesa* *daño* o *sacrificio* alguno, a menos que sea realizado de forma *razonable*.⁶²

El *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª Edición, define de modo general al adjetivo *razonable*⁶³: “1. adj. Arreglado, justo, conforme a razón.”. Sin embargo, este concepto no abandona el etéreo ámbito de la abstracción, y por tanto, poco abona a la elucidación de la naturaleza de este requisito.

La *razonabilidad* reviste por tanto un carácter *subjetivo*, pues apela al “*buen juicio*”. La decisión de incurrir en un *gasto* o *sacrificio*

extraordinario debe ser, pues, *deliberada*, que obedezca a la *intención* de preservar la seguridad de la empresa marítima. En una *deliberación* tal, debe al menos apreciarse de manera leve un ejercicio de *adecuación*, tomando en cuenta no sólo la *necesidad* de efectuar tal acto, sino observando además la *proporcionalidad* en su realización.

Con propósitos explicativos, remítase al ejemplo de incendio en la cala del buque dado en la exposición del *carácter extraordinario* del *acto de Avería Gruesa*. La apertura de las escotillas para permitir el anegamiento de la cala resulta *razonable*, pues tal medida no sólo era *necesaria* para apagar el incendio que consumía esa sección del buque, sino que podría presumirse que era además *proporcional*, en tanto que, dada la magnitud del fuego, era adecuado anegar todo el compartimiento para evitar la propagación de las llamas.

En síntesis, la *razonabilidad* del sacrificio parece fundamentarse en la *adecuación* de la *necesidad* y *proporcionalidad* del acto, respecto del *peligro* que se cierne sobre la empresa marítima.

3.4. La concurrencia de un peligro

La noción de *peligro* es aún más difusa. ALBERT y THOO⁶⁴ señalan que un *peligro* es una situación que puede entrañar

62 Idem #27. RULE OF INTERPRETATION.

63 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/draeI/>>. Búsqueda: *razonable*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

64 ALBERT, KOSSI; THOO, FRANCIS, *op. cit.*, página 29.

consecuencias negativas, como el naufragio de un navío, o la pérdida de la carga. En similares términos define el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª Edición, el *peligro*⁶⁵: “1. m. *Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.*”. Por su parte, las *York-Antwerp Rules*, en la *Regla A*, se limitan a establecer que el *gasto* o *sacrificio* realizado debe responder a la amenaza de un *peligro*.

¿Cómo apreciar o definir este peligro? ¿Debe tratarse de un peligro *inmediato*, o basta la mera *inminencia* de su acaecimiento? La determinación de este asunto es de capital importancia, pues la realización del *acto de Avería Gruesa* está condicionado a la existencia de un *peligro*. Luego, siendo las *York-Antwerp Rules* omisas en este extremo, es necesario recurrir a las elaboraciones *jurisprudenciales* y *doctrinarias* sobre el contenido de este *peligro*. Explican **ALBERT** y **THOO**⁶⁶ que la probabilidad de peligro deberá ser considerada por el Capitán para motivar con precisión su decisión. Según estos autores, es él y su tripulación quienes deberán caer en cuenta y alcanzar convencimiento respecto del

acaecimiento de un *peligro* que es *importante*, *real*, *cierto* y *directo*, *actual*, etc.

En el ámbito de la jurisprudencia, la autoridad clásica a la que ha de remitirse al analizar el *peligro* como *elemento constitutivo* del *acto de Avería Gruesa* es el caso **Joseph Watson & Son Ltd v Firemen's Fund Insurance Co of San Francisco 2KB 355 (1922)**⁶⁷. En este caso, el Capitán hizo inyectar vapor a la cámara del buque bajo la creencia de que había un incendio, ocasionando un daño a la carga. **HODGES**⁶⁸ comenta que se estableció en esta resolución que, para que se dé un *acto de Avería Gruesa*, el peligro debe existir *de hecho*, y que no basta la mera *aparición* de tal existencia. La *Avería Gruesa* no cubre actos dirigidos erróneamente a evitar un *peligro inexistente*. Por deducción, se tiene que el *peligro* ha de ser *real*.

Por su parte, sugiere **DUSSERRE**⁶⁹ que el término “urgente” -«*pressant*», en francés- empleado por la ley francesa⁷⁰, hace suponer que la *amenaza* que pesa sobre la expedición debe ser *inminente*⁷¹, sin implicar forzosamente que ha de ser también *inmediata* o aun más,

65 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Búsqueda: *voluntariedad*. [Consulta: 5 diciembre, 2007]

66 **Idem #76**.

67 **Court of King's Bench, United Kingdom (1922). Joseph Watson & Son Ltd v Firemen's Fund Insurance Co of San Francisco 2KB 355 (1922)**

68 **HODGES**, *Law of Marine Insurance*, op. cit., página 441.

69 **DUSSERRE**, op. cit., páginas 38-39.

70 **Loi no. 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer. (Francia)** Artículo 24. Consultado en: *Fortunes de Mer. Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Evenements%20de%20Mer/Loi%2067545%20du%207%20juillet%201967.pdf>>. [Consulta: 26 febrero, 2008].

71 «*periculi imminenti evitandi causa*», **Vid. Barnard v. Adams, 10 How. 270, 51 U. S. ¶ 303.**

inevitable. Señala el mismo autor⁷² que recientemente un fallo de la *Court d'appel* de Rouen del 19 de noviembre de 1998 ha confirmado esta teoría, al considerar que la *inminencia* del peligro constituía una condición para la configuración de la Avería Gruesa. La *inminencia*⁷³, en tanto que característica del *peligro* que amenaza o que está por suceder prontamente, parece un límite razonable para la realización del sacrificio, pues otorga al Capitán un ámbito de *previsibilidad* dentro del cual calcular la *probabilidad* del acaecimiento del *peligro*. La representación de un *peligro* dentro del plano de la *probabilidad* permite tomar una decisión *razonada*, en atención al cuadro fáctico.

No lo es, en cambio, el criterio de *inmediatez*⁷⁴ del peligro, como hecho que ha de suceder *enseguida*. Basta recurrir al sentido común, para comprender que no es razonable que un Capitán deba esperar hasta el último momento, sea hasta que el *peligro* sea *inmediato*, para adoptar las medidas necesarias para evitarlo. Por lo tanto, la Avería Gruesa ha de admitirse en tanto se demuestre que el Capitán tenía razones serias para estimar que el buque

estaba bajo amenaza. Sin embargo, este acto estaría sujeto a que el *peligro*, como ya se dijo, haya sido efectivamente *real*, y no imaginario. Esta idea fue magistralmente condensada en *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co. 1 KB 187 (1929)*⁷⁵, caso en el que el buque «*Makis*» ante una situación de peligro derivada del daño a sus hélices, se vio obligado a arribar a un puerto de refugio para inspección y reparaciones. Se dijo que no es necesario que el buque esté al borde, o aún cercano al borde del desastre que puede surgir de un peligro, pues sería inconveniente que los Capitanes tuvieran que esperar hasta que el estado de las cosas alcancen tal nivel para realizar justificadamente un acto de Avería Gruesa.

En síntesis, resulta excesivo exigir que el *peligro* que apremia a la aventura marítima sea *inmediato*, pues no deja lugar para una deliberación *razonada*. La medida adecuada parece ser entonces la *inminencia*, dentro del ámbito de *previsibilidad* del Capitán. Esto, a fin de que éste tenga oportunidad de representarse el *peligro*, calcular su probabilidad, y determinar la medida *necesaria*

72 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 39, citando a *CA Rouen, 19 novembre 1998, navire « Neptune Amazonite », BT n°2799, 10/05/1999, p.350*

73 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Consulta: *inminencia*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

74 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Consulta: *inmediato*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

75 **Court of King's Bench, United Kingdom (1929)**. *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co. 1 KB 187 (1929)*; 34 *Com. Cas.* 65. A continuación se reproduce integralmente este pasaje: "It is not necessary that the ship should be actually in the grip, or even nearly in the grip, of the disaster that may arise from a danger. It would be a very bad thing if shipmasters had to wait until that state of things arose in order to justify them doing an act which would be a General Average act."

y *proporcional* para evitarlo. Empero, un criterio tal da margen para que en la representación, la amenaza resulte *imaginaria*. Por lo que, para que un acto sea admitido en Avería Gruesa, debe confirmarse que el peligro que pretendía evitarse era, en efecto, *real*.

3.5 La intención de proteger la seguridad común

La condición de procurar la *seguridad común* es la piedra angular del instituto de Avería Gruesa, en virtud de la *comunidad de intereses* que prima entre las partes de la empresa marítima. Un *gasto* o *sacrificio* no debe realizarse en beneficio exclusivo de una parte de los intereses arriesgados⁷⁶, sino más bien con el propósito de preservar todos los bienes comprometidos⁷⁷.

Así, **ALBERT** y **THOO**⁷⁸, citando a **PRÜßMANN** y **RABE**, explican que el peligro debe ser *común* al buque y a la carga que se encuentra a bordo. Luego, no hay Avería

Gruesa cuando el peligro amenace un navío vacío y sin carga, ni tampoco cuando éste se cierna únicamente sobre una de las partes de la empresa marítima, pues el *sacrificio* o *gasto* así efectuado constituiría Avería Particular y no Gruesa. En la misma dirección, apunta **HODGES**⁷⁹ que para que un acto sea admitido en Avería Gruesa, el *sacrificio* o *gasto* debe ser realizado para el beneficio de toda la aventura, y no sólo de uno de los intereses involucrados.

A modo ilustrativo, recuérdese el ya citado **Hingston v. Wendt 1 QB 367 (1876)**⁸⁰, en el que el dueño de un buque encallado incurrió en un gasto extraordinario para transportar su carga a un lugar seguro. **HODGES**⁸¹ manifiesta que en este caso el salvamento de la carga no constituyó un acto de Avería Gruesa, dada la ausencia de un acto tendente a salvar el casco -que continuó encallado hasta que finalmente naufragó y se destruyó-. Por lo que, habiéndose procurado la salvación de la carga en detrimento del buque y, por tanto,

76 **SEGUROS DEL CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979)**. *Los Siniestros en el Seguro de Transportes*. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 132.

77 **ALBERT, KOSSI; THOO, FRANCIS**, *op. cit.*, página 29.

78 **Íbidem**, página 32; citando a **PRÜßMANN/RABE**, SHR, (Cf. HOG HGZ 23.). **Vid.** «Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt (Binnenschifffahrtsgesetz - BinSchG)» o *Ley alemana de navegación interna* (17.12.1963), artículo §78.II, que establece: “2) La Avería Gruesa es soportada conjuntamente por el buque y la carga. La contribución en Avería gruesa ocurrirá sólo si tanto el buque como la carga fueran salvados, o bien, alguna de las dos es parcial o totalmente salvada. A continuación se reproduce de manera integral la norma citada, según aparece en la fuente consultada. “(2) Die große Haverei wird von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen; die Havereiverteilung tritt jedoch nur ein, wenn sowohl das Schiff als auch die Ladung, und zwar jeder dieser Gegenstände entweder ganz oder teilweise wirklich gerettet worden sind.”. Consultado en: **Ausgewählte Gesetze in Deutschland**: <<http://www.buzer.de/gesetz/6421/>>. [Consulta: 5 marzo. 2008].

79 **HODGES**, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, *op. cit.*, página 743.

80 **Court of Queen’s Bench, United Kingdom (1876)**. **Hingston v. Wendt 1 QB 367 (1876)**.

81 **HODGES**, *Law of Marine Insurance*, *op. cit.*, página 440.

privilegiándose la seguridad de sólo una de las partes, no hubo lugar a Avería Gruesa.

La *seguridad común* refiere a la *preservación del interés común* a las partes de la empresa marítima. La *comunidad de intereses* nace en cada viaje con la conformación de la *empresa marítima*, en la que participan *buque, flete y carga*. El *interés común* a estas partes es hacer frente a los peligros de la navegación marítima y salvaguardar sus *intereses*.⁸² Luego, la *seguridad común* radica en la conservación de la propiedad involucrada en la aventura marítima. Sin embargo, la aceptación de la noción de “*seguridad común*”⁸³ no fue siempre pacífica, y aún hoy es objeto de controversia. Las *Reglas* de 1877 no se aventuraron a definir el instituto de Avería Gruesa y se limitaron a la enumeración de casos específicos, debido a que la teoría de la Avería Gruesa había, para entonces, evolucionado en dos caminos distintos.⁸⁴ La *escuela inglesa* -denominada así por ser la doctrina de este país su principal propulsora- insistía en que el acto de Avería Gruesa debía ser realizado con el fin exclusivo

de la *preservación* del buque y su carga, configurando así la tesis del «*common safety*» o *seguridad común*. Por otro lado, la *escuela francesa*, seguida en Estados Unidos de América y Europa continental, mantenía que los actos tendentes a procurar el *bien común* eran admisibles en Avería. Sin embargo, en la *revisión de Estocolmo* de 1924, con la introducción de la *Regla A*, se privilegió la tesis clásica inglesa de la *seguridad común*, misma que impera hasta la actualidad.

El Reporte de 1991 del «*Committee on Shipping and the Working Group on international shipping legislation*» de la **UNCTAD**⁸⁵ -«*United Nations Conference on Trade and Development*» en sus **párrafos 37** y **38**, planteó lúcidamente el estado actual de esta controversia. Esta exposición aclara que, de conformidad con las *York-Antwerp Rules*, la aplicación de la teoría de la «*common safety*» es la regla general; mientras que, en casos particulares dispuestos por el mismo cuerpo legal, ha de aplicarse la doctrina del «*common benefit*». Sin embargo, aún mediando duda sobre la corrección de

82 **DE SMET** señala al respecto que, precisamente la Avería Gruesa tiene fundamento en la unión de los intereses de buque, carga y el flete. Luego, si la intención de preservar la seguridad común fracasare en salvaguardar cuando menos a una de las partes de la aventura, tal unión desaparecería y naturalmente, no daría lugar a la contribución por Avería Gruesa. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*L’avarie commune se fonde sur l’union des intérêts du navire, des marchandises et du fret, il s’ensuit que si le sacrifice effectué pour le bien et salut commun ne réussit pas à sauver l’un au moins des éléments de l’aventure, l’union des intérêts disparaît et il n’y a pas lieu à règlement d’avaries communes.*”. (**DE SMET, Robert**. *Droit Maritime et Droit Fluvial Belges*. Tome II. Précis de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain. Maison Ferdinand Lercier, S.A.. Bruxelles, 1971. Páginas 646-647).

83 «*common safety*» en inglés, y «*sécurité commune*» en francés.

84 **MCCORMACK, Howard M. (2002)**. *The impetus for change in the 1994 York-Antwerp Rules- Real or fanciful*. Average Adjusters Paper. Remarks by Howard M. McCormack, Chair, Association of Average Adjusters of the United States. Página 5. Artículo consultado en: **ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF THE UNITED STATES**. <<http://www.usaverageadjusters.org/2002HMM.pdf>>. [Consulta: 20 marzo. 2007].

85 **UNCTAD (1991)**. *General Average - A Preliminary Review*. UNCTAD, Trade and Development Board. Committee on Shipping and the Working Group on international shipping legislation Décimo Tercera Sesión. Génova, 11 de Noviembre de 1991. Tema 3 de la Agenda Provisional. (*Documento de la ONU: UNCTAD TD/B/C.4/ISL/58 August 19, 1991*). Consultado en: **UNCTAD** <[http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/rep-doc/General%20Average\(Preliminary%20review\).pdf](http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/rep-doc/General%20Average(Preliminary%20review).pdf)>. [Consulta: 10 marzo. 2007].

esta interpretación, ésta se disipa al recordar que otro de los requisitos para la constitución del *acto de Avería Gruesa* es que se recurra a éste ante la amenaza de un *peligro*. La *Regla A* es contundente al afirmar que el gasto o sacrificio realizado para la seguridad común ha de efectuarse con el objeto de preservar de un peligro los bienes de la expedición marítima. Luego, los conceptos están lógicamente y aún sintácticamente enlazados, pues ante la inminencia de un *peligro*, el acto realizado tenderá naturalmente a la preservación de la *seguridad* antes que a la obtención de un *beneficio común*.

3.6 El resultado útil⁸⁶

Reseña TETLEY⁸⁷ que tradicionalmente, al menos en la práctica del «*Common Law*» no

se han admitido en Avería Gruesa sacrificios o gastos a menos que hayan tenido éxito en salvar la propiedad involucrada en la aventura marítima.⁸⁸ Acota HODGES⁸⁹ que si, en realizándose el *gasto* o *sacrificio*, la propiedad de la aventura no fuere salvada, no cabrán contribuciones ulteriores, pues ninguna de las partes se vio beneficiada del que sería un *acto de Avería Gruesa*, pues no habrá propiedad sobreviviente sobre la cual las contribuciones han de ser establecidas. DE SMET⁹⁰ acota que la Avería Gruesa se basa en la unión de los intereses del buque, la carga y el flete; y que por tanto, si el sacrificio efectuado en pos de la preservación del bien y la seguridad común fracasa en su intención de salvar al menos una de las partes de la aventura, la unión de intereses desaparece y no da lugar a la contribución por Avería Gruesa.⁹¹

86 Ha de comenzarse por aclarar que el *resultado útil* no es un requisito exigido por las York-Antwerp Rules, ni por la mayoría de las legislaciones contemporáneas. Es más bien una posición que se ha sostenido jurisprudencial y doctrinariamente con particular vehemencia en Inglaterra. Este requisito se estableció por ejemplo, en el **artículo Décimo Quinto** de «*L'Ordonnance de la Marine d'août 1681*».

87 TETLEY, *op. cit.*, página 15.

88 **Vid. *Barnard v. Adams*, 51 U.S. 10 How. 270 270 (1850)**, ¶303 “*In order to constitute a case for general average, three things must concur: (...). 3d. This attempt to avoid the imminent common peril must be successful. It is evident from these propositions, that the assertion so much relied on in the argument, namely, “that if the peril be inevitable there can be no contribution,” is a mere truism, as the hypothesis of the case requires that the common peril, though imminent, shall be successfully avoided.*”. **Cf. *Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839)**, ¶338: “*Without citing the various passages from the Digest which authorize this statement, it may be remarked that the Roman law fully recognized and enforced the leading limitations and conditions to justify a general contribution, which have been ever since steadily adhered to by all maritime nations. First, that the ship and cargo should be placed in a common imminent peril; secondly, that there should be a voluntary sacrifice of property to avert that peril; and thirdly that by that sacrifice the safety of the other property should be presently and successfully attained.*”. (**U.S. Supreme Court of Justice (1839)**). *Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839). Consultado en: **JUSTIA, U.S. Supreme Court Center**. <<http://supreme.justia.com/us/38/331/case.html>>. [Consulta: 23 febrero. 2008].)

89 HODGES, *Cases and Materials*, *op. cit.*, página 753.

90 **DE SMET, Robert (1971)**. *Droit Maritime et Droit Fluvial Belges*. Tome II. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain. Maison Ferdinand Lercier, S.A.. Bruxelles. Páginas 646-647.

91 **PUTZEYS, Jaques (1993)**. *Droit des Transports et Droit Maritime*. En vigueur en Belgique au 1er janvier 1993. Bruylant, Bruxelles. Página 119 ¶204.

Seguidamente explica que **SMEESTERS** y **WINKELMOLEN**⁹² advierten, en la misma línea, que no ha de confundirse la *causa* con el efecto: la *causa* es el *acto voluntario del Capitán* (gasto o sacrificio), mientras el efecto lo conforma el *resultado obtenido*. Luego, bajo esta tesitura, es necesario que en razón de tal acto voluntario, un efecto útil haya sido efectivamente alcanzado.

Por otro lado, estima **RIPERT** que⁹³: “no se puede subordinar el recurso del interesado sacrificado a la circunstancia puramente fortuita de que el sacrificio haya o no producido un resultado útil a la expedición marítima. Debe haber contribución común por el simple hecho de que ha habido un sacrificio por el interés común.”.

4. Naturaleza jurídica del instituto de Avería Gruesa.

La elucidación de la *naturaleza jurídica* del *instituto de Avería Gruesa* continúa siendo hoy uno de los problemas clásicos del Derecho Marítimo. Ciertamente, entraña esta figura una naturaleza compleja: inspirada en un vínculo *sui generis* de solidaridad existente entre los participantes de la empresa marítima, aparece por primera vez en las prístinas costumbres

del mar; aunque ha sido codificada en las leyes nacionales e incorporada en los modernos instrumentos contractuales de cobertura de riesgos, trasciende los ámbitos de responsabilidad contractual y extra-contractual de las partes. ¿Dónde yace, pues, su fundamento? El problema esencial, no sólo en la comprensión de la naturaleza de este instituto, sino particularmente en su aplicación práctica, radica, precisamente, en el pertinaz deseo de constreñir su naturaleza bajo el troquel de *figuræ iuris* preexistente.

Así, la Avería Gruesa ha sido indiscriminadamente asimilada o diluida en otros institutos del Derecho Civil y el Derecho Mercantil, cuyos principales casos se exponen a continuación:

4.1 Teoría de la gestión de negocios («*Gestion d'affaires*»)⁹⁴

Particularmente en relación con el *instituto de Avería Gruesa*, señala **DUSSERRE**⁹⁵, citando a **HARALAMBIDIS**, que según los partidarios de la *teoría de la gestión de negocios ajenos*, se justifica la contribución de los distintos intereses involucrados en la aventura marítima en razón de que el Capitán, en su calidad de agente nombrado por el Armador, al realizar

92 **DE SMET, Robert**, *op. cit.*, citando a **SMEESTERS** y **WINKELMOLEN** (referencia bibliográfica **DE SMET**, *op. cit.*, ¶ 761-762)

93 **Ibidem**, página 647.

94 La *gestión oficiosa* o «*negotiorum gestio*» es una forma de *cuasicontrato*, que refiere a los cuidados que un individuo da a los negocios de otro, sin mediar encargo por parte de éste para ello. Tal *gestión* hace nacer entre aquél que atiende los asuntos del otro («*negotiorum gestor*») y éste («*dominus negotiorum s. rei gestæ*»), una obligación similar a la existente entre *mandatario* y *mandante*, rigiendo sobre esta relación los mismos principios. (**MACKELDEY, Ferdinand (1841)**. *Manuel de Droit Romain, contenant la théorie des institutes, précédé d'une introduction a l'étude du Droit Romain*. Traduit de l'allemand par Jules Beving. Société Typhographique Belge. Bruxelles. Página 229.)

95 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 25, citando a **Haralambidis**, *Des caractères distinctifs des avaries communes et du fondement de la contribution à ces avaries*, n°193.

un acto de Avería Gruesa, actúa como un «*negotiorum gestor*» de las «*rei gestæ*» de los «*dominii negotiorum*», que son las partes de la empresa marítima. Formulación infausta, pues yerra dos veces, al desconocer de un golpe la naturaleza tanto del *instituto de Avería Gruesa*, como la del *gestor de negocios*. ¿Es verdaderamente el Capitán un «*negotiorum gestor*»? ¿No media entre Capitán, Armador y Fletadores consenso ni instrucción alguna? Para comenzar, tal afirmación implica sostener que entre el Capitán y el Armador no media relación contractual alguna. El Capitán, por su parte, no sólo se encuentra obligado por una *relación contractual*⁹⁶ respecto del Armador, sino que en razón de la comunidad de intereses de la empresa marítima, es él el representante de los mismos. Tanto así, que es a él a quien corresponde exclusivamente tomar la decisión de realizar un sacrificio o gasto por la seguridad común de la aventura.

4.2 Teoría del enriquecimiento sin causa

La *teoría del enriquecimiento sin causa* parte de la idea que no es lícito el traslado patrimonial sin que medie causa eficiente y justa para ello.⁹⁷ Los sustentantes de esta

teoría observan que hay en la Avería Gruesa un *enriquecimiento ilícito*, pues cuando el Capitán causa un daño o incurre en un gasto extraordinario, aquellos cuyos intereses no sufrieron perjuicio alguno se enriquecen en detrimento de los que soportaron la pérdida. Este planteamiento raya en la absurdez. Primordialmente, porque en el *acto de Avería Gruesa* no tiene lugar *enriquecimiento o aumento patrimonial alguno*. Sencillamente, se realiza un sacrificio o gasto para garantizar la seguridad de la aventura marítima. Es cierto, existe un beneficio para los demás, cual es la preservación de sus bienes, lo que bajo ninguna inteligencia implica un *enriquecimiento*, y mucho menos a la luz de la teoría invocada, pues no hay *aumento del patrimonio*, sino meramente preservación del mismo. Esta explicación ignora la naturaleza misma de la Avería Gruesa, que consiste, precisamente, en que las partes *beneficiadas* contribuyan a restituir el daño o sacrificio sufrido por otro para la *seguridad común*. ¿Cómo ha de caber *enriquecimiento o empobrecimiento* particular alguno, en tratándose de una *comunidad de intereses*? La Avería Gruesa es ante todo un mecanismo de *distribución de la pérdida* sufrida por uno a favor todos.⁹⁸

96 El Capitán, en tanto que agente nombrado por el Armador, debe no sólo transportar la mercancía, sino también velar por ella y adoptar todas las medidas y seguridades necesarias para su conservación.

97 El adagio latino "*ubi emolumentum, ibi onus esse debet*" establece que ahí donde se encuentra el beneficio, allí debe encontrarse también la carga, por lo que puede apreciarse en este principio uno de los pilares de la *teoría del enriquecimiento sin causa*, al disponer que a toda utilidad ha de corresponderle y contraponérsele una carga.

98 Resulta aún más errada esta propuesta cuando sugiere que podría recurrirse a la *actio de rem in verso*, para reclamar contribución de las partes beneficiadas por el sacrificio. Esta acción no cabe para ventajas patrimoniales procuradas *indirectamente*, por lo que ésta habrá de restringirse al *pago indebido*, y no aplicarse a la *gestión de negocios ajenos*.

4.3 Teoría de la asociación de intereses

La *asociación de intereses*, como teoría para explicar el fundamento jurídico del instituto de Avería Gruesa, se inspira en la *comunidad* que nace entre las partes de la *empresa marítima*, unidas por el *interés común* de garantizar la seguridad de la aventura ante las dificultades propias del tráfico marítimo. Así, acota **DUSSERRE**⁹⁹ que otrora formándose en el momento mismo de la configuración del peligro –pues los dueños de la carga viajaban con ella y participaban en la travesía marítima–, la *asociación de intereses* nace en la actualidad desde la conformación misma de la expedición. Encuentra su fundamento en la *unión temporal*¹⁰⁰ o *sociedad de hecho* que se forma entre el propietario del buque y los cargadores, quienes asumen conjuntamente los riesgos de la navegación. Retomando lo dicho por **RIPERT**¹⁰¹ señala que la Avería Gruesa no es sino una forma de *aseguramiento mutuo* contra estos peligros del mar. Luego, desde esta perspectiva, la *Avería Gruesa* no entraña meramente una forma simple de asociación en razón de la *comunidad de intereses prevaleciente*, sino

que se corresponde con una figura típica asociativa conocida en la doctrina francesa como «*société d'assurance mutuelle*» o *sociedad de aseguramiento mutuo*¹⁰².

La forma asociativa mutua, *in genere*, refiere a una reunión de personas que, corriendo todas ciertos riesgos, los ponen en comunidad –sea, crean una «*comunidad de riesgos*»–, y se comprometen a indemnizarse mutuamente a través de cuotas, ante el eventual acaecimiento de un siniestro; el asociado juega así un doble papel de *asegurador* y *asegurado*

Esta teoría es meritoria al menos en un aspecto, y es que logra identificar plenamente que el fundamento del *instituto de Avería Gruesa* yace en la *comunidad de intereses* existente entre las partes de la empresa marítima. Sin embargo, fracasa al tratar de determinar la naturaleza de su *régimen contributivo*. Cuando se efectúa un acto de Avería Gruesa en perjuicio de una de las partes de la aventura, las demás contribuyen a su resarcimiento compelidos no por la ley o los estatutos de una figura asociativa, sino por un *régimen de solidaridad sui generis* que rige sobre ellas. Es aquí donde radica la diferencia

99 **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 26.

100 Luego, esta *asociación* nace y fenece con la empresa marítima misma.

101 **Idem # 307**, citando a **RIPERT**, *Droit maritime*, Tome III, n°2220.

102 Refieren **C. HOUPI**n y **H. BOSVIEUX (1919)** que: “*Las sociedades de aseguramiento mutuo contra tal o cual riesgo, formadas únicamente con el fin de distribuir entre varios el daño sufrido por uno solo, no son sociedades en el sentido del artículo 1832 del Código Civil, pues no tienen por propósito la generación y distribución de beneficios. En la práctica, así como en la mayoría de las decisiones judiciales, (...), son calificadas como sociedades, pero no debe ignorarse acá el abuso de esta palabra. Así se desprende de la exposición de motivos de la ley del 24 de julio de 1867, donde se establece que «es necesario decir, tanto para las sociedades de aseguramiento mutuo como para las tontinas, que no son sociedades verdaderas.» No obstante, si bien no son sociedades verdaderas, constituyen sin embargo personas morales, capaces de contratar y de accionar judicialmente a través de sus representantes (...)*”. (**HOUPI**n, C.; **BOSVIEUX**, H. (1919). *Traité General théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des Associations (avec formules)*. Tome II. Cinquième Édition, 1919. Paris, L. MARETHEUX, Imprimeur. Página 713 1269).

esencial: Mientras en la «*société d'assurance mutuelle*» la obligación de contribuir nace del *contrato de aseguramiento mutuo*, acto consensual mediante el cual las partes se comprometen a cubrir los daños sufridos por uno de sus asociados ante el acaecimiento de un siniestro; en la Avería Gruesa esta obligación trasciende el *ámbito contractual, estatutario* y hasta *legal*, y es únicamente esta *solidaridad* propia de la *comunidad de intereses* la que genera el deber de contribución. Esta distinción es patente también en el ámbito de protección que ofrece cada figura. La *sociedad de aseguramiento mutuo* cubre a sus asociados ante acaecimiento de un *siniestro*, que es un hecho sobreviviente, externo al ámbito de determinación de las partes, y por tanto, imprevisto. No existe vínculo alguno entre los intereses de los asociados. Luego, aunque se crea una “*comunidad de riesgos*” no existe una “*comunidad de intereses*”, pues el daño sufrido por uno no afecta a los demás, más allá de su deber de contribución. En la Avería Gruesa, en cambio, no se indemniza el acaecimiento de un siniestro, sino que se contribuye solidariamente para resarcir un *gasto* o *sacrificio* para la salvación de la *empresa común*.

Por tanto, no puede explicarse la naturaleza del *instituto de Avería Gruesa* a través de la *teoría de la asociación de intereses*, pues si bien la empresa marítima implica la vinculación de sus partes, no es una *forma asociativa*, ni siquiera consensual; trasciende este ámbito para constituirse en una unidad *ideal* regida por la *comunidad de intereses*.

Puede referirse a la *empresa marítima* como “*asociación*” únicamente *lato sensu*, de forma alegórica para resaltar la existencia de esta *comunidad de intereses*, sin que esto implique la conformación de la *aventura* bajo una figura típica de asociación. Es al seno de esta *unión* que surge un régimen contributivo inspirado en la *solidaridad*. La pérdida, en tanto que soportada por el bienestar de toda la empresa, es una pérdida común, y es en razón de este carácter que surge el deber de contribución a su indemnización.

4.4 Instrumentos para la elucidación de la naturaleza jurídica del instituto de Avería Gruesa.

Como se ha demostrado en los apartados anteriores, el instituto de Avería Gruesa sufre frecuentemente la desafortunada asimilación con figuras de otras ramas del Derecho que en poco se corresponden con esta singular figura, inspirada en un régimen de *solidaridad sui generis* que existe y se justifica exclusivamente en la existencia de la *comunidad de intereses* de la *aventura marítima*.

Asimismo, es opinión generalizada entre los detractores de este instituto, que la siempre controvertida utilidad de esta figura atávica ha sucumbido definitivamente ante la proliferación de instrumentos contractuales-particularmente de cobertura de riesgos- que sirven mejor y más eficientemente a los propósitos de la navegación marítima.¹⁰³ Ciertamente, los institutos del Derecho Marítimo se enfrentan

103 Así, ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS“ (...) anacronismo [de la Avería Gruesa], que como es sabido, parece reconocerse de modo bastante general sobre la base de un doble punto de vista: la duración y el costo del procedimiento de liquidación de la avería común y la superioridad que en todos los aspectos presenta frente a ella el mecanismo del seguro.”. (Obra colectiva. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Editorial Cívitas, 1978. Artículo de SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: Reflexiones críticas sobre la avería común (pp. 729-762). Página 736.)

hoy a un mercado globalizador que pretende homogenizar todos los actos del tráfico marítimo bajo formas *standard* de adhesión universal¹⁰⁴. No obstante, su inclusión en contratos mercantiles más amplios y comprensivos -como es el caso de la *Avería Gruesa* en los contratos de fletamento y en los contratos de seguro marítimo de casco y mercancías-, debe, por el contrario, atender a un deseo de atender y preservar su naturaleza particular.

Si se desdeñara el contundente impulso “*taxonomizador*” propio del *iuspositivismo formalista*, y se atendiera a las especificidades históricas del desarrollo de la *Avería Gruesa*, pero sobre todo, al entramado tan particular que forman las relaciones existentes entre las partes de la empresa marítima, sería posible descifrar esta naturaleza. Sólo comprendiendo plenamente la idea de *comunidad de intereses*, podrá entenderse que la *Avería Gruesa*, como la mayoría de los institutos del Derecho Marítimo, corresponde más bien a un *tertium genus* que se aleja de las figuras asociativas típicas, del ámbito contractual y de la responsabilidad civil, y aún de la prescripción

legal, para remitirse a un principio inspirador de solidaridad y equidad, en el que encuentra fundamento y justificación.

La *comunidad de intereses* nace en cada viaje con la formación de la *empresa marítima* en la que participan *buque, flete y carga*, configurándose ésta en una *unidad ideal* basada en el *interés común* de hacer frente a los peligros de la navegación marítima. Esta situación es claramente retratada en el concepto acuñado por la doctrina alemana de la «*Gefahrgemeinschaft*»¹⁰⁵ o *comunidad de peligros*. La amenaza nunca es dirigida, el peligro se cierne no sobre las partes, sino sobre la *empresa* en su conjunto. Luego, la *aventura marítima* constituye en el fondo una *comunidad de intereses* unida por la preservación de la seguridad común. Este es el pilar fundamental, no solamente de la *Avería Gruesa*, sino de prácticamente todos los institutos del Derecho Marítimo.

LUDLOW HOLT¹⁰⁶ resume magistralmente la importancia de atender a la razón antes que a categorizaciones restrictivas, para comprender la *naturaleza jurídica* del *instituto*

104 **MAGEE, Eamonn**. *General Average Reform-The IUMI position*. Ponencia presentada en el *Coloquio de Toledo* en septiembre de 2000. **COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (CMI) YEARBOOK 2000**. Appendix B. Página 294. Consultado en: **COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (CMI) (2003)**. <<http://www.comitemaritime.org/singapore/general/appendixB.pdf>>. [Consulta: 10 marzo. 2008]. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*The Marine Insurance industry is under threat in a changing Global marketplace and if it is not to be swallowed up by the very much bigger non marine market, where all embracing product covers are increasingly the order of the day (...)*”.

105 **Vid. BEMM, Wilfried, VON WALDSTEIN, Thor (1996)**. *Rheinschiffahrtspolizeiverordnung: Kommentar*. Unter Mitarb von Gesa Bemm. Sammlung Guttentag. 3 Auflage. Walter de Gruyter, Berlin. Página 85, 242-244.

106 **LUDLOW HOLT, Francis (1824)**. *A system of the shipping and navigation laws of Great Britain and of the Laws relative to Merchant ships and seamen; and maritime contracts*. Second Edition, 1824. Joseph Butterworth & Son, London. Página 482.

de Avería Gruesa: “Luego, la avería gruesa está fundamentada en el principio de equidad (...). No ha de encontrarse mucho sobre este tema en la doctrina jurídica. Es sin embargo, un principio obvio de la justicia natural que cuando dos o más partes están involucradas en un riesgo marítimo común, y una de ellas realiza un sacrificio para la seguridad general, tal pérdida ha de ser distribuida entre todos en proporción a la participación de cada uno en la aventura (...). Resulta absolutamente innecesario recurrir a la ley Rodia o Romana para [comprender] lo que el sentido común y la justicia universal nos sugiere a todos; y, aunque plazca a la curiosidad erudita encontrar las costumbres de nuestros días confirmadas en tan antiguos precedentes, debemos estar satisfechos al encontrar esta analogía, sin empeñarnos en ella como la razón [de ser del instituto].”.

Conclusiones.

Como se ha dicho ya, el mundo del Derecho Mercantil se caracteriza por su dinamismo. Tal como lo retrata **MALVAGNI**¹⁰⁷, el comercio internacional –del cual el Derecho Marítimo es instrumento– evoluciona tan constante y aceleradamente, que la norma que pretendió recoger el derecho de los comerciantes en un momento dado, suele devenir inútil frente a nuevas instituciones que surgieron en el ínterin de su promulgación. Esta será la *ordalía* a la que habrá de someterse al instituto de Avería Gruesa para probar su vigencia.

Como se ha establecido en la introducción a este trabajo, la controversia que se cierne sobre el instituto de Avería Gruesa tiene origen en las dificultades inherentes a la identificación de su fundamento y justificación. La primera dificultad ostenta, pues, un carácter *ontológico*, entrañando la dilucidación de la compleja naturaleza de este instituto. La segunda reviste una naturaleza más bien *teleológica*, en tanto ha de determinarse si esta figura encuentra su justificación en la satisfacción de los propósitos para los que fue creada.

Las presentes *reflexiones* son la recopilación y síntesis de las conclusiones preliminares a las que se llegaron en cada apartado del presente estudio, con arreglo a los extremos antes mencionados.

La naturaleza jurídica del instituto de Avería Gruesa

Si bien la utilidad práctica de la Avería Gruesa no ha sido todavía probada o rebatida, ha de comenzarse por rescatar su gran valor teórico. Este instituto es quizá el mejor espejo de la naturaleza misma del Derecho Marítimo. Al igual que todos los institutos de esta rama, nace como una costumbre de los comerciantes que, con el paso del tiempo, fue codificada, adquiriendo carácter normativo. Y es que la Avería Gruesa es la figura en la que se manifiesta con mayor claridad la particularidad de los institutos propios de la *Lex Maritima*: su fundamentación en la idea de una *comunidad*

107 **MALVAGNI**, *op. cit.*, página 4.

de intereses que nace en cada viaje con la formación de la *empresa marítima*. Sus integrantes confluyen para formar una *unidad ideal*, siendo la evasión de los peligros de la navegación el elemento vinculante. Luego, las condiciones particulares de su desarrollo hacen surgir un régimen de *solidaridad* entre sus partes. Bajo este principio rector, el instituto de Avería Gruesa pretende instaurar un mecanismo de contribución tendente a compensar las pérdidas voluntariamente soportadas por uno de los intereses de la aventura marítima para la seguridad común de toda la empresa.

La Avería Gruesa, como la mayoría de los institutos del Derecho Marítimo, responde por tanto a un *tertium genus*, determinado por los hechos que le dan origen, las circunstancias que lo determinan y las relaciones que le son propias, independiente de otras figuras e institutos.

La segunda dificultad mencionada reviste una naturaleza *teleológica*: su utilidad y adecuación a los fines ha sido relativizada ante la proliferación de figuras contractuales de cobertura riesgos que ofrecen soluciones más económicas, seguras y expeditas.

Ciertamente, la proliferación de instrumentos contractuales de cobertura de riesgos cada vez más técnicos y completos, como las pólizas de seguros denominadas «*all risks*», que tienen un espectro de cobertura amplísimo; esto, sin mencionar los «*P&I Clubs*», formas de aseguramiento mutuo que, por la comunidad de intereses existente entre los asociados y su sometimiento a los mismos riesgos, ofrece la mayor y más precisa cobertura.

Siendo este el caso, bastaría con eliminar los «*puntos de contacto*» entre el instituto de Avería Gruesa y estas nuevas figuras, relegando a la Avería Gruesa a un ámbito de absoluta excepcionalidad, o configurándose ésta a lo sumo como un régimen subsidiario de *contribución*, aplicable sólo en ausencia de otro ámbito de cobertura mayor.

Sin embargo, A pesar de que la proliferación de instrumentos contractuales de cobertura de riesgos cada vez más completos y especializados, como los que ofrecen garantías «*all risks*», o los «*P&I Clubs*», han despojado a la Avería Gruesa de su utilidad como mecanismo de protección contra los peligros de la navegación; a pesar de que el sistema ágil y eficiente de reclamo de averías propio del seguro marítimo ha hecho palidecer al primitivo, arbitrario y dispendioso sistema de mutuas de reparto del instituto de Avería Gruesa; aún mediando fuertes intereses político económicos en su preservación, así como la aplicación de un sistema normativo confuso, a la Avería Gruesa no se le vislumbra un fin cercano. Su desaparición en el corto y mediano plazo es improbable, en razón no sólo de los intereses político-económicos que se ciernen sobre su preservación, sino primordialmente porque aún con reservas, el instituto ha sido aceptado por los grupos de la comunidad marítima internacional y recogido en las diversas legislaciones nacionales.

Podría decirse con un dejo de cinismo utilitarista que no iría en demérito de la verdad, que la preservación del instituto de Avería Gruesa se da, porque en términos inmediatos resulta más costosa su abolición que su preservación.

No obstante, más allá de su posible inhabilitación como instituto con valor

práctico en el tráfico marítimo, el instituto de Avería Gruesa conserva un gran valor teórico y aún ius-filosófico, pues en su formulación refleja con meridiana claridad la razón de ser misma del Derecho Marítimo, y la fundamentación y

justificación de sus institutos: la regulación y protección de las relaciones que nacen al seno de la *aventura marítima*, en tanto que *comunidad de intereses* como *unidad ideal*, configurada ante los riesgos de la navegación.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- **ALBERT, Kossi; THOO, Francis (2003).** *Le règlement contentieux des avaries de la phase de transport maritime en droit comparé entre l'Allemagne et la France, avec le droit substantiel du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Nigeria.* **Band 39, Deutsches und Internationales Wirtschaftrecht.** LIT Verlag Berlin - Hamburg – Münster.
- **BEMM, Wilfried, VON WALDSTEIN, Thor (1996).** *Rheinschiffahrtspolizeiverordnung: Kommentar.* Unter Mitarb von Gesa Bemm. **Sammlung Guttentag. 3 Auflage.** Walter de Gruyter, Berlin.
- **DE SMET, Robert (1971).** *Droit Maritime et Droit Fluvial Belges.* Tome II. **Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain.** Maison Ferdinand Lercier, S.A.. Bruxelles.
- **DI LIBERTO D., DANTE (1996).** *Manual de Seguros de Cascos Marítimos.* (s. E.).
- **FRIGNET, Ernest (1859).** *Traité des avaries communes et particulières suivant les diverses législations maritimes suivent les diverses législations maritimes.* Tome I. **Paris, Franck Libraire, Éditeur.**
- **GARRIGUES, Joaquín (1977).** *Curso de derecho mercantil,* **Volumen I. Séptima Edición.** Editorial Porrúa, S.A., México.
- **HODGES, Susan (1996).** *Law of Marine Insurance.* **Cavendish Publishing Limited, 1996.**
- **HODGES, Susan (1999).** *Cases and Materials on Marine Insurance Law.* **Routledge Cavendish Publishing, London.**

- **HOUPIIN, C.; BOSVIEUX, H. (1919).** *Traité General théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des Associations (avec formules). Tome II. Cinquième Édition, 1919.* Paris, L. MARETHEUX, Imprimeur.
- **KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA TORUÑO, Octavio (1997).** *Curso de Derecho Mercantil. Segunda Edición, revisado y actualizado.* San José, Costa Rica. Editorial Juritexto.
- **LUDLOW HOLT, Francis (1824).** *A system of the shipping and navigation laws of Great Britain and of the Laws relative to Merchant ships and seamen; and maritime contracts. Second Edition, 1824.* Joseph Butterworth & Son, London.
- **MACKELDEY, Ferdinand(1841).** *Manuel de Droit Romain, contenant la théorie des institutes, précédé d'une introduction a l'étude du Droit Romain. Traduit de l'allemand par Jules Beving. Société Typhographique Belge. Bruxelles.*
- **MERI, Josef W. (Editor) (2006).** *Medieval Islamic Civilization. An Enciclopedia. Volumen 2. (s.L).* Taylor & Francis, Publishers.
- **MORA ROJAS, Fernando (2003).** *Introducción al derecho comercial. Tercera Edición.* San José, Costa Rica, Editorial Juritexto.
- **PUTZEYS, Jaques (1993).** *Droit des Transports et Droit Maritime. En vigueur en Belgique au 1er janvier 1993.* Bruylant, Bruxelles.
- **RIPERT, Georges (1953).** *Traité General de Droit maritime. Tome III, Quatrième Édition.* Rousseau, 1953. n°2212.
- **SÁENZ CARBONELL, Jorge (2003).** *Elementos de Historia del Derecho.* Santo Domingo de Heredia, Costa Rica. Ediciones Chico.

Obras colectivas

- **CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979).** *Los Siniestros en el Seguro de Transportes. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición.* Editorial MAPFRE S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros.
- **Obra colectiva. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría.** Editorial Cívitas, 1978. Artículo de SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: Reflexiones críticas sobre la avería común.

- **UNCTAD (1991).** *General Average - A Preliminary Review*. UNCTAD, Trade and Development Board. Committee on Shipping and the Working Group on international shipping legislation Décimo Tercera Sesión. Génova, 11 de Noviembre de 1991. Tema 3 de la Agenda Provisional. (Documento de la ONU: UNCTAD TD/B/C.4/ISL/58 August 19, 1991). Consultado en: UNCTAD <[http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/rep-doc/General%20Average\(Preliminary%20review\).pdf](http://r0.unctad.org/ttl/docs-legal/rep-doc/General%20Average(Preliminary%20review).pdf)>. [Consulta: 10 marzo. 2007].

Artículos

- **DUSSERRE, Cédric; sous la direction du Pr. Christian SCAPEL (2004).** *Les Avaries Communes, place actuelle d'une institution antique*. Mémoire de DESS de Droit Maritime et des Transports 2003/2004. Página 11. Consultado en: Centre de Droit Maritime et des Transports. UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III (CDMT, 2004). <<http://www.cdmtdroit.u-3mrs.fr/memoires/2004/m04duce.html>>. [Consulta: 5 noviembre. 2007].
- **LUQUE TALAVÁN, Miguel (1998).** *La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio (siglos XVI-XVIII)*. *Revista Complutense de Historia de América*. Número 24.
- **MCCORMACK, Howard M. (2002).** *The impetus for change in the 1994 York-Antwerp Rules-Real or fanciful-. Average Adjusters Paper. Remarks by Howard M. McCormack, Chair, Association of Average Adjusters of the United States*. Página 5. Artículo consultado en: ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF THE UNITED STATES. <<http://www.usaverageadjusters.org/2002HMM.pdf>>. [Consulta: 20 marzo. 2007].
- **MAGEE, Eamonn.** *General Average Reform-The IUMI position*. Ponencia presentada en el Coloquio de Toledo en septiembre de 2000. COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (CMI) YEARBOOK 2000. Appendix B. Página 294. Consultado en: COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (CMI) (2003).
- **TETLEY, William (2003).** *General Average now and in the future, 2003*. Página 5, Nota al pie número 8. Artículo consultado en: MCGILL UNIVERSITY (2008) <<http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/genaverage.pdf>>. [Consulta: 22 noviembre. 2007]. Puede consultarse también en *Liber Amicorum* R. Roland , Larcier, Brussels, 2003.

Legislación y normativa

- **Digesto Justiniano.** Libro XIV, Título II, Sección 1. Consultado en: Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.) <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

- **Loi no. 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer. (Francia) Artículo 24.** Consultado en: **Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer)** <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Evenements%20de%20Mer/Loi%2067545%20du%207%20juillet%201967.pdf>>. [Consulta: 26 febrero. 2008].
- **Marine Insurance Act, 1906. (Reino Unido). (1906 CHAPTER 41 6 EDW 7). Artículo 66.** Consultado en: **Office of Public Sector Information, United Kingdom (2002).** <http://www.England-legislation.hmso.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1906/cukpga_19060041_en_1>. [Consulta: 25 febrero. 2008].
- **Ordonnance de la Marine d'août 1681. Libro Tercero, Título Séptimo, Artículo Primero.** Consultado en: **Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer)** <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Livre%20III%20Titre%20VI%20Des%20assurances.pdf>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].
- **York-Antwerp Rules 2004. (Aprobadas por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en la Conferencia sostenida en Vancouver del 31 de mayo al 4 de junio de 2004).** Consultado en: **COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (2003).** <<http://www.comitemaritime.org/cmidoocs/yar.html>>. [Consulta: 15 noviembre. 2007].

Jurisprudencia

- **Court of King's Bench, United Kingdom (1917). *Société Nouvelle d'Armement v. Spillers and Bakers Ltd.* (1917) 1 KB 865.**
- **Court of King's Bench, United Kingdom (1922). *Joseph Watson & Son Ltd v Firemen's Fund Insurance Co of San Francisco* 2KB 355 (1922).**
- **Court of King's Bench, United Kingdom (1929). *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co.* 1 KB 187 (1929).**
- **Court of King's Bench, United Kingdom (1944). *Athel Line v Liverpool and London War Risks Association Ltd.* 1 KB 87 (1944). Cf. U.S. Supreme Court of Justice (1850) *Barnard v. Adams*, 10 How. 270 (1850), 51 U. S. ¶ 303.**
- **U.S. Supreme Court of Justice (1839). *Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839).** Consultado en: **JUSTIA, U.S. Supreme Court Center.** <<http://supreme.justia.com/us/38/331/case.html>>. [Consulta: 23 febrero. 2008].

Consultas electrónicas:

- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición, 2001.* [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. [Consulta: 5 diciembre. 2007].

“REBUS SIC STANTIBUS” VERSUS “PACTA SUNT SERVANDA”

*Dr. Víctor Pérez Vargas**

Frente a quienes sostienen la inflexible exigibilidad literal de los contratos (“Pacta sunt servanda”), la doctrina ha desarrollado el principio contrario (“Rebus sic stantibus”), que toma en cuenta la variación sobrevenida en las circunstancias y reconoce que la transformación de éstas, en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, puede conducir a la reducción a equidad de los términos del negocio o a su resolución.

1. ANTECEDENTES

En diversas publicaciones he tenido oportunidad de analizar el tema de la transformación de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes a la hora de celebrar el contrato (1). En mi libro “Derecho Privado” sostuve: “El remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio. Se aplica a los contratos con

prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida” (2).

Hoy, los Principios sobre los contratos de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, el nuevo Código Europeo de los Contratos y las nuevas orientaciones jurisprudenciales nacionales me obligan a actualizar lo entonces expuesto.

2. EL SUPUESTO

El remedio de la resolución contractual para los supuestos de transformación de las circunstancias tenidas en consideración por las partes al momento de concluir el contrato debe verse con mucha cautela, para evitar que pueda ser utilizado como un cómodo pretexto de una de las partes para librarse de un vínculo contractual que no le resulte conveniente y para impedir que se perjudique la seguridad de las relaciones jurídicas, la cual es un elemento necesario de la convivencia

* Profesor de Derecho Privado y de Contratación Comercial Internacional Universidad de Costa Rica

1 Ver mis tres artículos sobre este tema: La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial, N-4, Junio de 1977.; La excesiva onerosidad sobrevenida de la deuda externa Latinoamericana. Revista judicial, Corte Suprema de Justicia, N-46; El cambio en la base del negocio jurídico y los principios del Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas, UCR, Colegio de Abogados, N-80.

2 Sobre esto es abundante la doctrina. V. PERLINGIERI, Pietro, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 228 y TORRENTE, Andrea, Manuale di Diritto Privado, Giuffrè-editore, 1968, p. 485

civil. Para la importancia de la transformación de las circunstancias sobre la validez o la eficacia deben cumplirse ciertos requisitos:

1. Debe tratarse de contratos en los que la obligación tiene una ejecución diferida o continuada.
2. Habrán de ser conmutativos u onerosos, es decir que hagan surgir entre las partes obligaciones recíprocas.
3. Que entre el momento de la estipulación del contrato y el de la ejecución de la prestación ésta se haga excesivamente onerosa. O sea, que se trate de hechos posteriores a la contratación. Tales hechos deben estar sustraídos al control de las partes.
4. Finalmente, es necesario que tal transformación afecte realmente el valor de la prestación.

3. EL PRINCIPIO

3.A. ORÍGENES Y DESARROLLO

Se ha ubicado el surgimiento del principio "**Rebus sic stantibus**", dentro de la tradición romana, en la filosofía de Marco Tulio Cicerón: "Aquello que el tiempo hace cambiar,

hace cambiar la función, y no siempre es la misma" ("**Ea quum tempore commutantur commutatur officium et non semper idem est**").⁽³⁾ Osti, quien desarrolla la teoría de la voluntad marginal, agrega la figura de **Séneca** y demuestra la continuidad del principio dentro del sistema romano⁽⁴⁾.

En la Edad Media, se suele citar un texto de **Neratius**⁽⁵⁾ como base de la aplicación medieval del principio. La propia tradición ibérica presenta manifestaciones de afirmación del equilibrio contractual; en efecto, en el Fuero Real⁽⁶⁾ de don **Alfonso X, el Sabio**⁽⁷⁾ se encuentran formulaciones derivadas del principio.

En la época de los postglosadores, se formula la doctrina de la cláusula "**Rebus sic stantibus**"; según ella, en los contratos de ejecución diferida o continuada se entendía que habían sido celebrados conforme a una cláusula sobreentendida; de manera que, cuando se producía una alteración de las circunstancias, el deudor podía pedir la resolución de la prestación que le resultase excesivamente gravosa. Se decía que "los contratos que tienen tractos sucesivos y dependencia de futuro deben entenderse mientras las cosas se mantengan como están" ("**contractus qui habent tractum successivum vel dependentia del futuro**

3 CICERÓN. Los Oficios, Espasa Calpe, Madrid, 1968, p. 152

4 OSTI, La cláusula detta "Rebus sic Stantibus". Separata sin fecha.

5 Digesto Lib. XII, tít. 4 Fr.8

6 Lib. III, Ley V, De Lex Nova, Valladolid, 1979, p. 88

7 Códice de El Escorial

rebus sic stantibus intelliguntur). Esta doctrina fue luego aceptada por los juristas del siglo XVIII, como GROCIO y PUFFENDORF.

En los años sucesivos a la segunda guerra mundial hay abundancia de ejemplos sobre cambios de circunstancias en los contratos y el sentido de justicia ha hecho ver como necesario el abandono de la obligatoriedad de los compromisos asumidos cuando los hechos sucesivos han influido sobre la relación económica. El tema que nos ocupa tiene su fundamento en la equidad, por lo que la doctrina ha dicho que la resolución del contrato puede ser evitada por la contraparte interesada con el ofrecimiento de modificar equitativamente lo pactado ⁽⁸⁾.

3.b. UNIDROIT:

El principio de equidad que se encuentra detrás del tema es parte de nuestro sistema romano-canónico, pero también ha tenido manifestaciones a nivel mundial, por ejemplo, con la publicación de los “Principios para los Contratos Comerciales Internacionales” de UNIDROIT ⁽⁹⁾.

Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos, antes mencionados, en su texto actual, expresan:

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante,

a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

- (1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede

8 V. TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1971, p. 713

9 UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts 2004, Roma, 2004

reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

3.C. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL:

A pesar de lo expuesto anteriormente, en la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no se ha aplicado este principio, tomándose como justificación la regla de la “presunción de competencia profesional” (10).

Aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio, en relación con el respeto a la voluntad manifestada, los árbitros se han manifestado muy restrictivos; hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o “imprevisión” (11).

“...puede ser oportuno señalar que al definir las circunstancias que deben considerarse como constitutivas de “frustration” el derecho inglés rechaza los criterios de dificultad, inoportunidad comercial o pérdida material en cuanto tal, pero insiste en la exigencia de un cambio en las circunstancias tan radical como para que la base del contrato desaparezca” (12).

“En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación del franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo

10 Véase: Mc LAREN MAGNUS, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003

11 PÉREZ VARGAS, Víctor, Jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Revista Judicial, N. 82, 2003

Ver en Google: “Escuela Judicial” “Revista Judicial”, donde el lector podrá encontrar la versión digital de las últimas revistas publicadas

12 Caso 1512, de 1971

que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo ⁽¹³⁾. “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar”.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” ⁽¹⁴⁾.

En otro caso, la parte demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas. En cuanto a la devaluación de la peseta, habrá podido convertir las importaciones de Italia a España en más onerosas, pero no en imposibles” “...sin duda la demandada tenía derecho a prevalerse de la devaluación del

mes de noviembre de 1967 para invocar el beneficio del artículo 18 del contrato, en el que se preveía la transformación de la concesión de venta en concesión de producción (en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil) ⁽¹⁵⁾.

“...los laudos citados... han mostrado que los árbitros otorgan plenos efectos a las cláusulas de readaptación ⁽¹⁶⁾.

“Los árbitros ven en su ausencia una voluntad deliberada de las partes... Se comprende que los árbitros no se inclinen a admitir el descuido de las partes y atribuyan a su silencio un carácter deliberado” ⁽¹⁷⁾.

“...las partes pueden incluir en sus acuerdos unas cláusulas, tales como las cláusulas de escala móvil, o las cláusulas que prevén la rescisión automática del contrato en caso de que llegue a ser muy ruinoso para uno de los contratantes. En este caso, no se ha insertado ninguna cláusula de este tipo en los contratos de venta celebrados entre las partes. De ello se deduce que las condiciones de estos contratos deben considerarse obligatorias, sean cuales fueren las dificultades económicas, así como su evolución” ⁽¹⁸⁾.

13 V. DERAIS Yves, Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Gráficas J. Morales, Madrid, 1985, p. 115

14 Caso 2478 de 1974

15 1972, CASO 1990

16 DERAIS, op.cit., 183, cita L 1990 de 1972, L 2478 de 1974, L 2291 de 1975

17 DERAIS, op.cit., 184

18 Caso 2709 de 1976; En el mismo sentido L 1512 de 1971; L 2216 de 1974, L 1404 de 1975

En otro caso, una sociedad noruega, demandada por inejecución alegaba la baja sufrida en los precios del petróleo, que se produjo entre la fecha de conclusión del contrato y la fecha en que debería haberse efectuado su recogida...además de que las autoridades de control de cambios de Noruega se habían opuesto a la ejecución de la transacción dado que podría ocasionar una pérdida de divisas para Noruega y se alegaba que esta intervención era un supuesto de fuerza mayor. En tal caso, se dijo:

“La solución adoptada por el Tribunal arbitral en torno a la incidencia de la baja del precio del petróleo sobre la ejecución del contrato es característica de la preocupación que tienen los árbitros por garantizar el respeto a los compromisos contractuales de las partes, preocupación sustentada por la idea de que corresponde a los prácticos del comercio internacional precaverse por sí mismos contra los riesgos que se derivan de sus actividades. Esta actitud tiene como consecuencia que los árbitros otorgarán siempre plenos efectos a las cláusulas de ajustamiento a la variación de precios o de revisión que figuran en un contrato...pero en cambio presumirán que será a sabiendas que las partes no haya previsto tales cláusulas, cada vez más habituales, bajo diferentes formas, en las relaciones comerciales internacionales...se trata de una simple fluctuación en las cotizaciones, cuya

admisión como causa de exoneración de la inejecución de un contrato pondría en peligro la seguridad de las transacciones” ⁽¹⁹⁾.

“Los árbitros interpretan el silencio de las partes sobre las condiciones de ejecución de sus obligaciones contractuales, en caso de modificación de las circunstancias externas, como la expresión de una voluntad positiva de descartar toda adaptación, teniendo en cuenta el hecho de que esta apreciación típicamente arbitral de la voluntad de las partes, parece haber influenciado a los árbitros mucho más que el Derecho francés, aplicable al fondo del litigio ; esto debería incitar a los redactores del contrato a tener más cuidado” ⁽²⁰⁾

“El respeto a la voluntad de las partes conduce siempre a los árbitros del comercio internacional a descartar todo ajustamiento automático monetario cuando no ha sido expresamente previsto en el contrato. Este mismo afán les conduce, por el contrario, a reconocer la eficacia de las garantías de cambio estipuladas por las partes” ⁽²¹⁾

En síntesis:

Con base en la presunción de competencia profesional, la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional se ha negado a

19 DERAIS, op.cit. , 108, 109, ref : 1974 CASO 2216

20 DERAIS, op.cit. , 164

21 Caso 1717 de 1972, DERAIS, op.cit. , 162

admitir el cambio en los efectos jurídicos del contrato en los casos de transformación de las circunstancias, salvo que las partes lo hayan pactado mediante una cláusula de revisión y que, si no lo han hecho, es porque debe suponerse que no lo han querido.

3.D. EL CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Siguiendo la tradición del sistema romano, el nuevo Código Europeo de los Contratos, acoge la doctrina de la excesiva onerosidad sobrevinida en los siguientes términos:

Art. 97. Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas

1. Aunque el deudor se halle en retraso en el cumplimiento de la prestación debida o cuando no la haya realizado más que parcialmente, no se podrá considerar que ha habido incumplimiento cuando se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han hecho que la prestación sea excesivamente onerosa y que, en consecuencia, dan al deudor, como lo prevé el art. 157, el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe sin embargo haber comunicado al acreedor su intención de usar de este derecho antes de que expire el término previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto en el artículo 96, letra a) ⁽²²⁾.

4. DERECHO COMPARADO

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, el tema de la transformación de las circunstancias revela diferencias entre el Sistema Romano y el Derecho Anglosajón.

4. a. EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

También ya en Cicerón aparecen los gérmenes de la misma doctrina inglesa de la “frustration”, con su ejemplo clásico del balcón que se alquila para ver pasar el desfile de la reina y el desfile se suspende, frustrándose el fin del contrato. Esta doctrina ha sido una de las formas, estudiadas por **Larenz**, de transformación de la base negocial, junto a la desaparición de la base del negocio por ruptura del equilibrio contractual ⁽²³⁾. Así, decía **Cicerón**: “...muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias; el hacer lo prometido, cumplir los pactos... mudada la utilidad, se hacen torpes” (op.cit.). No hay duda de que el principio inspirado en Cicerón es de tendencial universalidad y también ha permeado las fuentes del Common Law, si bien con denominaciones diferentes a las usadas en el Sistema Romano.

El propio Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, en su texto 2-615, establece como excusa de cumplimiento la ausencia de condiciones presupuestas ⁽²⁴⁾.

También la doctrina ha hablado de “**failure of consideration**” (que me permito traducir como

22 [http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/docs/Norme%20\(spagnolo\).doc](http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/docs/Norme%20(spagnolo).doc)

23 LARENZ, Karl, Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

24 SMITH AND ROBERSON'S, Business Law, Fifth edition, St. Paul, 1982, Appendix A, p. 24

falta de causa justa) para denotar también una causa que ha dejado de existir total o parcialmente. También se ha utilizado, dentro del sistema anglosajón la citada doctrina de la “**frustration**”⁽²⁵⁾ y la doctrina de las condiciones implícitas “**implied conditions**” y, al igual que en el sistema romano, se ha utilizado también la doctrina de la desaparición de la base del contrato: “la deficiencia de algo que estaba en la base del contrato en la intención de ambas partes” (“**a failure of something that was at the basis of the contract in the intention of both parties**”).

En el fondo, estas doctrinas anglosajonas se apoyan en los mismos presupuestos de la doctrina de la base del negocio, pues se considera que un contrato se ha frustrado cuando algo se ha quebrado en los supuestos de hecho que ambas partes tuvieron presentes al contratar y que era la razón por la cual se contrataba⁽²⁶⁾.

Resulta claro que la utilización de los argumentos relacionados con la frustración del fin del contrato, de la buena fe, de la equidad y del equilibrio contractual es válida desde el punto de vista lógico, pues tales soluciones tienen la misma inquietud de base, se basan en el mismo principio general (**Rebus sic Stantibus**) y buscan las mismas soluciones que se han perseguido en el sistema romano, si bien con diferente denominación y enfoque.

Pero, la verdad es que los dos sistemas de Derecho Comparado, a este respecto no se encuentran lejanos.

A pesar de lo expuesto, la verdad es que en el Derecho Anglosajón, en la práctica jurisprudencial, la tendencia a tomar en cuenta las modificaciones de las circunstancias ha sido más bien restrictiva.

La jurisprudencia anglosajona es abundante en ejemplos de casos de clara excesiva onerosidad sobreviniente que han sido declarados sin lugar. Por ejemplo, un tribunal inglés, cuando fue cerrado el Canal de Suez y los buques debían dar la vuelta al África por el Cabo de Buena Esperanza, consideró que la nueva prestación no era radicalmente diferente de la pactada, pues los gastos adicionales eran “solamente” de un 12.2 % sobre el flete contemplado en el conocimiento de embarque⁽²⁷⁾. En otro caso, donde un distribuidor de leche vio incrementado el costo del producto en un 33%, se dijo que los riesgos de la inflación estaban adjudicados al vendedor⁽²⁸⁾. Con base en una comparación de diversos casos se ha afirmado que, “mientras que un aumento de un **1000%** por ciento determinaba “**impracticability**”; menos de un 100% de incremento no excusa el cumplimiento”.⁽²⁹⁾. He aquí un problema jurídico serio reducido a una arbitrariedad numérica excesiva por las cortes estadounidenses.

25 BLACK, Henry, Law Dictionary, West, St.Paul, 1979, p. 534

26 V. ESPERT SANZ, Vicente, La frustración del fin del contrato, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 60

27 Ocean Tramp Tankers Corp. C/ V= Socfracht 1964, cit. p. EBIN, Deligning impracticability due to increased expenses. University of Florida Law Review, Vol. XXXII, Spring. 1980, n. 3

28 Maple Farms Inc. c/ City School District, 1974, Cit p. EBIN, op.cit., p. 526

29 EBIN, op.cit., p. 535

4. b. EN EL SISTEMA ROMANO ACTUAL

La mejor doctrina del sistema romano de nuestros días se manifiesta favorable en relación con la admisión de los cambios en las circunstancias como aspectos que afectan la eficacia contractual ⁽³⁰⁾.

En la doctrina italiana se ha afirmado que “En todo contrato debe suponerse incluida la cláusula de que éste fue perfeccionado sobre el presupuesto de la inalterabilidad de la relación patrimonial entre las dos prestaciones subsistente en el momento de la conclusión” ⁽³¹⁾.

También en la doctrina alemana, LARENZ había aceptado la aplicabilidad de la teoría de la base del negocio de OERTMAN, tal como éste la había formulado, en 1921, en su obra titulada “La Base del Negocio” (*“Die Geshäftsgrundlage”*) : “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocido y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que basan su voluntad negocial” ⁽³²⁾. La desaparición de estas circunstancias, sin que ello haya sido previsto y regulado por las partes, puede dar, según

Oertman un derecho a la parte perjudicada a resolver el contrato ⁽³³⁾. En Alemania, la doctrina ha hablado de perturbación de la equivalencia (*“Aequivalenzstörung”*) y de un venir a menos de la base del negocio (*“Wegfall der Geschäftsgrundlage”*) Hoy el principios se encuentra en el Código Civil Alemán (BGB), artículo 313.

En el **subsistema latinoamericano** del cual somos parte, la doctrina de la relevancia de la transformación de las circunstancias estuvo por muchos años en el olvido, debido al auge del liberalismo y del formalismo. Sin embargo, recientemente se ha venido produciendo (tanto en la doctrina como en las leyes) un renacer de la perspectiva equitativa que tiende a admitir la relevancia de los factores sobrevinientes sobre los contratos (Véase por ejemplo el Código Civil de Bolivia de 1975, lo mismo que los diversos textos brasileños, colombianos, uruguayos, pero particularmente claro es el Código Civil peruano de 1984, el que llega a establecer en su artículo 1444 que “es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad sobreviniente”).

En Argentina, ha habido consenso favorable a la doctrina de la imprevisión ⁽³⁴⁾ y el propio Código Civil de este país establece en su

30 Así lo manifiesta el codificador peruano, profesor de la Universidad de Lima, ARIAS SCHEREIBER, Max en su obra Exégesis, tomo I, Studium, Lima, 1984, p. 223 ; V. Tamb. ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, Robredo, México, 1960, p. 461

31 V. TORRENTE, Manuale di Diritto Privato. Giuffré, Milano, 1968, p 484 y CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto italiano, Morano, Napoli, sin fecha p. 385

32 V. LARENZ, Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

33 V. ESPERT SANZ, op.cit., p 71

34 LLAMBÍAS, BORDA, GALLI, ORGAZ, FORNIELES, REZZONICO, SPOTA, LEÓN, ALSINA, ATIENZA, COSSIO, MASNATTA, cit. p. ALTERINI, Atlio, Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 448

artículo 1198 : “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato...”.

Igualmente, el nuevo Código Civil peruano, en el artículo 1440, expresa: “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si no fuere posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

Estas referencias demuestran que el principio de fondo es parte de nuestro sistema.

5. COSTA RICA

En Costa Rica, ya en 1966, Don Rogelio Sotela Montagné publicó un excelente ensayo sobre el tema que nos ocupa ⁽³⁵⁾ y el Congreso Jurídico Nacional de 1987 recomendó a la Comisión Revisora del Código Civil incluir en términos amplios “la posibilidad de invocar la transformación de circunstancias capaz de afectar el equilibrio contractual”.

5.a. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Existen aisladas disposiciones en nuestro país en materia de contratación administrativa.

El Artículo 18 de la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494 de 2 de mayo de 1995 (Publicada en el Alcance No. 20 a La Gaceta No. 110 de 8 de junio de 1995) establece:

“Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios. La

35 SOTELA, Rogelio, La Teoría de la Imprevisión, Revista de Ciencias Jurídicas, N. 7, pág. 159

presentación de facturas, por avance de obra cada mes, será obligatoria. En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.

Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios.

Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, así como la referencia al Reglamento, en cuanto al mecanismo de aplicación”.

Por su parte, el Artículo 17 de la Ley General de Concesión de obras públicas con servicios públicos, No. 7762, de 14 abril 1998 (Publicada en Alcance No. 17 a la Gaceta 98, de 22 mayo 1998) determina que uno de los derechos del concesionario es

b) Ser resarcido íntegramente por la lesión patrimonial causada a la obra o el servicio como consecuencia de la modificación impuesta por la Administración concedente, por razones de interés público.

c) Solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo.

Nuestro Código Civil no tiene una regulación general a favor del principio “Rebus sic stantibus” ; más bien, como ocurre con el contrato de obras por ajuste o precio alzado, el Código Civil, en el artículo 1189, se pronuncia en favor del “Pacta sunt servanda”: “El arquitecto o empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, y aunque se haya hecho algún cambio o aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario” (artículo 1189). Esta disposición es excepcional en el Código (“ius singulare” para este contrato), lo cual permite la interpretación de que en los demás contratos donde no existe esta prohibición sí está permitido el reajuste.

5.b. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Son pocos los fallos donde se hace referencia a la excesiva onerosidad sobrevenida. Entre ellos cabe destacar los siguientes:

EI TRIBUNAL SUPERIOR DE PUNTARENAS, en sentencia N. 924 de 15 y 5 hs de 6 de diciembre de 1990, sostuvo: “La Señora Juez a quo, aunque no lo señala, imprime a a su fallo un importante componente axiológico, cuando, al advertir una circunstancia lesiva en el contrato, pretende reducir el mismo a equidad por la vía señalada en el artículo 1023 del Código Civil dirimiendo de esta forma la clásica dicotomía entre las corrientes de pensamiento doctrinario que pugnan por el respeto a la voluntad exteriorizada en los contratos y su antagónica que permite la injerencia del Juez cuando una excesiva onerosidad sobrevenida rompe el equilibrio

convencional (*Pacta sunt servanda* vs. *Rebus sic stantibus*) o, en ausencia de circunstancias sobrevinientes la aplicación de la teoría de la lesividad contractual. No cabe duda que en los tiempos actuales donde la inflación generalizada ha distorsionado todas las expectativas económicas tanto interna como externa, no es posible que un sistema jurídico como el nuestro, de tradición germanico-romanística, pretender el cumplimiento a ultranza de la letra de los contratos... Son de nuestro estudioso del derecho, el Prof. Víctor Pérez Vargas, las siguientes acotaciones: "Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que debe buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquél... detrás de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra un principio que trasciende la materia de la resolución y explica el sentido de otras figuras jurídicas destinadas a la tutela de ese mismo equilibrio de intereses; es en el fondo el mismo principio que justifica el remedio de la rescisión por lesión... Particularmente, en el caso de la lesión, se ha admitido la posibilidad de una reducción a equidad..."⁽³⁶⁾...Tal revisión contractual sólo podría operarse en vía plenaria"

EL TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SEC. SEGUNDA en su resolución N°: 509 del 23/11/1994 09h 35m, manifestó: "Ciertamente los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Así lo establece

el numeral 1022 del Código Civil, norma que proviene de la máxima jurídica "*pacta sunt servanda*", locución latina que significa que "los pactos han de cumplirse". Véase: Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1988, página 229. Ahora bien, para atenuar los duros efectos de que los pactos han de cumplirse, encontramos la cláusula "*rebus sic stantibus*", que es "... Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos". En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación..." (Cfr. op. cit., página 53). A esta cláusula responde el inciso 1° del ordinal 1023 del Código Civil, en tanto establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.... Aquí es donde surge la excesiva onerosidad sobreviniente. Esta produce un desequilibrio de tal magnitud que rompe el principio de fidelidad al contrato. (Cfr. "La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina". Autor: Doctor Víctor Pérez Vargas. Revista Judicial número 4, San José, junio de 1977, páginas 57 a 77). Esa excesiva onerosidad sobreviniente fue, precisamente, lo ocurrido en autos. Cuando el demandado -[...] se dio cuenta que le era imposible mantener los servicios de piscina y vigilancia por veinticuatro horas, por los altos costos que para él representaban, les propuso a sus

36 Revista Judicial, N. 46, 1989, p. 157

inquilinos incrementar el precio del arriendo o que ellos se encargaran de pagar tales servicios, ellos no accedieron a tal solicitud y, por el contrario, presentaron esta demanda [...]. Demanda que contiene peticiones realmente inicuas para el accionado y que, por lo mismo, no ha de ser acogida, puesto que los actores carecen de derecho, al tenor de lo establecido por el precepto 1023 inciso 1º del Código Civil”.

El TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA en su sentencia No. 274, de las once horas del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y seis, dijo: Entre actor y demandado convinieron en un contrato de construcción, consistente en que el primero construiría una casa al segundo en playa Punta Leona. Inicialmente el metro cuadrado de construcción se pactó a treinta mil colones y se dijo que era precio fijo; pero luego esos términos se variaron y las partes convinieron en que la obra tendría un costo total de dieciséis millones quinientos mil colones. En principio y de conformidad con el precepto 1189 del Código Civil, el contrato efectuado por un precio determinado, como sucedió en este caso, debe respetarse. No obstante, al haber variado las partes los términos de ese contrato original, esa regulación inicial de treinta mil colones ha de considerarse cambiada y, entonces, el actor sí tiene derecho de cobrar la diferencia que se le dejó de pagar. Se trata, en la especie, de una aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", según la cual las obligaciones subsisten mientras las circunstancias originales no hayan experimentado fundamental modificación -cfr. Diccionario Jurídico Elemental. Dr. Guillermo Cabanellas de Torres. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988, página 53-. En el caso bajo examen, al haber variado las mismas partes

lo convenido originalmente, no están atadas por el precio en que inicialmente acordaron se regiría el contrato y esa circunstancia permite al actor que se le cancele el mayor valor que tiene la obra, en el estado en que avanzó, de conformidad con la experticia rendida en autos. Al menos así lo estima la mayoría de la Sección”.

El TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA en resolución N° 301 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de setiembre del dos mil tres, explicó: Los cimientos y génesis del fenómeno en cuestión se remontan a la doctrina científica alemana, -entre otros LARENZ-, donde se enuncia que la base del negocio jurídico es la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad comercial, de modo que si posteriormente esas circunstancias desaparecen o no llegan a existir, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su no realización, la parte perjudicada por ello tiene un derecho de resolución o de denuncia del contrato. Los citados planteamientos son aceptados e incluso ampliados tanto por la doctrina y jurisprudencia española y la argentina. Respecto al primer país, señala Gil Rodríguez: "En la primera vertiente bastará recordar cómo nuestro alto Tribunal empieza por describir la solución de otros Códigos (párrafo 323 BGB y art. 1.463 del Codice) para el referido supuesto de frustración del fin del contrato y se decide a afirmar que la solución es adaptable a nuestro Derecho, no sólo por razones evidentes de equidad y las deducidas de los arts. 1.256 y 1.258 CC, sino también al amparo del principio que veda el

enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado. Según esto, si la prestación que incumbe a una parte deriva de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas (STS de 9-XII.1983)" (Gil Rodríguez, Jacinto. Manual de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. Madrid-Barcelona. Segunda Edición. 1998. ps. 632-633). En la doctrina argentina Stiglitz sostiene: "Cuando se señala como factible la posibilidad de declarar ineficaz un negocio por "frustración del fin del contrato" se debe entender por "fin" o "finalidad" el tenido en vista por las partes, el considerado como resultado pretendido o aspirado por ambas partes o por una sola de ellas, siempre y cuando haya sido manifestado a la otra expresa o tácitamente, generando la posibilidad de que lo conozca. Esa finalidad debe ser esencial, interpretado ello en el sentido de que, de no alcanzársela, la parte que contrató en consideración a ese resultado, ve malogrado su interés negocial" (Stiglitz, Rubén S, Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998). De lo anterior se evidencia que la "frustración del fin del contrato" debe distinguirse de otras figuras como la imposibilidad de cumplimiento, del caso fortuito, de la fuerza mayor, del error y de las cláusulas resolutorias así como de la cláusula rebus sic stantibus".-

La SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Resolución N. 000346-F-03 , de las once horas cinco minutos del dieciocho de junio del dos mil tres, manifestó: "no resulta de recibo, al no ser dicha situación imprevista, pues el referido canon fue estipulado en el

mismo cartel de licitación sin que dicha empresa formulara objeción alguna; además, a pesar de esa alegación, el convenio fue prorrogado por un quinquenio más. Es menester indicar, como lo señaló el Tribunal arbitral y se estipuló expresamente en la cláusula segunda del contrato, que el hecho de la existencia de tratativas para revisar el monto del canon no resultan vinculantes, pues lo que prevalece es el convenio escrito y todas aquellas normas incorporadas al convenio. Corolario, el Tribunal arbitral no resolvió apegado a normativa excluida, por consiguiente, este argumento no resulta de recibo".

Recientemente, en la sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA número 000788-F-2005 de las nueve horas del veintisiete de octubre del dos mil cinco, se mantuvo la tesis contraria a la aplicación del principios que es objeto de este artículo.

Sin embargo, en esta misma sentencia existe un importante **Voto salvado** de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, que expresa:

La cláusula "rebus sic stantibus" y la denominada "teoría de la frustración del fin del contrato" tienen como común denominador: la equidad. En ambos casos la incidencia de un hecho posterior al perfeccionamiento del acuerdo coloca a una de las partes en una situación de evidente desventaja. El Derecho no ignora esta problemática ya que de aceptarse se cohonestaría un lucro indebido. Ha de tenerse presente que las partes, a través del contrato programan sus intereses económicos dirigidos a determinada actividad. La causa como elemento esencial del negocio jurídico señalará el motivo objetivo

u objetivado perseguido por los contratantes. De fracasar este propósito es claro que el acuerdo queda vacío de contenido axiológico; y que su ejecución será ilícita. En mérito de las razones expuestas, quien suscribe considera apegada a las normas referidas el fallo emanado del ad-quem, pues este se fundamentó en la siguiente normativa cuando dispuso: “La ineficacia por la desaparición de la causa corresponde a una resolución en sentido amplio, que impide mantener el vínculo obligacional por cuanto se trataría de una causa ilícita al desaparecer el motivo determinante que dio origen a la contratación. En nuestro derecho la resolución aludida proviene de la aplicación de los artículos 631 inciso 2°) y 632, de donde se infiere que la obligación fundada en causa ilícita o contraria a la ley pierde todo efecto, disposición que presenta estrecha relación con los ordinales 11, 21, 22 y 1023 del Código Civil”. Acorde a los citados preceptos, la resolución contractual viene impuesta por un principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico se inspira en las exigencias de la buena fe que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica. Lo contrario, supondría, sin duda, incurrir en un abuso del derecho así como propiciar un enriquecimiento injusto, garantizado como derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el canon 41 de la Carta Magna. Por ende, salva su voto y declara sin lugar el recurso con sus costas a cargo de la impugnante (numeral 611 Código Procesal Civil)”.

6. JUSTIFICACIÓN

Sobre la justificación de las anteriores ideas se han expuesto diversas teorías, entre ellas: **teoría de las presuposiciones de Windsheid, teoría de la voluntad marginal de Osti, teoría de la base del negocio de Oertmann, teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente, teoría de la “frustration” y teoría de la imprevisión**, pero todas ellas pueden considerarse como manifestaciones de un mismo principio de equidad.

Las concepciones subjetivistas, fundamentan la solución en la llamada “imprevisión” que para la doctrina es, más bien, una hipótesis de aplicación especial de la teoría de las bases del negocio. Como antecedente se cita a WINDSCHEID, como se sabe, voluntarista, quien planteó la teoría de las presuposiciones subjetivas y las concibió como condiciones no desarrolladas. Para este autor, “además de lo que las partes ponen en el contrato, está lo que ellas presuponen y... si llega a faltar este presupuesto que integra la voluntad contractual el acto celebrado pierde eficacia y las obligaciones que nacen de él dejan de existir por carecer de causa” (37).

Las concepciones objetivistas, por el contrario, ponen como fundamento el cambio en la base del negocio, entendiendo como base, las circunstancias conocidas para las partes que determinaron que el negocio se realizara. Para estas concepciones la patología se encuentra en la causa.

37 ALTERINI, op cit., ps. 445 y 448

7. CONCLUSIONES

Independientemente de que se busque una fundamentación subjetiva (en la teoría de las presuposiciones y en la concepción de la causa como motivo) u objetiva (en la concepción de la causa como función), cuando concurren los requisitos que he mencionado, el mantenimiento del contrato no está justificado, pues éste ha perdido su sentido originario, siempre que éste fuera conocido por las partes.

Sobre la justificación del incumplimiento y las posibilidades de resolución del contrato se sostiene que “si es posible constatar que el comportamiento ha dependido de la excesiva onerosidad sobreviniente, siempre que hayan sido respetadas las reglas de la honestidad y la buena fe, el incumplimiento será justificado y podrá darse lugar a la resolución del contrato sin más consecuencias” (38).

Tales soluciones encuentran su fundamento más general en el sobrevenir de hechos que inciden sobre la funcionalidad negocial. Se trata de la relevancia de los hechos sobrevinientes que afectan el equilibrio contractual, la composición misma de los intereses de los cuales el contrato es expresión.

La desproporción sobrevinida entre las prestaciones, la transformación de la base del contrato y su posible resolución, son temas comprensibles a partir de la deficiencia sobreviniente de la causa, la cual justifica la reducción a equidad, o la eliminación de la eficacia contractual, mediante la resolución judicialmente declarada.

El voto salvado de la Magistrada Escoto, que hemos transcrito, es pionero a nivel de Casación y es probable que en el futuro, como ocurrió con muchos votos salvados de Don Fernando Coto Albán, su tesis llegue a generar jurisprudencia.

38 Así: SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Vallardi, Milano, 1972, p. 292.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio, Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998
- ARIAS SCHEREIBER, Max en su obra Exégesis, tomo I, Studium, Lima, 1984
- BLACK, Henry, Law Dictionary, West, St. Paul, 1990
- CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto italiano, Morano, Napoli, sin fecha
- CICERÓN. Los Oficios, Espasa Calpe, Madrid, 1968
- DERAIS Yves, Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Gráficas J. Morales, Madrid, 1985
- EBIN, Deligning impracticability due to increased expenses. University of Florida Law Review, Vol. XXXII, Spring. N. 3, 1980
- ESPERT SANZ, Vicente, La frustración del fin del contrato, Ed. Tecnos, Madrid, 1968
- LARENZ, Karl, Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956
- Mc LAREN MAGNUS, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003,
- PÉREZ VARGAS, Víctor, Derecho Privado, LIL, San José, 1994
- PÉREZ VARGAS, Víctor, El cambio en la base del negocio jurídico y los principios del Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas, UCR, Colegio de Abogados, N-80.
- PÉREZ VARGAS, Víctor, Jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, N. 82, 2003
- PÉREZ VARGAS, Víctor, La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, N-4, 1977.
- PÉREZ VARGAS, Víctor, La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa Latinoamericana. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, N-46.
- PÉREZ VARGAS, Víctor, PÉREZ UMAÑA, Daniel, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice Uniform Law Review, NS. Vol.XI, Roma, 2006 1

- PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1983
- ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Robredo, México, 1960
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Vallardi, Milano, 1972
- SMITH AND ROBERSON'S, *Business Law*, Fifth edition, St. Paul, 1982
- SOTELA, Rogelio, *La Teoría de la Imprevisión*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N. 7
- STIGLITZ, Rubén S, *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998
- TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto Privado*, Giuffrè-editore, 1968
- TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1971
- UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts 2004*, Roma, 2004