

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 106

Diciembre 2012

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

SUMARIO

Presentación	
Dr. Víctor Pérez Vargas	5
El arbitraje en el campo de la construcción	
Dr. Roberto Yglesias Mora	9
La utilización de la contratación para el desarrollo sostenible: el marco legal de las compras publicas sostenibles (cps).	
Dr. Jorge Cabrera Medaglia	29
Comentarios a la ley de impuesto a las personas jurídicas	
Prof. Carlos Carrera	69
Algunas ideas en torno a los derechos humanos de la persona adulta mayor	
Prof. Ricardo Valverde Gómez	77
Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: el concepto de validez empírica	
Prof. Miguel Román Díaz	93
Aspectos relevantes sobre circulación de títulos	
Lic. Ignacio Monge Dobles	101
Las ferias medievales y su aporte al derecho comercial	
Lic. Fernando Calderón Márquez	109
Responsabilidad de los funcionarios de aduanas en el adpic y en la ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual	
Lic. Carlos Cartín.....	127
Lic. Juan Diego Elizondo, Especialista en Derecho Comercial, UCR	
Lic. Juan Pablo Morales	
El contrato de factoreo: su relación con el contexto social y utilización en Costa Rica	
Licda. Irina Sibaja López	135
La ley General de telecomunicaciones (Ley 8642) y su reglamento.	
Licda. Alina Guadamuz Flores.....	147
Nuevos horizontes de la responsabilidad civil	
Dr. Víctor Pérez Vargas	169

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Ofrecemos, esta vez, colaboraciones sobre Arbitraje, Contratación Pública, Derecho Tributario, Derechos Humanos, Sociología del Derecho, Derecho Cartular, Historia del Derecho, Derecho Aduanero, Contrato de Factoreo y Derecho de las Telecomunicaciones.

El profesor y árbitro Dr. Roberto Yglesias Mora, en EL ARBITRAJE EN EL CAMPO DE LA CONSTRUCCIÓN, nos explica que la especialidad y las modalidades en el arbitraje, no son ciertamente algo nuevo: aparte del arbitraje comercial, se reconocen, cuando menos, el arbitraje en seguros, el de consumo, en inversiones, en el transporte marítimo y en propiedad intelectual. A su juicio, el interés en un arbitraje especializado en el ámbito de la construcción, tiene sustento en las necesidades propias de la actividad de la construcción de obras y en la solución ágil de controversias generadas durante el proceso constructivo, en beneficio no solo del sector de la construcción, sino de todas las partes intervinientes. Si el arbitraje pretende fundamentalmente la agilidad y la especialidad en la solución de conflictos patrimoniales, las disputas de la construcción y su necesidad intrínseca de una solución eficaz y rápida, constituyen un nicho natural y consustancial a la razón de ser del arbitraje. El Dr. Yglesias porpone una valoración del arbitraje en construcción, desde una triple perspectiva, considerando tres componentes básicos, hacia los cuales se va a dirigir el análisis, a saber: 1.) Desde la perspectiva de la materia del conflicto; 2.) Desde la perspectiva del Tribunal arbitral y su integración y 3.) Desde la perspectiva del procedimiento.

El **Dr. Jorge Cabrera Medaglia**, abogado especialista en Derecho Ambiental, Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental y del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica y Consultor internacional en Derecho Ambiental, analiza el marco jurídico aplicable a las compras públicas sostenibles en el país; el distinguido colaborador, en LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: EL MARCO LEGAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES, nos comenta que la compra de bienes y servicios por parte del Estado incluye una amplia gama de los mismos: materiales de oficina, equipos, mobiliario, vehículos, servicios de construcción y remodelación, etc. Nos informa que en los países desarrollados se estima que estas adquisiciones pueden oscilar entre un 10 y un 15 por ciento del Producto Interno Bruto. Ante esta realidad no es de extrañar que gobiernos y organizaciones hayan comenzando a plantearse de qué manera las decisiones de la administración pública al adquirir bienes y servicios puedan tomar en consideración aspectos ambientales. De esta forma, en el marco de los principios que rigen la contratación administrativa, se pretende que las compras se hagan cada vez más “verdes”. Su trabajo evidencia que los objetivos ambientales pueden ser logrados con el poder de compra del Estado. Inicialmente, por ejemplo, en algunos países, que han liderado este tipo de iniciativas, se ha logrado que se prefiera papel reciclado y establecer ciertos requerimientos mínimos de eficiencia energética en equipos.

El Prof. Carlos Carrera, en COMENTARIOS A LA LEY DE IMPUESTO A LAS PERSONAS JURIDICAS, se refiere a la LEY No. 9024 de 23 de diciembre de 2011, que grava a todas las sociedades mercantiles, sucursal de una sociedad extranjera o su representante, empresas individuales de responsabilidad limitada, inscritas o que en adelante se inscriban según la redacción del artículo 1 de la Ley 9024. Con independencia de la finalidad o propósitos fiscales que la ley persigue, el autor realiza una interesante contribución desde el punto de vista del Derecho Mercantil: considera equivocada la denominación pues la ley no crea un impuesto a todas las personas jurídicas (artículo 33 y 36 del Código Civil), sino solamente a aquellas que explícitamente regula en el artículo 1 citado. Son sujetos pasivos del impuesto los indicados en el artículo 1 de la ley 9024, no todas las personas jurídicas inscritas en los respectivos registros.

El Lic. Ricardo Valverde Gómez, Profesor de la Facultad de Derecho UCR y de la Escuela Libre de Derecho, abogado costarricense, Especialista en Derecho Internacional (UCR) y en Derechos Humanos (U de Chile). Consultor en temas políticos, electorales y de derechos humanos comparte con nosotros ALGUNAS IDEAS EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONA ADULTA MAYOR. Las ideas de este artículo tienen como base la intervención del autor en el acto de lanzamiento público del Proyecto “Observatorio de los Derechos Humanos de las personas Adultas Mayores”. AGECO, 17 de junio de 2008. Nos brinda una oportunidad para reflexionar sobre los alcances que tiene hoy en día la teoría y la práctica de los derechos humanos; una de las ramas más dinámicas del Derecho actual, cuya especialización constante nos lleva de las grandes generalidades consolidadas (v.gr. derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales), a espacios y niveles cada vez más concretos y específicos de desarrollo, para provecho de ciertos temas y sujetos, como las personas adultas mayores, que hoy se benefician directamente de esta evolución.

En el estudio WEBER DESDE LA ÓPTICA DE NORBERTO BOBBIO: EL CONCEPTO DE VALIDEZ EMPÍRICA, el **Prof. Miguel Román Díaz** tiene como objeto de reflexión el planteamiento que hace Max Weber en el punto primero de la segunda parte de sus escritos recogidos en el libro “Economía y Sociedad”. Para tal propósito toma en consideración el análisis que en sendos trabajos hace Norberto Bobbio, en relación con Weber. Este jurista italiano realiza algunas aportaciones en relación con la tesis que Weber expone en el texto objeto de estudio; en opinión del autor, tanto en “Max Webber y los Clásicos” como “Max Weber y Hans Kelsen”, es posible encontrar criterios para enriquecer nuestro análisis.

El **Lic. Ignacio Monge Dobles**, abogado, Notario Público y profesor universitario, dedicado al derecho comercial, al derecho contractual y al derecho informático. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales. En este artículo titulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE CIRCULACIÓN DE TÍTULOS, el Lic. Monge Dobles analiza los modos básicos de circulación de los títulos valores y de crédito, desde una óptica comercial y procesal, según la doctrina, legislación y jurisprudencia reciente en esta materia. Además, analiza el tema del endoso tardío y el endoso de facturas comerciales.

El **Lic. Fernando Calderón Márquez**, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, en LAS FERIAS MEDIEVALES Y SU APOORTE AL DERECHO COMERCIAL, analiza y confirma la importancia que tuvieron las ferias medievales en el desarrollo del Derecho Comercial. Nos relata que en la Edad Media renace la ciudad con un especial significado económico y es donde se desarrolla el comercio con variada intensidad según su situación geográfica y temporal y una naciente actividad industrial rudimentaria y artesana. En conexión con la evolución de la ciudad-Estado, en la Europa medieval nacen dos instituciones vinculadas al desarrollo del Derecho Comercial a partir del siglo IX: las ferias y los mercados. En los mercados se realizan ventas al menudeo para el abastecimiento de la población, con una reunión de comerciantes cada semana y un limitado radio de acción. Las ferias, por el contrario, eran verdaderas exposiciones universales que no excluían a nada ni a nadie, de venta al mayoreo, y con un radio de extensión bastante amplio. En un primer apartado, el autor se refiere a las circunstancias políticas y sociales que derivaron en la creación y desarrollo de las ferias medievales, así como también, hace referencia a su organización y puesta en ejecución. Posteriormente, se concentra en confirmar la importancia que tuvieron las ferias medievales en el desarrollo del Derecho Comercial a través de la creación de un Derecho Especial consuetudinario y su aplicación a través de tribunales especiales mercantiles.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE ADUANAS EN EL ADPIC Y EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Los **Licenciados Carlos Cartín, Juan Diego Elizondo**, especialista en derecho comercial de la Universidad de Costa Rica y **Juan Pablo Morales**, en RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE ADUANAS EN EL ADPIC Y EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, hacen un análisis acerca de las normas vigentes en Costa Rica que rigen la responsabilidad de los funcionarios aduaneros al momento de ordenar una suspensión de despacho de mercadería, cuando estos se encuentren ante situaciones de posible violación a derechos de propiedad intelectual. El objetivo de este estudio es esclarecer si existe alguna concordancia entre la responsabilidad genérica que poseen los servidores públicos por disposición de la LGAP, la existente en el ADPIC y en la Ley de Observancia para los funcionarios aduaneros. Para esto toman en cuenta 3 cuerpos normativos: El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC), la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante Ley de Observancia), y la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

La **Licda. Irina Sibaja López**, Licenciada en Derecho y Sociología de la Universidad de Costa Rica, participa con EL CONTRATO DE FACTOREO: SU RELACIÓN CON EL CONTEXTO SOCIAL Y UTILIZACIÓN EN COSTA RICA. Explica la autora que la situación del comercio actual y sus relaciones, se caracteriza porque uno de los rubros de los estados financieros de las empresas son las cuentas por cobrar, convirtiéndose en recursos inmóviles. Sin embargo, esto es consecuencia de la competencia y de la necesidad de capturar la mayor porción del mercado en el que trabajan, de ahí que la mayoría de las empresas han tenido que recurrir al ofrecimiento de créditos. Estas cuentas por cobrar implican, tanto costos indirectos como directos para las distintas entidades,

pero a la vez generan un aumento en las ventas directas de sus negocios. Con ello, se afecta el ciclo de conversión del efectivo, siendo el plazo de tiempo que transcurre entre los pagos que hace la empresa por los recursos productivos, hasta que reciben la entrada de efectivo. Periodo de tiempo que dependiendo de la empresa de que se trate, afecta la productividad de la misma, así como su liquidez. Por lo anterior, las condiciones mercantiles han llevado a la configuración de nuevas relaciones contractuales con el fin de reducir dicho ciclo, y garantizar en un menor periodo de tiempo mayor efectivo, sin perder la comercialización de sus productos o servicios por medio de los sistemas crediticios. Una de estas soluciones, es el Factoreo o también conocido como Factoring, siendo un costo de oportunidad para la empresa que hace uso de este tipo de mecanismo comercial, que les permite disponer de fondos al momento en que realizan las ventas por medio de la cesión de sus créditos.

La **Licda. Alina Guadamuz Flores** comparte con nosotros su novedoso trabajo RÉGIMEN DE ADECUACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LEY 8642) Y SU REGLAMENTO. En su opinión, con la apertura del mercado de las Telecomunicaciones en Costa Rica, fue necesario realizar un cambio normativo para que hubiera un ajuste de situaciones jurídicas a la nueva realidad del país. Los Transitorios IV y VII de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley marco para este sector, mencionan los términos “adecuación” o “adecuar”, para hacer referencia al procedimiento al cual se someterán los títulos preexistentes al año 2008, momento en que entra en vigencia dicha normativa. Sin embargo, no se indica ni el contenido, ni el alcance, ni el procedimiento de tal adecuación, por lo que existe un vacío legal en la LGT, que da paso a interpretaciones diversas. La Licda. Guadamuz determina que el mal llamado procedimiento de adecuación de Títulos Habilitantes, consiste en un procedimiento de Reasignación de bandas de frecuencias (Artículo 21 LGT). Lo anterior se desprende de su estudio detallado de la Disposición Transitoria IV, de la Ley.

Finalmente, ofrecemos nuestro trabajo, “NUEVOS HORIZONTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL”

EL ARBITRAJE EN EL CAMPO DE LA CONSTRUCCIÓN

Dr. Roberto Yglesias Mora
Arbitro

Es el arbitraje en el campo de los conflictos de la construcción de obras una verdadera especialidad arbitral? Es acaso una modalidad de arbitraje al que se le puedan atribuir características propias o elementos particulares? La especialidad y las modalidades en el arbitraje, no son ciertamente algo nuevo: aparte del arbitraje comercial, se reconocen, cuando menos, el arbitraje en seguros, el de consumo, en inversiones, en el transporte marítimo y en propiedad intelectual.

El interés en un arbitraje especializado en el ámbito de la construcción, tiene sustento en las necesidades propias de la actividad de la construcción de obras y en la solución ágil de controversias generadas durante el proceso constructivo, en beneficio no solo del sector de la construcción, sino de todas las partes intervinientes. Nos referimos a una de las actividades humanas e industrias, históricamente más dinámicas y de mayor movilidad económica y social, que ameritan a no dudar, una especial consideración, de frente al mecanismo del arbitraje de controversias. Si el arbitraje pretende fundamentalmente la agilidad y la especialidad en la solución de conflictos patrimoniales, las disputas de la construcción y su necesidad intrínseca de una solución eficaz y rápida, constituyen un nicho natural y consustancial a la razón de ser del arbitraje.

Proponemos aquí una valoración del arbitraje en construcción, desde una triple perspectiva, considerando tres componentes básicos, hacia los cuales se va a dirigir el análisis, a saber:

- 1.) Desde la perspectiva de la materia del conflicto;
- 2.) Desde la perspectiva del Tribunal arbitral y su integración, y,
- 3.) Desde la perspectiva del procedimiento.

Sección Primera.

LA MATERIA OBJETO DEL CONFLICTO.

La materia del conflicto, es la premisa a partir de la que se puede delimitar la ubicación del arbitraje en el campo de la construcción. La constatación de un conflicto en este campo, se logrará, en la generalidad de los casos, con la asociación del conflicto a un contrato de construcción de obras, o bien de un contrato de consultoría para la construcción, a partir de los que se van a generar las diferencias entre las partes que los han suscrito. En el entorno de los contratos de construcción, su constitución y ejecución, existe una considerable actividad y confluencia de intereses, incluyendo el de las partes interesadas, sus abogados, los profesionales de la ingeniería y arquitectura,

proveedores, y, de modo más amplio, el de las asociaciones de profesionales de la ingeniería y la arquitectura. Adicionalmente, se observa que la Administración Pública, a partir de leyes como la de la Contratación Administrativa y de Concesión de Obra Pública, vinieron a agregar más interés a la búsqueda de fórmulas óptimas para la solución de conflictos en materia de construcción.

Al efecto, vamos a considerar los principales componentes, elementos, intereses y circunstancias objetivas que acompañan al contrato de construcción:

- a.) Identificada su naturaleza, se debe estimar al contrato de construcción como una especialidad contractual, en atención a sus particularidades y su fisonomía autónoma, no solo por sus fines, sino por sus numerosas y particulares condiciones, propias de esos contratos y por los diversos intereses presentes en el desarrollo de un proyecto constructivo. No es el caso de analizar en detalle aquí las particularidades del contrato o los tipos de contratos de construcción, sino únicamente hacer una referencia general, para centrarnos en el tema del arbitraje en el ámbito de los conflictos sobre la construcción de obras. Podemos sintetizar un perfil muy básico y solo para los fines de este estudio, advirtiéndolo siguiente:
- Se trata en lo fundamental, de un contrato con obligaciones de resultado y no de medios. Las implicaciones de esta noción son relevantes a los efectos del arbitraje, porque exige que ese resultado, es decir la obra final, se encuentre ajustada a lo previsto y pactado por las partes, pudiéndose

afirmar, que una cantidad sustancial de los conflictos, sino la mayoría, se relacionan con problemas derivados de diferencias sobre las características y especificaciones previstas para las obras contratadas.

- b.) Por lo general, el contrato de construcción presenta un grado sustancial de complejidad y de detalles, con numerosas estipulaciones técnicas y jurídicas, así como anexos de estudios, presupuestos, planos, anteproyectos, diseños, especificaciones, estudio de suelos, etc. Además, frecuentemente es multiparte, al implicar a una diversidad de sujetos intervinientes con distintas responsabilidades relevantes: Aparte del propietario y del contratista constructor, normalmente se deben incluir profesionales que participan con distintas funciones, grados, responsabilidades y especialidades y en diferentes momentos y áreas del proyecto, como por ejemplo, en la consultoría previa a la construcción y luego en la inspección, supervisión o dirección, obras electromecánicas, etc., durante la fase de ejecución; luego también son usuales las empresas subcontratistas, y, finalmente, los proveedores cuyos materiales y suministros pueden eventualmente ser motivo de conflicto y afectar el producto final construido. De modo que, no solo la contratación resultará compleja en gran cantidad de casos, sino además, la misma ejecución del contrato va producir numerosos eventos y circunstancias, que pueden tener importancia en el futuro proceso arbitral y de las que, por ende, las partes y el Tribunal, deberán tener amplio dominio.

No obstante lo anterior, en la práctica profesional, tanto de los abogados como

de los profesionales en ingeniería, los contratos de obra no siempre reflejan esa natural complejidad y es frecuente, que no se tomen las previsiones contractuales necesarias para prever y atender adecuadamente eventuales problemas serios del proyecto, tanto técnicos como jurídicos. Asimismo, con frecuencia no se registran hechos relevantes de la ejecución contractual, lagunas y omisiones que contribuyen a los conflictos en la construcción y a dificultar su solución¹. Debe existir un esfuerzo conjunto de los profesionales de la construcción y de los profesionales en Derecho de la construcción ², para mejorar los contenidos de los distintos contratos de obra y auspiciar la aplicación de modernos modelos de contratación y subcontratación, para seguridad de las partes y para facilitar su interpretación y ejecución.

- c.) Mención especial merece el contrato de obra pública y que por sus características propias, daría lugar a un modalidad especial dentro del arbitraje de construcción. Como tema primario de interés, se observan algunas controversias sobre la arbitrabilidad en esta materia, debido particularmente a criterios de la Procuraduría General de la República y por los que ha cuestionado el uso de la vía arbitral ³. No obstante,

la posibilidad de arbitrar conflictos derivados de la ejecución de contratos de obra pública, encuentra sustento en varias leyes, entre ellas, la Ley General de Administración Pública de 1978 (art. 27.3); el Código Procesal Civil, artículo 530 infine para el juicio pericial; la Ley de la Contratación Administrativa de 1996 (art. 61); la Ley RAC #7727 de 1997 (art. 18 infine), que establece una autorización genérica para que El Estado sea parte en procesos arbitrales; La Ley de Concesión de Obra Pública de 1998 (art. 4 y art. 3.3. de su Reglamento) y, finalmente, el Código Procesal Contencioso Administrativo del 2006, en su artículo 79, que sin mencionar expresamente al arbitraje, abre la posibilidad para que las partes acudan a mecanismos alternos de solución de conflictos. En la práctica se han dado y se siguen promoviendo arbitrajes en proyectos de obra pública con empresas nacionales y extranjeras, siendo conocida la vieja práctica de las entidades financieras internacionales, al financiar proyectos de obra pública, de insertar un acuerdo arbitral, lo que en nuestro país fue fuente de varios importantes procesos arbitrales ad hoc de construcción de obra pública en las décadas de 1980 y 1990. En la actualidad se siguen presentando arbitrajes en que participan El Estado o sus instituciones, siempre y cuando versen sobre materia

1 Lo anterior pese a la existencia del libro de Bitácora de la obra, en el que se deberían anotar no solo cuestiones técnicas, sino un record cronológico consistente de eventos y problemas importantes de su ejecución, en general, para lo que deberían moderarse las restricciones de uso actuales.

2 La formación de abogados especialistas en la construcción no se debe ver solo como una meta profesional privada, sino que debería considerarse por las escuelas de leyes y el Colegio de Abogados, favoreciendo al derecho de la construcción y la calidad de los servicios profesionales.

3 Cfr. Alvarado Roldán, M., y otros El Arbitraje Administrativo, edit. IJSA, S.J. 2000, p. 106 y sigs. Se ha estimado que la normativa existente es insuficiente para arbitrajes que involucren a El Estado, que no son claras las materias arbitrables, quedando excluidos conflictos de derecho público.

patrimonial y no sobre materias que abarquen potestades de imperio de la Administración Pública. La Sala Constitucional ha mostrado apertura hacia esta modalidad arbitral, si bien resulta conveniente una regulación más precisa para este tipo de arbitrajes ⁴.

El arbitraje en disputas por obras públicas, presenta sin duda una especial importancia por lo complejo y cuantioso de las obras, como es el caso de aeropuertos, puertos, centrales hidroeléctricas, obras viales, y concesiones de obras públicas en general, etc., a lo que se agrega un interés general en ellas, ameritando una mayor atención, tanto desde un punto de vista jurídico-legal, como también por parte de los gremios de profesionales de la ingeniería y arquitectura, así como de las instituciones gubernamentales promotoras de obras públicas.

d.) Paralelamente se puede constatar el desarrollo de doctrina jurídica especializada en torno a los contratos de construcción, tanto desde el ámbito del derecho civil, como mercantil, así como desde la contratación administrativa, que analizan las distintas modalidades de contratos y sus características ⁵.

e.) Se cuenta asimismo con diversas regulaciones en el ámbito de la construcción, en su mayoría emitidas

como normas de calidad, de seguridad y sobre el ejercicio profesional de la ingeniería y la arquitectura, emanadas principalmente del CFIA y de instituciones públicas ⁶. Nuestro Código civil mantiene sus antiguas regulaciones sobre el arrendamiento de obras (arts. 1183 a 1195. C.c.)⁷, disposiciones a partir de las que se identifican y advierten principios y reglas particulares aplicables a los contratos de construcción.

f.) De parte de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, así como de los tribunales arbitrales locales, se han dado valiosos aportes al estudio de los contratos de construcción, especialmente relacionados con problemas derivados de su ejecución, emitiéndose criterios sobre temas como la equidad, la buena fe contractual, el abuso de derecho, el incumplimiento, el cambio de circunstancias, el reajuste o no de costos, la subcontratación, la intervención de las obras, la cláusula penal, vicios ocultos, etc. temas que, si bien no son exclusivos de los contratos de construcción, han tenido un desarrollo particularmente importante en este campo.

g.) Se ha dado una profusa producción de dictámenes y opiniones de la Contraloría General de la República en torno a problemas históricamente presentes en la ejecución de contratos de construcción

⁴ Vid. Voto #1079-93, Sala Constitucional.

⁵ Vid. Herrera Catena, La Responsabilidad en la Construcción, Granada, 1983; Fernández Costales, El contrato de arquitecto en la edificación, Revista de Der. Privado, Madrid, 1977; Alterini, A. y otros, Contratos de Locación, Buenos Aires, 1994; Rubio San Román, La Responsabilidad en la Construcción, Madrid, 1987, entre otros.

⁶ La más relevante legislación es la Ley de Construcciones, junto con su reglamento ejecutivo y las legislaciones y reglas urbanísticas.

⁷ El concepto de "arrendamiento" por servicios de obra o "locación" de obras, actualmente resulta obsoleto y amerita ser sustituido. v.g., por el de contrato de obra.

de obra pública, como por ejemplo en punto a circunstancias emergentes, a variación de costos, al reajuste de precios, a la subcontratación, a ejecución de garantías, etc. ⁸

h.) Se debe además señalar las contribuciones que a nivel principalmente internacional, aportan los profesionales en derecho y sus organizaciones en este ámbito. Existen gremios y asociaciones profesionales de la abogacía de la construcción, que la impulsan como una auténtica especialidad profesional. En ese contexto, el arbitraje se considera una herramienta altamente útil para dirimir los conflictos de la construcción. El ejercicio de la abogacía de la construcción a nivel internacional, constituye en los Estados Unidos una especialidad profesional muy dinámica: son los llamados "Construction Attorneys," especializados en la elaboración de las más complejas formas contractuales de contratos de obra para grandes proyectos, así como en la atención profesional de los conflictos que generen, existiendo varios miles de abogados especialistas en esa rama profesional. El desarrollo y auspicio de contratos modelo de construcción, ha sido una labor profesional privada muy valiosa tanto de abogados como ingenieros, modelos que brindan claridad y seguridad a las partes, facilitando la solución de conflictos.

i.) Por su parte, las asociaciones de ingeniería a nivel internacional, han buscado desde hace varios años

mecanismos y fórmulas para la atención ágil y eficaz de los conflictos de obra, al punto que han propiciado vías alternativas al propio arbitraje de construcción (y a la mediación), con fórmulas más rápidas y técnicas, buscando no afectar el desarrollo de las obras. Para ello se ha propuesto modernizar y estandarizar los contratos de obra internacionales para que incluyan mecanismos especiales de solución de disputas, como los denominados Dispute Boards o paneles de expertos o comités técnicos. La Federación Internacional de Ingenieros Consejeros, FIDIC, con sede en Suiza y que es la más importante a nivel internacional, está promoviendo esa alternativa, así como varios contratos modelo para construcción, incluyendo un modelo de subcontrato.

Los Dispute Boards han tenido éxito en países como Inglaterra y los Estados Unidos y consisten en comités técnicos constituidos desde el inicio del contrato y que están presentes durante toda su ejecución. Los miembros del comité ayudan a las partes a resolver problemas que surgen en las obras, tomando decisiones en torno a disputas técnicas. No son árbitros, sino personas conocedoras del contrato y de las obras que se desarrollan, pero cuyas decisiones no tienen el valor legal de un laudo arbitral. Los Dispute Board pueden estar revisando las obras periódicamente, recibiendo reportes sobre su desarrollo y emitiendo sus recomendaciones que las partes acatan. Si alguna no es acatada, surge entonces la alternativa de la vía arbitral. La

⁸ Cabe mencionar la existencia de una sección especializada en la Contraloría y que es la División de Contratación Administrativa, a cargo de la revisión de ese tipo de contratos de obra y una División de Jurisprudencia administrativa en www.cgr.go.cr.

intervención del comité de disputas, tiene por ende las ventajas de ser inmediata, económica, de calidad, resolutive del conflicto, permitiendo preservar la armonía en el proyecto de construcción al disminuir o impedir el escalamiento de los problemas y diferencias entre las partes. La CCI también ha desarrollado con éxito reglamentaciones para constituir y regular los servicios de paneles técnicos para los grandes proyectos de construcción.

Se puede concluir que esta fórmula alternativa, viene a superar algunas limitaciones que ofrece el arbitraje, como es su relativa lentitud para atender disputas de construcción que exigen soluciones ágiles y mientras las obras están en proceso. Como reacción se ha buscado introducir un proceso arbitral de cien días máximo para resolver problemas de construcción, considerando las necesidades propias de este tipo de conflictos⁹. Ciertamente los Dispute Boards, más que sustituir el arbitraje, vienen a ser un complemento conveniente para atender oportunamente disputas y conflictos de índole técnico. No existe en nuestro medio impedimento legal para implementar estos mecanismos de colaboración y solución técnica de disputas, y que resultarían de gran utilidad en la construcción. El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de C.R., así como la Cámara Costarricense de la Construcción, son protagonistas de primer orden para impulsar este tipo de fórmulas en el medio nacional de la construcción, propiciando la organización de servicios técnicos ágiles de solución de dife-

rencias, en beneficio de la construcción, así como de la sociedad costarricense.

En conclusión, la especialidad del arbitraje de la construcción desde el punto de vista de la materia, proviene de las características propias de los contratos de construcción, de su dinamismo intrínseco, de sus necesidades durante la fase de ejecución, así como de su trascendencia social y económica para la sociedad actual.

Es factible clasificar la materia objeto de un proceso arbitral sobre construcción, al menos en tres categorías básicas: como conflicto jurídico, como un conflicto técnico, o bien como uno mixto. En lógica de principio y de modo abstracto, se podría estimar que para el primer caso correspondería un arbitraje de derecho; para el segundo, un arbitraje en equidad o pericial sumario y para el tercero, un arbitraje técnico-jurídico. Como veremos seguidamente, tales divisiones, que parecieran naturales, resultan polémicas y no han encontrado una clara aceptación en la práctica nacional y tampoco en el arbitraje internacional ¹⁰.

Sección II
EL TRIBUNAL.

Con ocasión del anterior señalamiento, se debe advertir que la integración del tribunal arbitral en un conflicto sobre construcción, requiere de la mayor atención.

9 Es un esfuerzo auspiciado por La Sociedad de los Árbitros de la Construcción de Inglaterra, que propicia además procedimientos arbitrales abreviados y el arbitraje "Fast Track".
10 La experiencia internacional es de que solo de un 3 a un 4% de los arbitrajes son en equidad y la regla es que sean de derecho, regla que debemos poner, cuando menos en duda, para el caso del arbitraje en construcción.

De acuerdo con el tipo de arbitraje que corresponda al caso en concreto, así debe integrarse el cuerpo arbitral, lo que, no obstante en la práctica, no siempre ocurre así.

1.) Tipos de arbitrajes y problemática en su definición.

Los tribunales arbitrales en el campo de la construcción, se pueden clasificar, bien como tribunal de derecho o bien como tribunal de equidad. Esta última modalidad genera diversas implicaciones al confluir en ella variables en el significado de lo que puede entenderse por "equidad" ¹¹: Conviene tener presente, que la equidad, carece de un significado unívoco, presentando tradicionalmente distintos sentidos, a saber y al menos como: i)Equidad en un sentido técnico y científico; ii.)Equidad de acuerdo con un ideal personal de justicia (sea como virtud moral, como justicia distributiva, conmutativa, proporcional, etc.)¹²; iii.)Equidad basada en la experiencia personal del juzgador, lego en la materia del conflicto y iv) Equidad combinando las anteriores opciones. El carácter polifacético de la equidad así entendido, resulta propicio para generar ambigüedades e imprecisiones al suscribir, interpretar y ejecutar un acuerdo arbitral, y en especial en lo tocante a la integración y designación del Tribunal arbitral que conocerá de un conflicto específico.

Debe tenerse además en cuenta, que un Tribunal de equidad puede estar conformado por legos, prácticos, técnicos, juristas, ingenieros, arquitectos y por profesionales de

otras profesiones. Esta gama de posibilidades puede conducir a la integración de tribunales técnicos, periciales, en conciencia y en justicia para resolver el mismo conflicto, desde esas distintas perspectivas. Se abre así un abanico de opciones en cuanto al tipo de tribunal a designar, que han generado y siguen generando dudas y confusión en la propia naturaleza del conflicto, así como del tipo de Tribunal y tipo de arbitraje a realizar. De allí que sea recomendable y razonable, que, al momento de formalizar el acuerdo arbitral, los interesados tomen las previsiones necesarias para evitar ambigüedades como las señaladas o para poderlas superar en un futuro, de sobrevenir un conflicto entre ellos.

La integración de tribunales mixtos, conformados tanto por abogados como por ingenieros, para conocer un conflicto de naturaleza mixta, sea, para considerar tanto el derecho como los conocimientos técnicos, no ha sido lo usual, a pesar de ser frecuentes los arbitrajes de la construcción con esta doble condición. El llamado juicio pericial o arbitraje pericial y sobre el cual ampliamos más adelante, se cataloga como un arbitraje de equidad, toda vez que el laudo que se dicte no tiene que considerar cuestiones jurídico-legales (arts. 533 y ss. del CPC).

Al hacerse la distinción tradicional entre arbitrajes de equidad y de derecho, tratándose de un conflicto (actual o futuro) sobre una construcción, se debe por lo expuesto considerar que:

11 La equidad, según Aristóteles, es la aplicación de una norma general, pero adaptándola al caso concreto, para hacer justicia, que de otra forma y por su generalidad, la ley ordinaria no logra. En el Derecho también se puede acudir a la equidad, al hacerse aplicación de la ley y para la interpretación de los contratos (arts. 11 y 1023 C.c.).
12 En este contexto, pesarán la jerarquía de valores personales del juzgador y la percepción interna sobre la proporcionalidad en las relaciones inter-humanas. Cfr. Recasens Siches, L., Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Edit Porrúa, México, 1963. p. 530.

a.) Son las partes, de consuno, las que usualmente determinan desde la génesis del contrato de obra, el tipo de arbitraje a realizar ante un eventual conflicto. Definición que no obstante, usualmente se hace sin tomar las precauciones necesarias. En su defecto, normalmente lo hará el centro arbitral institucional al que se le haya encomendado la administración del proceso. A partir de la firma de dicho acuerdo arbitral, ya desde ese momento, se puede estar sembrando el “pecado original”, que daría pie –de presentarse el conflicto-, a ulteriores problemas e inconsistencias, si no se toman ciertas previsiones: Así, por ejemplo, si se ha pactado un arbitraje de derecho y el conflicto requiere una valoración y una decisión eminentemente técnica, es decir, que la disputa es sobre problemas de ingeniería y no jurídica, pueden surgir consecuencias no deseadas, que comprometan la calidad del servicio arbitral. Por esa vía el arbitraje puede quedar descontextualizado y desnaturalizado: la práctica arbitral se ha encargado de señalar la inconveniencia de acudir al arbitraje de derecho cuando el problema real a abordar, resulta ser a la postre de índole eminentemente técnico, antes que jurídico-legal.

b.) Cuando el conflicto versa sobre un problema técnico de construcción, lo natural y la regla de partida, es que el Tribunal esté integrado por expertos en ingeniería; no se requiere legalmente, la incorporación como árbitro, de un profesional en derecho, pero nada impide que pueda ser así, según se desprende del artículo 20 de la ley de Resolución Alternativa de Conflictos (Ley RAC), al no contener una prohibición

legal concreta para que un Tribunal de equidad sea integrado también con profesionales en derecho o incluso por profesionales diferentes a la abogacía y a la ingeniería, lo que a pesar de poder resultar ilógico y contraproducente, no es ilegal (art. 20 Ley #7727). Al tener que fallar en equidad y no en derecho, los árbitros en casos de construcción deberán resolver conforme a las reglas del conocimiento en la materia objeto del conflicto, las que en el ámbito de la construcción, se sustentan en las reglas de la ciencia y de la técnica de la ingeniería. En este contexto, podemos referirnos a un “Tribunal técnico” y a un “arbitraje técnico en equidad”, de forma tal que la equidad se interprete como esencialmente asociada a los conocimientos técnicos y científicos y no a la conciencia, ni al sentido de la buena fe del árbitro, ni a la percepción y sentido de justicia (conmutativa, distributiva, etc.) que tenga el árbitro en su fuero interno, valoraciones que no guardan correspondencia con el tipo de razonamientos requeridos para resolver con acierto problemas de índole técnico constructivo.

c.) Por ello, un Tribunal de Derecho o aún de Equidad, pero integrado por profesionales en derecho, designado para decidir acerca de una disputa esencialmente técnica, encontrará, muy posiblemente, limitaciones para valorar *per se* los hechos del caso y poder dictar un laudo sólido, a no ser que a la vez sus miembros cuenten con conocimientos suficientes en el campo de la ingeniería, como sucedería si el árbitro es también ingeniero o arquitecto, o bien, si uno de los árbitros es profesional

(o versado) en ingeniería o arquitectura. Más adelante ampliaremos sobre esta importante temática.

2.) La presunción legal de la Ley RAC.

Existen otros obstáculos para la integración de un Tribunal arbitral adecuado para atender y resolver conflictos técnicos en materia de construcción: La legislación ordinaria, Ley #7727 de arbitraje doméstico o ley RAC, en su artículo 19, dispone que, de no haber acuerdo expreso entre las partes, se entenderá que el arbitraje es de derecho¹³. A su vez, el Reglamento arbitral del centro arbitral del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), repitió esa regla¹⁴. Se trata sin duda de una presunción legal que puede ser derogada por las partes mediante acuerdo expreso posterior. La presunción era innecesaria y resulta una ficción, toda vez que al no existir acuerdo al respecto, bastaría con la disposición legal indicando que el arbitraje se tramita, en ese evento, bajo la modalidad de arbitraje de derecho, sin perjuicio de ulteriores cambios o precisiones de las partes.

Conforme a lo considerado, resulta prudencial y más adecuado para el caso de los arbitrajes y conflictos de la construcción, aplicar la regla inversa, de modo que solo de haberse pactado expresamente, el arbitraje sería de derecho y de no ser así, de equidad. De esta forma habría una mejor correspondencia con

la naturaleza de la mayoría de los conflictos de construcción y se reafirmaría el carácter especial del arbitraje de construcción. La desaplicación de esa presunción legal, se podría lograr mediante un reglamento arbitral institucional autorizado por la Dinarac¹⁵ y que, para el caso del arbitraje en problemas de construcción y en ausencia de acuerdo de partes, disponga que el arbitraje será técnico en equidad. No encontramos razones de fondo que puedan justificar la imposición de la referida presunción legal en forma general y absoluta, siendo que se trata de materia y conflictos de interés privado¹⁶.

3.) El Tribunal de profesionales en derecho ante el conflicto técnico constructivo.

Retornando al caso del Tribunal arbitral integrado por profesionales en Derecho, y que es designado para resolver en derecho o en equidad un conflicto de naturaleza técnica, surgen varias cuestiones a considerar:

- i) El Tribunal que fallará en Derecho pero está ante problemas técnicos constructivos, tendrá en ese evento que acudir a informes y a opiniones periciales para poder abordar el fondo del conflicto; de otra forma difícilmente podrá hacerlo;
- ii.) Aunque esté conformado por profesionales en derecho, el Tribunal así integrado, puede ciertamente resolver

¹³ Por su parte, el artículo 28.3 de la Ley de Arbitraje Internacional, dispone que los árbitros pueden fallar en equidad solo si las partes así lo acordaron.

¹⁴ De igual manera se incorporó esa solución en las fórmulas preimpresas para contratos de construcción y de consultoría, emitidas por el CFIA.

¹⁵ La Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, es la entidad oficial a cargo de autorizar los centros institucionales, parte del Ministerio de Justicia.

¹⁶ La legislación española de 1988, determina que a falta de acuerdo expreso y si el arbitraje pactado es institucional, el reglamento arbitral podrá definir el tipo de arbitraje a realizar.

una disputa jurídico-contractual en equidad y no en legalidad. No existe impedimento legal para ello, puesto que la equidad también existe como principio jurídico y de convivencia, asociado a ideales generales de justicia, de proporcionalidad y de razonabilidad. Es decir, es factible llegar a una solución en equidad y en justicia en un conflicto jurídico de índole contractual sobre la construcción de unas obras, acudiendo a criterios que no sean técnicos del juzgador (porque no son requeridos en este tipo de casos) y basados en la experiencia e ideas personales sobre la equidad y la justicia aplicadas para el caso concreto, aún desaplicando la ley ordinaria, si bien dejando a salvo el orden público. Tal posibilidad convierte al árbitro en una especie de legislador para el caso, creando su propia solución basada en la equidad. Por ejemplo, podría ser más equitativo y justo al caso particular, acoger el reclamo de pago por una obra extra realizada, que conforme a la legislación ordinaria estuviera caduco, al no ajustarse a los plazos excesivamente breves contenidos en el contrato de una obra compleja. O bien, podría el Tribunal estimar como justo y equitativo, darle validez a la donación de unos materiales o equipos costosos, aunque no reuniera el presupuesto legal de una escritura pública, considerando que ese acto es de interés y naturaleza meramente privados y la equidad aconseja aceptarla.

iii.) Ahora bien, el que Tribunal arbitral conformado por profesionales en derecho

vaya a resolver en equidad una disputa eminentemente técnica pero aplicando criterios técnicos y científicos (para lo que tampoco tendrían impedimento legal) y ya no criterios de justicia general (v.g. aristotélica), nos lleva a una cuestión medular, acerca de cuál es el método, la opción o el sistema más adecuado y racional para laudar en esas circunstancias y adónde está o más aún, adónde debe estar en esa coyuntura, el interés del arbitraje como institución.

Al pronunciarse por el fondo, los árbitros de derecho tendrían que compensar el desconocimiento en materias técnicas, acudiendo al auxilio de un perito nombrado en el proceso o al de un asesor técnico directo y privado del Tribunal ¹⁷, posibilidades (ambas) que no escapan a polémicas, si se valora con objetividad la conveniencia e intereses de las partes y la mayor eficiencia del servicio arbitral. Llegado a esta medular temática, podemos agregar otras consideraciones: Si los árbitros carecen de conocimientos en ingeniería y para entender el problema y para poder llegar a una solución, dependen sustancialmente del criterio de un profesional en ingeniería, sea éste perito nombrado dentro del proceso o un asesor privado del Tribunal, es poco probable que un Tribunal así conformado, esté en capacidad, por ejemplo, de separarse del criterio técnico emitido por el asesor o perito, lo que lleva a una grave limitación en la valoración y en la decisión del Tribunal, cuya función de juzgar y de juzgar como especialistas en la materia que interesa, podría quedar así desnaturalizada. Se puede afirmar, en tesis de principio, que en esos casos el Tribunal no estará en capacidad

¹⁷ Esta última opción no es recomendable y puede entrañar una violación al debido proceso arbitral, al quedar las partes excluidas de participar de esas opiniones periciales privadas.

para laudar abordando *per se* el fondo de la disputa, al depender en lo fundamental del criterio de un perito externo a los árbitros. Habría asimismo una potencial limitación en las audiencias de pruebas para comprender en todos sus alcances las manifestaciones de testigos peritos y de los mismos peritos del proceso, y por ende para proceder el Tribunal a interrogatorios consistentes. Un Tribunal arbitral en materia de construcción, debe estar familiarizado con conceptos técnicos relativos a la ingeniería y conocer, v.g. cómo operan los servicios de consultoría y todos los preliminares de pre-ingeniería como el presupuesto, los estudios de suelos, movimientos de tierra; tener comprensión de diseños arquitectónicos y de planos constructivos, de cimientos, ruta crítica, órdenes de cambio, obras adicionales, de los cronogramas y para apreciar y valorar experimentos, pruebas técnicas y defectos constructivos o de diseño, etc. Este conocimiento y experiencia directa de los árbitros, garantizaría la calidad del laudo, así como la eficiencia en general del servicio arbitral, activándose esta modalidad arbitral a nivel de especialidad, condición que constituye una característica básica y una finalidad esencial del arbitraje moderno. Se podría afirmar que un Tribunal arbitral cuyos integrantes carecen de formación y de conocimientos especializados sobre la construcción, se acercan al juez ordinario, quien no tiene obligación de contar con conocimientos técnicos en materia de construcción y debe, por ende, acudir al auxilio pericial. Es esa una forma de resolver los conflictos, pero que no corresponde con el ideal arbitral de un juez especialista en

la materia, muy vigente en el arbitraje de conflictos de construcción y pueda así laudar mediante una decisión técnica apropiada e independiente, para la que fue seleccionado y designado. De otra manera, la ventaja del arbitraje sobre el proceso judicial, prácticamente se circunscribiría y reduciría a la rapidez en la solución del litigio.

En similar situación estará un Tribunal integrado solo por ingenieros, si aparte de temas técnicos debe resolver sobre aspectos jurídicos de fondo, dependiendo su valoración de un asesor jurídico externo. Si el Tribunal de equidad debe hacer algunas valoraciones sobre temas jurídicos, v.g. de incumplimientos contractuales, garantías, derechos o de leyes, etc., lo ideal es que un árbitro tenga la condición de profesional en derecho. Esta integración corresponde con lo que hemos denominado como Tribunal mixto, para lo que no encontramos impedimento legal, siempre que esté constituido como Tribunal en equidad.

Ciertamente si el conflicto versa sobre temas técnicos, lo natural y congruente es designar un Tribunal de Equidad, formado principalmente con expertos, y que en este caso serán profesionales en las ramas de la ingeniería o la arquitectura (y según el campo técnico involucrado), lo que conduce a un arbitraje que podría llamarse como técnico en equidad.¹⁸ Todo arbitraje que enfatice lo técnico, se ubica en el campo de la equidad, es decir, los árbitros resolverán el conflicto conforme a su leal saber y entender, debiendo acudir a sus conocimientos técnicos y científicos.¹⁹ Este tipo de Tribunal

¹⁸ Esta denominación ha sido causa de polémica y Colombia es uno de los pocos países que la reconoce en su legislación.

¹⁹ "En este caso, quien resuelva el asunto no es nombrado por su saber jurídico, sino por ser experto en la rama de conocimiento humano en la cual gira el conflicto. Por ejemplo un ingeniero o arquitecto en aspectos de construcción...". Sala Primera Civil, Voto #614-F-2007

debe contar con una asesoría jurídica; si bien no se ha considerado expresamente en el derecho patrio la obligación de incluir como árbitro a un profesional en Derecho en un Tribunal de Equidad para disputas técnicas, tal posibilidad es muy conveniente, especialmente cuando el conflicto es de naturaleza mixta.

De lo analizado se pueden advertir posibles incongruencias en la designación de un Tribunal para conducir un arbitraje en construcción, como sigue:

- a.) No es congruente constituir un Tribunal para laudar en Derecho, ni constituido por legos en ingeniería, para conocer y resolver un conflicto esencialmente técnico constructivo. Una tal integración resulta inadecuada, aunque no sea ilegal ni tipifique un supuesto de incompetencia (subjetiva), ni el árbitro sea susceptible de recusación, a menos que en el acuerdo arbitral se hubiese hecho la reserva para nombrar un Tribunal arbitral técnico o mixto, para el evento de un conflicto de esa naturaleza.
- b.) No es consistente la designación de un Tribunal de Equidad integrado solo por Ingenieros para resolver, aun sea en equidad, una disputa esencialmente jurídico-legal sobre un contrato de construcción o una disputa de naturaleza mixta.
- c.) Si el conflicto es jurídico y se designó *ab initio* a un Tribunal en Equidad, se puede afirmar, por lo ya expuesto, que los árbitros deberán ser profesionales en derecho y no ingenieros, quienes deberán resolver en equidad aplicada en sentido no técnico, para lo que no

existe impedimento legal. Podría resultar razonable también un Tribunal mixto. En estos casos, los centros arbitrales institucionales deberán estar atentos a la correcta integración del Tribunal.

Es ideal que al pactar el acuerdo arbitral, las partes tomen todas las previsiones y planifiquen en debida forma el tipo de Tribunal a integrar y las condiciones personales de los árbitros para el evento de una eventual diferencia. Una fórmula alternativa que puede evitar ambigüedades y discusiones, sería delegar en el centro arbitral la determinación de ambos aspectos: sea, el tipo de Tribunal, atendiendo a los alcances y naturaleza de la disputa, así como la designa de los árbitros idóneos para integrarlo, de modo que no quede predeterminado y precluido por anticipado por las mismas partes interesadas, la naturaleza del arbitraje y la del Tribunal a designar.

4.) El Tribunal mixto.

En el evento de un conflicto de construcción que presente tanto elementos técnicos como jurídicos legales, idealmente se debería conformar un Tribunal integrado tanto por ingenieros como por profesionales en derecho, con una relación de dos a uno, dependiendo si la balanza del conflicto se inclina hacia lo técnico o hacia lo jurídico legal. En la práctica, ni las regulaciones existentes, ni tampoco las partes consideran estas variables y la regla es que el acuerdo arbitral, sea en esos aspectos pactado “a ciegas”, al desconocerse la naturaleza del futuro conflicto y sin tomarse por ende, previsiones acerca de la integración del eventual tribunal arbitral y las condiciones que deben ostentar sus miembros. Es conveniente, en ese contexto, que el centro

arbitral institucional tenga la facultad de intervenir y propiciar la integración adecuada del Tribunal arbitral, sin perjuicio de que las partes puedan señalar, como primera opción, al árbitro de su preferencia, preferiblemente de una terna de especialistas propuesta por el centro arbitral.

Si el conflicto de construcción es de naturaleza esencialmente técnica y el Tribunal designado es de derecho porque así venía (inconsistentemente) propuesto desde el acuerdo arbitral o como resultado de la aplicación de la ley RAC, es razonable considerar la posibilidad de que sea integrado tanto por profesionales de la ingeniería y arquitectura como por abogados. Es decir, al menos por un profesional en ingeniería y por dos profesionales en derecho, aunque si el conflicto es técnico, el ideal es a la inversa, sea dos ingenieros y un profesional en derecho. De manera similar se dispondría, según se expuso, si el Tribunal acordado fue de equidad pero el conflicto surgido es de naturaleza mixta, porque incluye disputas tanto técnicas como jurídicas, eventualidad que es quizá la más frecuente. Si el Tribunal es de tres miembros, debería contar al menos con dos profesionales en ingeniería que hagan mayoría y un profesional en derecho, para que el laudo que se dicte sea con resguardo tanto de los aspectos técnicos del caso como jurídico- legales. Igual resultado y garantía se obtendría con árbitros que sean a la vez ingenieros y abogados. Con un Tribunal mixto, se busca garantizar la solidez del laudo tanto desde el ámbito jurídico-legal y procesal, como desde el punto de vista de la ingeniería.

La legislación vigente, no obstante, no está dando suficientes facilidades para la conformación de tribunales mixtos, si bien no

encontramos impedimento legal para hacerlo cuando se trate de arbitrajes en equidad.

5.) Debilidades de la legislación.

La Ley RAC vigente desde el año 1998, en su artículo 20, señala imperativamente que el Tribunal de Derecho debe integrarse exclusivamente con abogados y si es de equidad por cualquier persona, sin requerimiento alguno de profesión u oficio, salvo que las partes pacten otra cosa. Se indica además en esa norma, que el Tribunal fallará en conciencia y según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje, el sentido de equidad y de justicia de los integrantes. Esta normativa restringe claramente la integración de los Tribunales de derecho a profesionales en este campo. De otra parte, brinda mucha flexibilidad en la integración de los Tribunales de Equidad, al no exigir una capacitación especial de los árbitros, lo que puede conducir al nombramiento de árbitros sin idoneidad. En ese sentido dicha norma resulta inconsistente y potencialmente conducente a propiciar un desempeño arbitral inadecuado. Lo anterior se puede soslayar, según la misma norma, si las partes acuerdan de mejor manera las condiciones de los árbitros al pactar el arbitraje y según sea el tipo de conflicto que se desarrolle, facilidad que no obstante en la práctica no se acostumbra, menos aún si el conflicto ya ha dado inicio. La norma en cuestión señala además que el árbitro de equidad resolverá las controversias en conciencia, “*ex aequo et bono*”, es decir, conforme a la equidad y a la buena fe del árbitro, pero además agrega con ambigüedad, que el árbitro aplicará los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje, así como el sentido de equidad y justicia de los árbitros. El legislador confundió

así a los árbitros en conciencia, que no requieren conocimientos especiales y que fallan conforme a su percepción personal de la justicia y a su buena fe (*ex aequo et bono*), con aquellos árbitros de equidad, que no resuelven en conciencia, sino con aplicación de conocimientos especializados de la ciencia y de la técnica, lo que en el ámbito de la construcción, es conducente a la designación de profesionales en ingeniería y arquitectura. Por lo expuesto es recomendable una reforma legal para aclarar esas ambigüedades y redefinir esos conceptos.

6.) Casos.

El que se designen abogados en un Tribunal de Equidad, no implica que deban fallar necesariamente en derecho, llegándose a considerar que un Tribunal de equidad que invoca en su fallo normas legales, no viola necesariamente la equidad ²⁰.

Se ha tenido como bien integrado un Tribunal de Equidad formado por dos abogados y una administradora de negocios, la que fue electa por el Centro arbitral, con lo que se tuvo por cumplido el requisito subjetivo para interpretar que el Tribunal fue realmente de equidad y no de derecho, ²¹ caso que permite referirse a una integración mixta del Tribunal.

Se ha reconocido que los árbitros en equidad no deban apegarse a las normas materiales vigentes que podrían resultar aplicables al caso (Votos #642-F-00 y #154-F-2004, Sala Primera de la Corte Suprema).

Debemos insistir en las condiciones especiales que deben exigir los centros arbitrales cuando se designan árbitros de equidad para arbitrajes de construcción: Es esencial en esos casos mantener un control y una exigencia en las condiciones requeridas para arbitrar y laudar. La capacidad e idoneidad del árbitro de equidad para el caso, es la condición más relevante al momento de la integración del Tribunal arbitral. En el caso de los centros institucionales especializados, su nombramiento no debe en consecuencia depender tanto de un rol o lista, como de la idoneidad y especialidad del árbitro para el caso que interesa, siendo lo ideal contar con árbitros en distintas especialidades de la ingeniería. Se trata de que el árbitro reúna en estos casos los conocimientos idóneos, atestados y experiencia, que lo acrediten como un verdadero experto en la materia que se requiera. Son requisitos subjetivos a seguir meticulosamente en estos casos y por los que deben velar los centros institucionales para garantizar la calidad y eficacia del laudo en este tipo de arbitrajes, particularmente cuando les corresponde realizar la designación (Véase el Voto #614-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema).

7.) El Arbitro Perito.

Cuando el árbitro de equidad es un profesional en ingeniería o arquitectura y debe aplicar sus conocimientos científicos y técnicos en la solución del conflicto, se puede afirmar en términos generales y en lógica elemental, que va a actuar en calidad de perito ²². Esta

especializados y experiencia en el tema concreto que interesa.

No se trata en consecuencia de una solución basada en una equidad aplicada con sentido axiológico, sino en base a normas técnicas y científicas objetivas.

En el arbitraje se conocen y resuelven temas complejos, aunque sean esencialmente cuestiones técnicas de construcción. Aún en esos casos, difícilmente estarán libres de aspectos jurídicos y de valoraciones e interpretaciones sobre disposiciones contractuales, sin importar para ello que sea en equidad. De allí que es recomendable y prudencial que, antes de catalogar a un arbitraje como meramente técnico, resulte preferible referirse a un “arbitraje de construcción”, denominación capciosa, de origen anglo-sajón, que incluiría todo tipo de cuestiones técnicas complejas así como jurídico-contractuales, que normalmente acompañan a los conflictos de la construcción.

Sección III.)

EL PROCEDIMIENTO.-

1.) En términos generales, el arbitraje de construcción ha seguido en Costa Rica los mismos lineamientos procesales generales de la Ley RAC #7727, con algunas variaciones menores en el Reglamento Arbitral del CFIA, pero sin consideración real a la naturaleza particular del arbitraje sobre construcción²⁵.

²⁰ Cfr. Voto #891-2006, Sala Primera de la Corte Suprema.

²¹ En este sentido cfr. Sala Primera de la Corte Suprema, Voto #891-F-2006.

²² En sentido similar cfr., L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, en El Arbitrio de un Tercero en los Negocios Jurídicos, Edit. Bosch, Barcelona, p. 166.

condición no debe llevar a confusión con los llamados juicios periciales y árbitros peritos, cuyo origen está asociado con el desarrollo histórico del Derecho Mercantil y las prácticas comerciales ²³. El llamado juicio pericial como mecanismo de solución de conflictos, surgió históricamente para atender conflictos muy concretos y simples del comercio y relativos, v.g., a diferencias sobre el valor o calidad de una cosa, o para determinar un defecto específico en una obra. No se previó para discusiones complejas de tipo jurídico- legal, ni contractual. Nuestra legislación procesal civil vigente lo regula (arts. 530 y sigs. CPC), pero al ser su regulación muy similar al arbitraje, aunque más sencilla, su normativa ha perdido aplicación en la práctica, toda vez que los conflictos usualmente tienden a involucrar discusiones contractuales y aspectos técnicos complejos o jurídico legales. Se puede estimar como un mecanismo cercano a un arbitraje de construcción, aunque bien se podría denominar como arbitraje pericial,²⁴ dado que el perito arbitrador tiene plena jurisdicción, quien podrá emitir un laudo vinculante con eficacia de cosa juzgada material. La diferencia fundamental estriba en que en el juicio pericial se resuelven temas muy específicos y simples, sin que el perito arbitrador tenga que emitir pronunciamiento sobre cuestiones complejas, aún sean técnicas y menos se versan sobre cuestiones de interpretación de contratos de obra o sobre incumplimientos contractuales. El árbitro perito no requiere de la asesoría de profesionales en Derecho, confiándose la solución a sus conocimientos

²³ Cfr. FAIREN GUILLÉN, V. ,Temas del Ordenamiento Procesal, T. II, Edit. Tecnos, Madrid 1969, p. 1293 y ss.

²⁴ Fairén, ob. cit. P.1306.

²⁵ Históricamente, la Ley RAC se promulga en 1998 con el auspicio no solo del Poder Judicial, sino también bajo el impulso de sectores empresariales organizados y con la mira principalmente en la solución de disputas comerciales.

En ese contexto, se deben seguir y cumplir las fases y presupuestos del debido proceso arbitral para que el laudo tenga pleno valor y eficacia jurídico legal y pueda ser ejecutado coactivamente, de ser necesario. Para lo anterior, los tribunales de equidad en construcción, deberían contar al menos con un profesional en Derecho como miembro, o cuando menos con un asesor jurídico ²⁶.

- 2.) Es recomendable para el Centro arbitral institucional, aplicar un especial cuidado durante la fase prearbitral, con el requerimiento arbitral, pues allí puede detectar si la materia objeto del conflicto es técnica, jurídica o mixta, para que pueda tomar las previsiones del caso, y eventualmente reorientar la integración del Tribunal. También en esta etapa se puede detectar y lo puede hacer también el Tribunal en su caso y las mismas partes, si existe necesidad de acumular reclamos o procesos o de consolidar causas derivadas del mismo proyecto constructivo, para designar un mismo Tribunal arbitral y se dicte un solo laudo. Lo anterior considerando que en obras complejas, se pueden suscitar reclamos distintos, involucrando contratos y subcontratos, cuya consolidación es prudencial.

La experiencia local sugiere la necesidad de que los centros institucionales tengan más injerencia y supervisión en esta fase y contribuyan más activamente en la ejecución adecuada y oportuna de los actos prearbitrales.

- 3.) Es esperable que la prueba pericial de ingeniería o arquitectura que se

ordene, sea en estos casos objeto de un cuidadoso tratamiento, tanto por las partes, como por el Tribunal, así como por el mismo Centro arbitral. Es indispensable que el Tribunal ponga especial cuidado en la evacuación de esta prueba, resultando recomendable lo siguiente:

- a.) Contar con un listado cuidadoso y actualizado de peritos experimentados y organizados por especialidades de la ingeniería y arquitectura;
- b.) La determinación de la materia objeto de la pericia, para identificar el tipo de experto a designar;
- c.) La delimitación precisa de los aspectos puntuales sobre los que interesa la opinión pericial. En este sentido, el Tribunal debe tener un rol pro-activo, colaborando con las partes, dirigiendo y precisando los temas concretos de la pericia. La tendencia moderna, especialmente en este tipo de arbitrajes, es una actuación consistente y decidida del Tribunal, con miras a la identificación y determinación *per se* de la verdad real sobre el problema técnico surgido. El perito es un auxiliar del Tribunal y debe estar subordinado a sus instrucciones y ajustarse a los plazos que se le confieren. En este sentido es deseable una cercanía entre el Tribunal y el perito, sus actuaciones y su labor en general.
- d.) Se ha de procurar el nombramiento de un perito idóneo, para lo que el Tribunal y las partes deben conocer previamente sus

atestados, formación y experiencia y coordinando preferiblemente su designación con el Centro arbitral ²⁷.

- e.) Dado que las regulaciones arbitrales permiten celebrar una audiencia para escuchar e interrogar al perito y a su vez las partes pueden en esa oportunidad contrainterrogar con auxilio de sus propios consultores técnicos, se deberá organizar dicha audiencia con cuidado, definiendo los alcances de la participación de las partes y sus asesores, para resguardar el debido proceso, el orden y el equilibrio procesal.
- f.) El Tribunal debe estar en capacidad de revisar el informe técnico y pedir aclaraciones y correcciones y no solo las partes.

- 4.) Se ha discutido si el mismo Tribunal arbitral de equidad cumple el rol de perito o peritos del proceso en aquellos extremos del conflicto que requieran una opinión pericial. Está facultado el Tribunal emitir criterio propio en aspectos periciales, sin tener que acudir a un perito del proceso? La respuesta afirmativa es procedente, toda vez que si un Tribunal en equidad puede disentir y separarse de la opinión técnica de un perito del proceso acudiendo a sus propios criterios como expertos en ingeniería, podrán por consiguiente resolver el diferendo con fundamento en sus propios criterios técnicos y sin necesidad de designar a un perito en la materia, en la que el Tribunal es también perito. Tal posibilidad ha sido

avalado al menos en una ocasión por la Sala Primera de la Corte Suprema ²⁸, estimándose que no hubo violación al debido proceso arbitral. Puede resultar polémico que los árbitros como expertos en temas de ingeniería o arquitectura, resuelvan directamente en el laudo temas técnicos constructivos, sin contar las partes formalmente con la posibilidad de contradecir los argumentos técnicos del tribunal y que de haber existido un informe pericial separado, de un perito del proceso, habría sufrido el trámite usual de audiencia a las partes, con posibilidad de aclaraciones y adiciones. Ciertamente, cuando el Tribunal es de expertos en construcción, estarán capacitados para comprender y decidir *per se* sobre los aspectos técnicos debatidos, sin necesidad, usualmente, de acudir a terceros peritos. Similar situación se presenta con el árbitro perito del juicio pericial, que resuelve sin necesidad de designar a un perito, porque ya él lo es. El artículo 53 de la Ley RAC dispone que el nombramiento de peritos será facultativo para el Tribunal, de modo que, y aunque una parte lo haya propuesto, si el Tribunal es experto en el “*thema probandi*”, tiene la posibilidad, aunque no la obligación, de declinar el nombramiento de otros expertos. La cuestión puede parecer polémica, pero igual ocurre con los tribunales de derecho, en el que los árbitros son expertos en la materia y no requieren de un perito que sea experto en temas jurídico-legales.

²⁶ La figura de un “Secretario” de Tribunal puede cumplir con esta finalidad.

²⁷ La idea de que el Centro institucional no debe participar en el nombramiento del perito, ni en la determinación de ternas, ni formación de listas, usualmente conlleva inconvenientes y atrasos para el Tribunal.

²⁸ Así se admitió en el Voto #614-2007 de la Sala Primera, al considerar que: “Es cierto que el Arbitro fungió de manera análoga a la de un perito, pero al ser de equidad, dicha función estaba dentro de su competencia, porque debía verter un criterio... de acuerdo a su conciencia y a su conocimiento profesional. Considerara...las obras edificadas...su valor y...emolumentos.”.

5.) El Juicio Pericial regulado en nuestra legislación procesal civil vigente (arts. 530 y sigs.), propone un mecanismo más simple y breve al del arbitraje de la Ley RAC, pero igualmente el Laudo que se dicte goza de eficacia de cosa juzgada material, de modo que este proceso constituye una modalidad de arbitraje que busca dirimir temas muy concretos y en forma más ágil que en el arbitraje ordinario. El experto designado podrá, v.g., estimar el valor de una cosa, el justiprecio para una expropiación, constatar la calidad de materiales, el estado de una obra o sus defectos, etc. No le corresponde al árbitro perito emitir criterio sobre aspectos de derecho. Si bien la ley no establece en concreto el procedimiento a seguir por el árbitro -y son las partes o la ley especial y en su caso, quienes deberán definirlo-, resulta procedente la aplicación, al menos en forma elemental, de los principios del debido proceso arbitral, en consideración a que la misma legislación permite a las partes acudir al recurso de nulidad del Laudo²⁹. Por lo anterior, es conveniente, aunque no obligatoria, la asistencia de un asesor jurídico para el árbitro perito. La ley vigente de Expropiaciones de 1995, en su artículo 27, autorizó expresamente a los interesados a fijar el justiprecio de una expropiación de bienes particulares, mediante el referido arbitraje pericial, diferenciando con cuidado si la disputa es “...sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del

derecho o bien por expropiar...”, en cuyo caso, “...la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, mediante un arbitraje de derecho...”.

El árbitro perito, es un árbitro de equidad y no requiere fundamentar su decisión, pero si deberá ser expresa y categórica (art. 533 CPC). Esta normativa confirma la posibilidad de que el Estado y sus instituciones se sometan no solo a arbitrajes de derecho, sino también de equidad.³⁰

Esta modalidad arbitral se ha aplicada escasamente en el país, a pesar de tener un evidente potencial³¹, y no obstante contar con una legislación procesal que la avala. Coincide en alguna medida con los procesos arbitrales sumarios de construcción en el ámbito internacional, relativos a problemas simples o de montos bajos, como el “*Fast Track Arbitration*” de la AAA, o los Procesos Arbitrales abreviados, en las reglas inglesas de la CIMAR.

Para los centros institucionales nacionales y para el país, sería de gran utilidad la implementación formal y organizada de esta modalidad arbitral pericial para los fines indicados, siendo que se cuenta con respaldo legal suficiente en nuestro Ordenamiento Jurídico³².

6.) La implementación de las regulaciones modelo existentes para el arbitraje de la

construcción, puede resultar apropiado, en especial considerando el campo del arbitraje internacional.

Una de las principales regulaciones de este tipo se identifica como las reglas CIMAR (Construction Industry Model Arbitration Rules) del año 1998, auspiciadas por la Sociedad de Árbitros de la Construcción de Gran Bretaña, a las que se han adherido numerosas asociaciones profesionales de ingeniería y arquitectura. Esta organización plantea además un arbitraje de no más de cien días de duración. Esa normativa modelo, busca dotar al árbitro de suficientes potestades para llegar a la verdad real de la disputa y de la que se pueden destacar los siguientes aspectos:

El árbitro cuenta con poderes para designar expertos, nombrar asesores para que lo asistan en materias técnicas, puede dirigir inspecciones, hacer fotografías, conservar cosas o darlas en depósito o custodia a peritos y partes; puede ordenar pruebas técnicas de todo tipo, observar experimentos, ordenar la conservación y no alteración de trabajos, cosas o materiales. Asimismo puede consolidar procesos arbitrales por iniciar o en curso, relativos a distintos aspectos del mismo proyecto constructivo. Puede determinar cuáles documentos y clases de documentos deben mostrar las partes y cuándo. Determinará si los procedimientos serán orales y puede de oficio determinar los hechos relevantes. Determinará los plazos para que sus órdenes o directrices sean cumplidas por las partes.

Proceso Abreviado: Cuando la materia en disputa se puede determinar por el árbitro inspeccionando los trabajos, los materiales

o la maquinaria o similar, se prescinde de audiencias de pruebas y se lauda con base en documentos y declaraciones escritas.

Proceso Plenario: Se aplica a casos de construcción complejos, con peritos y audiencias orales.

El árbitro podrá notificar a las partes un borrador o proyecto de laudo o parte de él, para que hagan comentarios. Si el árbitro no ordena pruebas adicionales, emitirá el laudo final

Finalmente, el árbitro podrá darle seguimiento al cumplimiento del laudo, o instruir a una persona con poderes suficientes para que lo haga, asegurando el cumplimiento de lo resuelto.

Por su parte, la Asociación Americana de Árbitros (AAA) de los Estados Unidos, también ha propuesto reglas modelo para arbitrajes de construcción, distinguiendo si se trata de cuestiones simples o de montos bajos o no (Fast Track arbitration) o disputas complejas de construcción, en cuyo caso se acude a un procedimiento más detallado.

CONCLUSIONES GENERALES.-

1.) Los árbitros designados para resolver un conflicto técnico en el campo de la construcción, requieren de condiciones particulares de idoneidad, de conocimientos y experiencia, para garantizar tanto la solidez y eficacia del laudo, como la calidad en general del servicio arbitral. Los profesionales de ingeniería y del derecho que participen de procesos arbitrales, deben contar con la preparación y experiencia adecuadas para ello, estando llamados los gremios y colegios profesionales a promover su capacitación.

29 Aunque el art. 533 CPC remite al derogado artículo 526 CPC, no existe laguna legal, al estar regulado el recurso de nulidad en la Ley RAC.

30 Posibilidad que la legislación permite, pese al principio de legalidad que rige las actuaciones de El Estado.

31 Su aplicación principal se ha dado en casos de expropiaciones de fincas.

32 La misma normativa histórica del CFIA contempla la figura del perito en ingeniería para dirimir conflictos y al árbitro experto, por lo que es compatible y natural a dicha entidad, la organización en base a esa legislación, de un servicio de arbitrajes sumarios periciales en ingeniería y arquitectura, diverso al de los arbitrajes que administra en la actualidad.

- 2.) El tipo de Tribunal arbitral que se constituya, de derecho, de equidad o mixto, debe estar en función de los alcances del conflicto de construcción planteado y los interesados deben tomar las previsiones necesarias al suscribir el acuerdo arbitral, o delegar, preferiblemente, en el centro arbitral institucional la determinación del tipo de arbitraje y de Tribunal, así como las condiciones personales de sus integrantes.
- 3.) La legislación vigente y las regulaciones arbitrales institucionales, fueron concebidas para el arbitraje comercial. Es plausible la revisión de esas regulaciones arbitrales por aquellos centros arbitrales interesados en desarrollar una especialidad arbitral en este campo, de tal forma que respondan idóneamente a la naturaleza del arbitraje en construcción y sus necesidades.
- 4.) No se ajusta a la realidad del arbitraje en el campo de la construcción, la previsión legal de la Ley RAC, por la que se asume que el arbitraje se pactó en Derecho, salvo pacto expreso en contrario. La regla para el arbitraje en construcción debe ser la inversa y, más aún, es plausible que esa determinación tenga lugar hasta que inicie la fase prearbitral, durante el requerimiento arbitral.
- 5.) Es congruente y se debe impulsar la conformación de Tribunales mixtos en los arbitrajes en el campo de la construcción, sea tanto con profesionales en ingeniería como en derecho, de modo que se habilite un tratamiento

mixto al conflicto, dando como resultado un proceso y un laudo más acorde con la naturaleza de la mayoría de los conflictos de la construcción. Es decir, que exista la posibilidad de que el Tribunal no sea solo de Derecho, ni solo de Equidad, sino que se abra una tercera opción, permitiendo que los árbitros del Tribunal estén capacitados y facultados para comprender sobre las disputas, tanto técnicas como jurídico legales, sin afectar que unos árbitros lo estén en una área y otros en otra.

- 6.) Las reglas modelo que se han sugerido a nivel internacional para arbitrajes en construcción, permiten adaptar mejor los procedimientos arbitrales a la realidad del conflicto planteado, siendo plausible hacer diferencias en ellos según la gravedad y complejidad del conflicto. Además, por esa vía se puede brindar mayor claridad y certeza a las partes en un conflicto de construcción, tanto nacional como internacional.
- 7.) La implementación de los paneles de expertos (Dispute Boards), así como del llamado arbitraje pericial contemplado en el Código Procesal Civil, no encuentran impedimento legal alguno y su aplicación en el sector de la construcción debe ser bienvenido.
- 8.) La suma de estas consideraciones y conclusiones, arroja como resultado la necesidad de abrir espacio a una modalidad particular de arbitraje, que permita atender y resolver más adecuadamente los conflictos en el campo de la construcción.

San José, Costa Rica, 30 de mayo del 2012.

LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: EL MARCO LEGAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES (CPS).

JORGE CABRERA MEDAGLIA^{1, 2}

INTRODUCCIÓN.

El presente artículo pretende analizar el marco jurídico aplicable a las compras públicas sostenibles en el país.

La compra de bienes y servicios por parte del Estado incluye una amplia gama de los mismos: materiales de oficina, equipos, mobiliario, vehículos, servicios de construcción y remodelación, etc. En los países desarrollados se estima que estas adquisiciones pueden oscilar entre un 10 y un 15 por ciento del Producto Interno Bruto. Ante esta realidad no es de extrañar que gobiernos y organizaciones hayan comenzando a plantearse de qué manera las decisiones de la administración pública al adquirir bienes y servicios puedan tomar en consideración aspectos ambientales. De esta forma, en el marco de los principios que rigen la contratación administrativa, se pretende que las compras se hagan cada vez más “verdes”. Inicialmente, por ejemplo, en algunos países que han liderado este tipo de iniciativas se ha logrado que se prefiera papel reciclado; establecer ciertos requerimientos mínimos de eficiencia energética en

equipos, etc. Actualmente se busca utilizar el poder de compra del Estado para lograr objetivos ambientales.

El país no es ajeno a esta aspiración. En el 2008, con el apoyo de la Contraloría General y otras organizaciones, se elaboró un “Manual de Compras Verdes” que pretende servir de guía a las instituciones con el fin de que éstas incorporen aspectos ambientales en sus procesos de compra.

A nivel internacional, el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), recoge en el párrafo 15, el compromiso de elaborar un marco de programas en apoyo a las iniciativas regionales y nacionales para acelerar el cambio hacia modalidades de consumo y producción más sostenibles. Con el propósito de iniciar las labores en esta materia el Programa de Naciones Unidas para el Ambiente en conjunto con otras organizaciones, celebraron una reunión internacional en Marruecos, cuyos resultados y recomendaciones se conocen como el “Proceso de Marrakech”. Para la implementación del mismo se crearon Grupos

¹ Abogado especialista en derecho ambiental. Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental y del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Consultor internacional en derecho ambiental.

² Este artículo está basado en un Informe preparado por el autor en apoyo al Proyecto Piloto de Fortalecimiento de Capacidades en Compras Públicas Sostenibles, MINAET, Ministerio de Hacienda y PNUMA, 2010.

de Trabajo (GT), uno de los cuales (el GT3) ha abordado el tema de las compras públicas sostenibles. El GT 3 define el término como:

“... un proceso por medio del cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, trabajos y utilidades de manera que alcance valor económico en base al período de vida útil, en términos de generar beneficios no solo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, mientras se minimizan los impactos al ambiente”³

Las compras públicas sostenibles, a diferencia de las denominadas “compras verdes”, incluyen no solo consideraciones ambientales sino que abarcan además aquellas de índole social.

Este artículo describe brevemente el marco legal nacional aplicable, incluyendo la jurisprudencia administrativa y judicial relevante, especialmente Sentencias de la Sala Constitucional, Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y Oficios y Resoluciones de la Contraloría General de la República. Como parte del análisis se indican, los aspectos que eventualmente podrían ser objeto de modificación con el propósito de integrar las CPS en las compras costarricenses.

Asimismo, para la temática ambiental se ha identificado sentencias de la Sala y disposiciones legales que apoyan el concepto de CPS. En este orden de ideas existen dos maneras de abordar la inclusión de aspectos ambientales en las CP: a) requerir

el cumplimiento de aspectos ambientales a los oferentes como requisito de elegibilidad de la oferta. Un ejemplo de este enfoque lo constituyó el decreto No 30729-H-S publicado en La Gaceta del 2 de octubre del 2002, adiciona un párrafo al artículo 24 del reglamento de contratación administrativa, según el cual se dispone que no podrán participar en concursos o licitaciones convocadas por dependencias del sector público, las personas físicas o jurídicas que no tengan en operación el sistema de tratamiento de aguas residuales aprobado por el Ministerio de Salud; b) incorporar aspectos criterios ambientales (y sociales) en los mecanismos de valoración de las ofertas (de conformidad con el artículo 55 del reglamento de contratación administrativa) y en la ejecución de las obligaciones contractuales de los adjudicatarios. En este aspecto, como se explica con detalle más adelante, el marco jurídico actual permite la actuación discrecional de la administración (con los límites establecidos en la Ley General de Administración Pública artículos 16 y 160).

Con respecto al ámbito social, la legislación que aborda estos temas es sumamente amplia por lo cual únicamente se ha procedido a identificar si la normativa de contratación administrativa recoge y en qué medida algunos de los criterios sociales seleccionados. No obstante, con excepción del caso de las pequeñas y medianas empresas y las cuotas obrero-patronales, no existen disposiciones expresas en la normativa sobre contratación administrativa. La legislación revisada se ha enfocado en los siguientes sectores sociales⁴: a) igualdad

de género; b) igualdad de oportunidades a personas con discapacidad; c) PYMES; d) seguridad social (cuotas obrero patronales debidas a la Caja Costarricense del Seguro Social); g) se menciona el ejemplo de las disposiciones de la Ley de Biodiversidad en materia de concesiones de servicios no esenciales a organizaciones sin fines de lucro; h) legislación laboral aplicable.

1- Marco legal relevante y aplicable a spp.

1- Consideraciones generales sobre la sostenibilidad y los deberes de las autoridades públicas en materia ambiental.

En el país existe numerosa legislación ambiental que puede apoyar la integración del concepto de CPS en la contratación del Estado. Alguna de ésta se explica a continuación conjuntamente con la jurisprudencia de interés emanada de la Sala Constitucional.

1.1- Legislación y políticas generales.

En Costa Rica, el derecho de propiedad se encuentra reconocido en el artículo 45 de la Constitución.

Asimismo, el artículo 46 de la Carta Magna recoge la libertad de comercio o de libre iniciativa económica. Al mismo tiempo, este artículo establece el derecho de los consumidores y usuarios a la “protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz, a libertad de elección, y a un trato equitativo.” A la par de estos derechos constitucionales tutelables ante la

jurisdicción constitucional, el artículo 50 de la Constitución también garantiza “el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado,” y dispone que el Estado “garantizará, defenderá y preservará ese derecho.” La Constitución también reconoce el derecho a la salud por la disposición constitucional del artículo 21 que requiere al Estado proteger la inviolabilidad de “la vida humana.”

En general, existe un sólido marco constitucional que recoge y garantiza el derecho de la población a su salud y a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Este ha sido ampliamente reconocido por la Sala Constitucional, en varias resoluciones por lo menos desde 1993 y en muchas posteriores. La Sala Constitucional ha considerado que el derecho a un ambiente sano y el derecho a la salud constituyen derechos humanos de la Tercera Generación. Asimismo, la Sala Primera de la Corte y la propia Sala Constitucional, han venido a establecer la pertinencia de limitar el ejercicio del derecho de propiedad o de libre iniciativa económica por motivos ambientales. Por ejemplo, la Sala Primera de la Corte ha reconocido en diversas resoluciones la legalidad de restricciones al derecho de propiedad por motivos ambientales. Así, tratándose de la antigua Ley Forestal, en la Sentencia N° 26 de las 11 horas 15 minutos del 13 de mayo de 1994, la Sala Primera de la Corte manifestó que “Se trata de bienes con un régimen jurídico mixto; privados en cuanto a su titularidad, pero cumpliendo una función determinada por el interés público o común, en tanto limitación o restricción a la propiedad privada. Esta es la doctrina del artículo 45 de la Constitución Política. En tratándose de bienes de uso restringido, en cuanto limitaciones a la

3 Grupo de Trabajo No. 3, Procuring the Future”, documento presentado en el taller de Capacitación sobre Compras Públicas Sostenibles, Julio del 2009, México.
4 Existen otros sectores que potencialmente podrían ser considerados, como las poblaciones indígenas.

propiedad, ese régimen jurídico especial no implica necesariamente la expropiación y mucho menos la indemnización, pues los privados mantienen su titularidad.”

Por su parte, la Sala Constitucional también se ha referido al punto. Por ejemplo, en el voto N° 240-92 de las 9 horas del 31 de enero de 1992 y en el voto N° 1488-92 de las 16:03 horas del 3 de junio de 1992, manifestó ante la alegada violación del derecho de propiedad, de la libertad de comercio y del debido proceso por una orden sanitaria del Ministerio de Salud:

“Tampoco se evidencia ninguna violación al derecho de la propiedad del recurrente respecto a su negocio comercial. Con su actuación el Ministerio recurrido no limita arbitrariamente derecho alguno, simplemente, en ejercicio de las atribuciones que la ley le otorga, obliga al recurrente a observar la normativa vigente en materia de salud...El ejercicio de los derechos fundamentales, como la propiedad privada y la libertad de comercio no es irrestricto y deben limitarse por razones de bienestar social. El derecho a un ambiente sano, a la salud e integridad física también son derechos fundamentales que el Estado debe proteger”

En la Resolución No 5893-95 de las 9:48 horas del 27 de octubre de 1997, la Sala Constitucional declaró:

“Asimismo, esta Sala se ha manifestado reiteradamente en cuanto a la protección del ambiente como derecho fundamental. Su protección

ha sido intensa y, podríamos decir, hasta revolucionaria, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. De todo lo anterior, que es racional y constitucionalmente válido imponer limitaciones a la propiedad privada en pro de la conservación del medio ambiente y del patrimonio forestal.”

De esta manera se justifica, desde el punto de vista del Derecho de la Constitución, los límites al derecho de propiedad y la libre iniciativa económica en áreas de la defensa del ambiente, principio éste que contienen los artículos 46 y 50 de la Constitución Política, con el que se pretende un equilibrio entre conservación y producción, ambos intereses sociales. En síntesis, los artículos 46 y 50 de la Constitución Política sientan las bases del Desarrollo Sostenible. Estas normas legales han sido objeto de un profundo análisis constitucional que permite afirmar que el Desarrollo Sostenible es el modelo de desarrollo existente en la Carta Fundamental.⁵

La sentencia 6322-2003 recoge los principales desarrollos, a juicio de la Sala, del derecho ambiental y determina los principios que ésta ha identificado como rectores de dicha rama jurídica. Dice de manera textual el voto:

“ Previa a la reforma del artículo 50 de la Constitución Política, la jurisprudencia de este Tribunal reconoció la protección y preservación del medio

5 Por ejemplo, desde 1991 y particularmente a partir de 1993, aún antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política, la Sala Constitucional había reconocido la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

ambiente como un derecho fundamental (sentencia número 2233-93), al derivarlo de lo dispuesto en los artículos 21 (derecho a la salud), 69 (exigencia constitucional a la “explotación racional de la tierra”) y 89 (protección de las bellezas naturales), todos de la Constitución Política, con fundamento en las siguientes consideraciones.....

Es así como a partir de la reforma del artículo 50 de la constitucional, que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ambos derechos se encuentran reconocidos expresamente en el artículo 50 de la Constitución Política, que perfila el Estado Social de Derecho, de forma que la Constitución Política enfatiza que la protección del medio ambiente es un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la calidad de vida de todos, lo que hace necesaria la intervención de los Poderes Públicos sobre los factores que pueden alterar su equilibrio y obstaculizar que la persona se desarrolle y desenvuelva en un ambiente sano. De igual forma que el principio del Estado Social de Derecho es de aplicación inmediata, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado también lo es, de manera que se manifiesta en la doble vertiente de derecho subjetivo de las personas y configuración como meta o fin de la acción de los poderes públicos en general. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera razón de ser en que por definición los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos sino que tienen asimismo trascendencia en la propia estructura del

6 La numeración corresponde a los principios según el Voto de la Sala. No todos ellos se mencionan por carecer de relevancia para esta investigación.

Estado en su papel de garante de los mismos y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad. Asimismo, es importante resaltar que en la jurisprudencia constitucional el concepto de “ambiente” no ha sido limitado a los elementos primarios de la naturaleza, sea el suelo, el aire, el agua, los recursos marinos y costeros, los minerales, los bosques, la diversidad biológica en la flora y fauna, y el paisaje; a partir de los cuales se conforma el marco ambiental sin el cual las demandas básicas -como la alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación- serían imposibles.

Es importante resaltar que este término se ha entendido de una manera más integral, estableciéndose un concepto “macro-ambiental”, al comprender también aspectos relativos a la economía, en lo que se refiere a la generación de divisas a través del turismo y/o la explotación agrícola”

Adicionalmente, este importante fallo establece los principios del derecho ambiental, entre ellos, varios⁶ que permiten justificar la incorporación del concepto de SPP en la contratación estatal:

1.- De la tutela del derecho ambiental a cargo del Estado:
A partir de la reciente reforma del artículo 50 constitucional, para consagrar expresamente el derecho ambiental como un derecho fundamental, se establece también -en forma terminante- la obligación del Estado de garantizar, defender y tutelar este derecho, con lo cual, el

Estado se constituye en el garante en la protección y tutela del medio ambiente y los recursos naturales.

Es al tenor de esta disposición, en relación con los artículos 20 (sic)⁷, 69 y 89 de la Constitución Política, que nace la responsabilidad del Estado de ejercer una función tutelar y rectora en esta materia, según lo dispone la propia norma constitucional en comentario, función que desarrolla la normativa ambiental. Es así como el mandato constitucional establece el deber para el Estado de garantizar, defender y preservar ese derecho.

2.- Principio del uso racional de los recursos, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente:

Con fundamento en el principio establecido en el artículo 69 constitucional del “uso racional de los recursos naturales”, es que la Sala -en sus diversas resoluciones- ha establecido los parámetros constitucionales para el uso adecuado de los mismos; y en virtud de los cuales queda claro que la protección al ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político (desarrollo sostenible), para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras. Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y uso

de la tecnología, se obtengan no sólo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio:

3.- Principio de la calidad ambiental:

La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida; al igual que la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda y la educación, entre otros. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, reconocido en el artículo 50 de la Constitución Política, garantiza el derecho del hombre a hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, lo que implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo. El Estado también tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente; consecuentemente, debe tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación y, en general, las alteraciones producidas por el hombre que constituyan una lesión al medio.....

8.- Coordinación entre las diversas dependencias públicas a fin de garantizar la protección del medio ambiente:

En diversas oportunidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación

para el Estado –como un todo- de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados.

En esta tarea, por institución pública, debe entenderse comprendida tanto la Administración Central –Ministerios, como el Ministerio del Ambiente y Energía y el Ministerio de Salud, que en razón de la materia, tienen una amplia participación y responsabilidad en lo que respecta a la conservación y preservación del medio ambiente; los cuales actúan, la mayoría de las veces, a través de sus dependencias especializadas en la materia, como por ejemplo, la Dirección General de Vida Silvestre, la Dirección Forestal, y la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA); así como también las instituciones descentralizadas, caso del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el Instituto Costarricense de Turismo o el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados; tarea en la que por supuesto tienen gran responsabilidad las municipalidades, en lo que respecta a su jurisdicción territorial (cometido al que se hará referencia en específico en el próximo apartado).Ya con anterioridad –y en forma bastante clara- esta Sala se refirió al principio de coordinación de las dependencias públicas con las municipalidades en la realización de fines comunes -lo cual, obviamente se debe hacer extensivo a la relación que en esta importante función realizan

las instituciones de la Administración Central y las descentralizadas-, para lo cual se remite a lo indicado en aquella ocasión (sentencia número 5445-99, de las catorce horas treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve)....

De esta suerte, la protección, implementación y desarrollo de la materia ambiental resulta del mayor interés para la Nación, es que todas las dependencias públicas, incluidas las municipalidades, se encuentran en la obligación de “**coordinar sus cometidos**”, a fin de hacer efectivo el derecho ambiental y garantizarle al ciudadano una verdadera cobertura al derecho al ambiente.

Precisamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente reconoce este principio al disponer:

“Artículo 3. Participación conjunta para cumplir objetivos

El Gobierno fijará un conjunto armónico e interrelacionado de objetivos, orientados a mejorar el ambiente y manejar adecuadamente los recursos naturales.

A estos objetivos deberán incorporarse decisiones y acciones específicas destinadas a su cumplimiento, con el respaldo de normas, instituciones y procedimientos que permitan lograr la funcionalidad de esas políticas.”

Igualmente en materia social la Sala Constitucional ha reafirmado la naturaleza de Estado Social de Derecho y ha validado la existencia de normativa que favorezca a grupos sociales específicos. Al respecto pueden indicarse los votos 2002-05974 y 2794-03.

⁷ Se debe tratar de un error material del voto y en realidad debería considerarse que se refiere al artículo 21 (derecho a la salud).

En consideración del carácter introductorio de este acápite, resulta pertinente referirse al menos a la Ley Orgánica del Ambiente.

1.2- Ley Orgánica del Ambiente (Número 7554 del 4 de octubre de 1995)

Esta Ley procura dotar a los costarricenses y al Estado, de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El Estado mediante la aplicación de esta ley, defenderá y preservará ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación (art 1).

Dentro de sus principios se establece (inciso a) que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los Convenios internacionales y las leyes. **El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles**, que son de utilidad pública e interés social (art 2).

Otros principios son:

- a)...
- b) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de la Constitución Política.
- c) El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional.
- d) Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable,

conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes.

e) El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.

El artículo 4 fija los fines de la Ley:

- a- Fomentar y lograr la armonía entre el ser humano y su medio.
- b- Satisfacer las necesidades humanas básicas, sin limitar las opciones de las generaciones futuras.
- c- Promover los esfuerzos necesarios para prevenir y minimizar los daños que pueden causarse al ambiente.
- d- Regular la conducta humana, individual o colectiva, y la actividad pública o privada respecto del ambiente, así como las relaciones y las acciones que surjan del aprovechamiento y la conservación ambiental.
- e- Establecer los principios que orienten las actividades de la Administración Pública en materia ambiental, incluyendo los mecanismos de coordinación para una labor eficiente y eficaz..
- f- Esta Ley tiene carácter general o marco por lo cual sus preceptos son orientadores.

No obstante, la Ley Orgánica establece principios y contiene disposiciones que permiten apoyar la incorporación de criterios ambientales en las actividades del Estado, entre ellas las compras que éste realice.

Lo anterior puede deducirse del deber de coordinación institucional y de otros principios anteriormente descritos del derecho constitucional ambiental:

“III.- Obligación de las instituciones del Estado de cumplir con la legislación ambiental en su actividad ordinaria: El párrafo tercero del numeral 50 Constitucional señala con toda claridad que el Estado debe garantizar, defender y preservar el derecho de todas persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; lo que implica afirmar que los entes públicos no sólo están en la obligación de hacer cumplir –a los particulares y otros entes públicos- la legislación ambiental, sino también, ante todo, que deben ajustar su accionar a los dictados de esos cuerpos normativos tutelares. Las instituciones del Estado son las primeras llamadas a cumplir con la legislación tutelar ambiental, sin que exista justificación alguna para eximir las del cumplimiento de requisitos ambientales como, a manera de ejemplo, el estudio de impacto ambiental que exige la Ley Orgánica del Ambiente para las actividades que emprendan los entes públicos que, por su naturaleza, puedan alterar o destruir el ambiente.”

(sentencia número 2001-6503, supra citada).

Finalmente, numerosas sentencias de la Sala Constitucional han abordado las obligaciones del Estado y sus instituciones relacionadas con el desarrollo sostenible, entre ellas las que presentamos seguidamente (Voto 2441-2001):

“... resulta necesario resaltar el importante papel que tienen los gobiernos locales en lo que respecta a la protección y conservación del ambiente, que no se ve lesionada por las consideraciones hechas en el Considerando anterior. **En este sentido debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha sido constante en el sentido de que ha señalado que la protección del ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo– de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan el peligro la salud de los administrados..... En esta tarea, por institución pública, debe entenderse comprendida la Administración Central –Ministerios–, instituciones especializadas en la materia... y por supuesto, las municipalidades, entre otros.”**

1.3-Regulaciones generales sobre contratacion administrativa y la jurisprudencia administrativa o constitucional de interes

1.3.1- Disposiciones constitucionales sobre compras públicas.

Constitucionalmente, la contratación administrativa se regula en el artículo 182 de la Constitución Polítca al disponer: “Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.

Existe múltiple jurisprudencia constitucional en esta materia. Según la Sala (Voto No. 998-98), este artículo “.. desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, “toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”. El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea

Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el “medio idóneo para la selección del co-contratante de la Administración” (sentencia número 1205-96), tal y como lo concibió con anterioridad esta Sala, en sentencia número 3049-94, en la que indicó que la licitación: “[...], es un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista.” Precisamente, es el interés público el principio que da fundamento jurídico al procedimiento de licitación; motivos adicionales, pero complementarios, como el pretender las mejores condiciones técnicas y económicas para la Administración y el garantizar la igualdad de oportunidad para las posibles personas interesadas en contratar con ésta y el promover la

más amplia competencia, constituyen la justificación jurídica de la escogencia de la licitación como el medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa, como se indicó en sentencia número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos horas del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres: “El procedimiento de licitación pública a que ese artículo se refiere -artículo 182 constitucional-, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino además, en relación con el de los administrados. En términos generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. [...] Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un procedimiento de garantía» para el interés público.” También se indicó que la escogencia de la licitación pública “[...], no sólo tiene asidero en el artículo 182 supracitado, y la calificada doctrina que lo informa, sino además, en el principio de eficiencia de la Administración (ordinales 140.8 y 191 de la Constitución), así como en todas las garantías que derivan del régimen de la licitación” (sentencias número 0496-91 y número 0752-93, de las

dieciséis horas dieciocho minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y tres).

Y es en este sentido, que se concluye que los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, “[...], por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; [...]” (sentencia número 0787-94, de las quince horas veintiún minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro)”

1.3.1.1- Disposiciones legales relevantes en materia de contratación.

Ley de Contratación Administrativa Nº 7494 reformada particularmente por las Leyes 8511 del 14 de julio del 2006 y 8701 del 13 de enero del 2009 y su reglamento Decreto No. 33411-H del 27 de setiembre del 2006, constituyen las principales disposiciones legales aplicables al régimen jurídico de compras públicas en el país, con sus correspondientes interpretaciones administrativas y jurisdiccionales.⁸

La Ley regula con detalle la contratación administrativa en Costa Rica e incluye al menos los siguientes aspectos de interés: cobertura (art. 1); excepciones y

8 Existen sin embargo, numerosas leyes especiales (y cuando proceda sus respectivos reglamentos) que tienen procedimientos específicos, tales como: La Ley Nº 3503, Reguladora del transporte remunerado en vehículos automotores colectivos; Ley No. 6914 que reforma los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social que establece un régimen especial para la compra de medicamentos; la Ley No. 7339 sobre hidrocarburos; la Ley No. 7407 sobre sociedades anónimas laborales; la Ley No. 7762 sobre concesión de obras con servicios públicos; la Ley No. 7969 reguladora del servicio público de transporte remunerado d e personas en vehículos taxi; la Ley No. 8488, de emergencias y prevención del riesgo; Ley No. 8653 reguladora del mercado de seguros; Ley No. 8660 de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones y la Ley No. 8622, aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (que contempla un capítulo de compras estatales).

autorizaciones (art. 2); principios generales de la contratación, entre ellos eficacia y eficiencia; igualdad y libre competencia y principio de publicidad (artículo 4); derechos y obligaciones de la administración (artículo 10 y ss); derechos y obligaciones de los contratistas (artículos 17 y ss); prohibiciones (artículos 22 y siguientes); procedimientos de la contratación (artículos 27 y ss), incluyendo la referencia al uso de medios electrónicos en el artículo 40; el procedimiento de licitación (artículos 41 y ss), incluyendo la estructura mínima del cartel (que refiere a condiciones generales así como a **especificaciones técnicas y de calidad** en su artículo 42 inciso b y la elaboración de un sistema de evaluación de ofertas orientado a que la administración escoja la que mejor satisfaga el interés público). Se establece que la administración deberá motivar en el expediente, la incorporación al sistema de evaluación de factores de calificación adicionales al precio, tales como plazo y calidad, entre otros. Se regulan otras modalidades de contratación (artículos 51 y ss); regulaciones especiales de otros tipos de contratos (artículos 55 y ss, como por el ejemplo el reglamento de contratos de leasing del ICE); la obra pública (artículos 57 y ss), que incluye la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental (artículo 59); la concesión de gestión de servicios públicos (artículos 74 y ss); los procedimientos de urgencia (artículos 80 y ss); los recursos legales (artículos 81 y ss); las sanciones a funcionarios y particulares (artículos 93 y ss).

Específicamente, con respecto al sistema de compras del Instituto Costarricense de Electricidad, la Ley No 8660 del 8 de agosto del 2008 desarrolla un régimen especial de contratación en su Capítulo IV.

Por su parte, el Artículo 99, inciso f) de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos No. 8131 citada manda que la Dirección general de administración de bienes y contratación administrativa, será el órgano rector del Sistema de administración de bienes y contratación; por lo tanto, le corresponderá desarrollar investigaciones tendientes a confirmar los estándares de calidad; asimismo, promover técnicas que reduzcan los costos, mejoren los procedimientos y protejan el medio ambiente.

1.3.2- Análisis del Marco Legal a la luz de los criterios de la Contraloría y la Jurisprudencia Constitucional Relevante

En la interpretación e implementación de la legislación en materia de compras públicas juega un papel preponderante la Contraloría General de la República (CGR) como órgano constitucional (artículos 183 y 184) con amplias facultades de fiscalización de la hacienda pública a tenor de su Ley Orgánica (Ley N°. 7428 del 4 de noviembre de 1994). De allí que la misma haya emitida una importante cantidad de oficios e informes relacionados con el tema de la contratación administrativa, así como instrumentos normativos de diferente índole, por ejemplo el reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la CGR (R-CO-44-2007 del once de octubre del 2007).

Igualmente, la Sala Constitucional (Voto 998-98) se ha referido a los principios constitucionales de la contratación:

“En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros

constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.-de la libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia

en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; 6.- formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; 7.- equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en

la realización de los fines públicos de éste; 8.- **principio de buena fe**, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro; 8.- **de la mutabilidad del contrato**, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar; 9.- **de intangibilidad patrimonial**, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden

originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y 10.- **del control de los procedimientos**, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos..... Estos principios tienen reconocimiento tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y ya han sido desarrollados por este Tribunal en reiteradas ocasiones y con anterioridad a esta sentencia, de la siguiente manera: “[...], si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46, y con todo ello, al no sujetarse a los procedimientos jurídicos aplicables, violó, también, el principio de legalidad.” (Sentencia número 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos).”

Respecto a la aplicación del principio de igualdad⁹ en la contratación ha indicado la Sala:

9 Véase el reglamento a la Ley de Contratación artículo 2 y el Oficio de la CGR No. 388 de 1997 sobre los principios de la contratación administrativa, incluyendo la igualdad.

“ En refuerzo de lo dicho cabe indicar que las normas cuestionadas resultan válidas también, a la luz de los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de la libre concurrencia y su derivado, el de igualdad, cuya vigencia se vería comprometida de aceptarse en esta sede la tesis propuesta en la acción.- El primero de los principios señalados -libre concurrencia- tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, y su contrapartida está en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; su consecuencia inmediata es que impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, circunstancia que evidentemente no podría darse, si se permitiera la participación en el concurso de los funcionarios del más alto nivel en la República, o de sus parientes, quienes podrían utilizar ilegítimamente su posición para influenciar la escogencia final. Por el segundo de los principios indicados -igualdad- la Administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad, desde el inicio del procedimiento y hasta la adjudicación o formalización del contrato, lo que implica que no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventaja a ciertos concurrentes, o bien de perjudicarlos. Esa igualdad comprende, al menos, el deber de que las condiciones sean las mismas para todos los competidores y

que debe darse preferencia siempre a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración; su incumplimiento, violación, quebrantamiento o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que, como su consecuencia, fuere celebrado;”

En particular sobre las compras públicas sostenibles, existe el Voto No. 011210-2008 de la Sala Constitucional que indica en lo que interesa:

” El punto medular de este extremo de la consultar consiste en determinar si la figura de las “ compras verdes” atañe a la autonomía administrativa del ICE o si esa norma no la afecta.

El precepto consultado establece lo siguiente:

“ Artículo 12. Compras Verdes

Autorizase al ICE y sus empresas para que promuevan la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como de productos fabricados con ese material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables, que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública.

Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas, deberán dar un veinte por ciento adicional a los oferentes que, en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos, incorporan criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo, una vez terminada su vida útil.

La Proveeduría de la institución deberá incluir, en los carteles de licitación o de compra directa, criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos, para evaluar las licitaciones de conformidad con los criterios establecidos en el Reglamento de esta Ley”.

Es evidente que el párrafo 1 de la norma consultada establece una autorización y no una obligación para que el ICE o sus empresas promuevan la compra y utilización de materiales y productos que no impacten o afecten en menor medida el ambiente, con lo cual se no se le coloca en una posición más gravosa o vulnerable frente al resto de los competidores que intervienen en el mercado..... La figura de la “ compra verde” puede reputarse como una garantía del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 constitucional). El carácter transversal del Derecho Ambiental, obviamente, se proyecta a la materia de las compras públicas o adquisiciones de los entes públicos, los cuales al invertir los fondos públicos presupuestariamente programados, deben, en lo posible, garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.”

1.3.3 Fundamentos y aspectos legales a considerar en las CPS

En términos generales tanto la legislación en materia de contratación administrativa como la jurisprudencia constitucional y administrativa desarrollan los siguientes aspectos de interés:

- Principios de contratación administrativa (eficiencia, eficacia, igualdad y libre competencia y publicidad (art. 4 de la Ley y el artículo 2 del RCA indica a

buena fe y la intangibilidad patrimonial). Adicionalmente, la jurisprudencia de la Sala citada hace referencia a otros principios constitucionales de la contratación. Cualquier recomendación para integrar las SPP en la normativa requiere del respeto de los principios anteriormente citados.

- Una de las etapas del procedimiento de contratación regulada en el RCA esta constituida por la decisión inicial de contratar. Dicha decisión requiere que se haya acreditado al menos lo siguiente: (artículo 8 inciso b): la descripción del objeto, las **especificaciones técnicas y características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en caso de que puedan existir diferentes opciones técnicas para satisfacer la necesidad, acreditar las razones por las cuales se escoge una determinada solución.** Asimismo, se establece que cuando corresponda por la naturaleza del objeto, los procedimientos de control de calidad que se aplicarán durante la ejecución del contrato y para la recepción de la obra (inciso c). En esta etapa del procedimiento de contratación podrían considerarse criterios ambientales y sociales, según se explica con mayor profundidad líneas abajo.
- De conformidad con el RCA el cartel constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar (artículo 51). Respecto al contenido del cartel cabe destacar que debe contener un sistema de valoración y comparación

de ofertas (artículo 52 inciso h) y una indicación precisa de los documentos que deberán aportar para la evaluación de la idoneidad del oferente (artículo 52 inciso j). El cartel no podrá imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean indispensables o resulten convenientes al interés público, si con ello se limita las posibilidades de concurrencia eventuales. De esta manera, el cartel puede contener requisitos de elegibilidad de naturaleza ambiental y social así como requisitos a ser valorados o ponderados a efectos de la adjudicación de la contratación que consideren estos aspectos, siempre que se respeten las reglas y principios básicos de la contratación, entre ellos, la igualdad y la libre participación.

- El artículo 55 del RCA regula el sistema de evaluación. Se dispone que en el cartel establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación a cada factor. La Administración podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación requisitos mínimos legales, técnicos o financieros que resulten indispensables para la contratación.
- La normativa de contratación no contiene referencias al tema ambiental o de sostenibilidad de manera expresa, aunque si a parámetros de calidad a ser incorporados en los respectivos carteles

y posteriormente valorados. El Oficio N° 1390 del 11 de febrero de 1999 de la Contraloría General es claro sobre los alcances de los sistemas de evaluación de ofertas en procesos de contratación administrativa y sobre las características del sistema (completez, proporcionalidad, pertinencia, trascendencia, aplicabilidad, obligatoriedad etc.).

Respecto a las características del sistema de evaluación de las ofertas la CGR ha indicado que deben respetar, entre otros, las siguientes (Oficio N° 1390 del 11 de febrero de 1999 (DGCA-154-99):

*“ **Completez:** lo cual significa que la Administración deberá tomar en cuenta en el respectivo sistema, todos aquellos factores que resulten necesario considerar en función del objeto y demás características del negocio...*

De este modo, las particularidades de cada objeto contractual y las circunstancias concurrentes determinan los factores de evaluación relevantes que se deben considerar, especialmente aquellos que agreguen, sea cualitativamente o cuantitativamente, valor al proceso de selección de la oferta más conveniente, lo cual constituye un ejercicio de gran importancia para asegurar el éxito del procedimiento de contratación...

Proporcionalidad: esto significa que los porcentajes de evaluación deben estar razonablemente distribuidos en función de la importancia e incidencia real que la administración dé a cada factor, donde el precio debe constituir el factor preponderante, lo cual es así por la exigencia que tienen los funcionarios, como simples

depositarios de autoridad (artículo 11 de la Constitución Política), de asegurar la más sana administración de los fondos públicos que les han sido confiados...

Pertinencia: es decir, que los factores escogidos sean apropiados para evaluar el objeto de que se trate. En la selección de los criterios puede la administración arribar a la conclusión de que el sistema presentará lógicamente distintos niveles: habrá unos simples o complejos, según las características particulares de cada objeto.

Transcendencia, lo cual significa que el factor seleccionado realmente contribuya a agregar valor en aspectos cualitativos o cuantitativos de la oferta que se llegue a seleccionar de modo que a partir de criterios técnicos unívocos, si fuera del caso, a partir de un razonamiento de simple sentido común, pueda corroborarse que el sistema adopta factores relevantes.”

En el tanto criterios ambientales y sociales respeten estas características (lo cual debe ser determinado- como lo indica la CGR- caso por caso según el objeto contractual específico), podrían ser incorporados en los sistema de evaluación de ofertas.

La CGR ha avalado el uso de estos criterios ambientales y especificaciones en carteles de licitación por ejemplo, en la exigencia el tratamiento de desechos electrónicos (Resolución R-DCA-209-2007 del 31 de mayo del 2007 y posibilidad de exigir certificación a equipos del cumplimiento con normas técnicas para proteger la salud R-RC-328-2002 del 27 de mayo del 2002). En consonancia con esta posición y con el apoyo de una organización no gubernamental, ha procedido además a elaborar un Manual de

Compras Verdes del Estado disponible en su sitio web (www.cgr.go.cr). Específicamente la resolución número R-DCA-209-2007, referente a unos recursos de objeción al cartel interpuestos por Importaciones Office de Costa Rica, OFFICE CR., S.A. y Grupo Computación Modular Avanzada, GRUPO CMA, S.A. en contra del cartel de la licitación pública N° 2007LN-000008-SCA, promovida por la Universidad Nacional (UNA), para la “compra de equipo de cómputo” dispuso:

“3) Sobre la obligación del eventual adjudicatario de recibir equipo de cómputo de desecho de la Universidad (sección VII, punto 6 del cartel). La objetante señala que estamos frente a una licitación para la compra de equipos de cómputo, siendo esta la razón de ser del procedimiento; por ello cuestiona que se exija recibir, no como parte del pago sino que en forma gratuita, equipo de desecho que la UNA determine eliminar (botar). Además de requerir labores ajenas a su giro comercial se piden condiciones agravadas, como presentar un plan de almacenamiento, tratamiento o disposición de los equipos de desecho; hasta se exige un centro de acopio a los efectos, lo cual determina un costo adicional evidente. La Administración argumenta que la disposición cartelaria aquí cuestionada surge ante la obligación de conservar el medio ambiente dispuesta en el artículo 50 Constitucional, a partir del cual la UNA desde el año 2003 inició una fuerte política de conservación ambiental, dentro de la que se busca crear conciencia sobre la necesidad y responsabilidad de encontrar usos alternativos para los desechos que

se producen; responsabilidad que no reside exclusivamente en la Universidad como cliente, sino que también debe ser asumida por los fabricantes y comercializadores de los diferentes productos que salen al mercado. Por ello, las empresas que se dedican a la venta de equipo de cómputo no están exentas de la responsabilidad ambiental que se genera a partir de la actividad que desarrollan. Por ello la UNA decidió que paulatinamente se establecerían cláusulas en los diferentes pliegos de condiciones y carteles de contratación, en las cuales se vaya involucrando a todas las partes implicadas para que asuman ese compromiso con la conservación del ambiente.

Criterio para resolver: por ahora, recordemos que efectivamente el artículo 50 de nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y obliga al Estado a garantizar, defender y preservar ese Derecho. Véase que desde antes de la incorporación de esta norma en el texto constitucional (mediante reforma operada por Ley N° 7412 del 3 de junio de 1994), ya existían en nuestro ordenamiento una serie de principios y normas encaminadas a lograr este objetivo; tal es el caso de las disposiciones respecto del manejo de desechos contenidas en la Ley General de Salud, Ley N° 5395 del 30 de octubre de 1973, que en su artículo 278 ordena lo siguiente: “Todos los desechos sólidos que provengan de las actividades corrientes personales,

familiares o de la comunidad y de operaciones agrícolas, ganaderas, industriales o comerciales, deberán ser separados, recolectados, acumulados, utilizados cuando proceda y sujetos a tratamiento o dispuestos finalmente, por las personas responsables a fin de evitar o disminuir en lo posible la contaminación del aire, del suelo o de las aguas.”. Vemos así como la obligación de separar, reutilizar, reciclar y disposición adecuada de los desechos se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de treinta años, como una obligación para toda persona, familia, comunidad, industria, comercio o institución que genere desechos, si lleva razón la Universidad Nacional respecto a su planteamiento acerca de la responsabilidad compartida entre el consumidor y los productores y comerciantes de este tipo de productos, es lo cierto que no resulta ajeno, y por el contrario es consustancial al objeto contractual, el procurar que quien vaya a vender un equipo de cómputo (en este caso 500 computadoras), cuente entonces con un plan de manejo para el adecuado reuso, reciclaje o tratamiento final de los equipos que produce y/o comercializa, una vez estos agoten su vida útil. Al respecto, téngase presente que existen una serie de principios generales que, en esta materia, integran nuestro ordenamiento jurídico, para lograr así la mejor aplicación del referido artículo 50 constitucional. Entre estos principios tenemos el llamado principio de “quien contamina paga”, mediante el cual se pretende la internalización de los costos ambientales, de tal

forma de quien genere un factor contaminante, cargue con los costos de la contaminación. Este principio se encuentra reconocido en el Principio 16 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río, 1992), así como en los artículos 2 inciso d), 59 y 60 de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 del 4 de octubre de 1995. Asimismo, tenemos el principio preventivo, el cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido de la siguiente forma: “[...] El principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar y contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas.” (Voto N° 6322-2003 de las 14:14 hrs. del 3 de julio de 2003). Este postulado es reconocido en el Principio 15 de la citada Declaración de Río, así como por los artículos 4 incisos b) y c) de la Ley Orgánica del Ambiente y 11 inciso 1) de la Ley de Biodiversidad, Ley N° 7788 del 30 de abril de 1998. Por otra parte, es importante recordar que esa misma Sala Constitucional ha señalado que: “El ejercicio de los derechos fundamentales, como la propiedad privada y la libertad de comercio no es irrestricto, pueden y deben limitarse por razones de bienestar social. El derecho a un ambiente sano, a la salud e integridad física también son derechos fundamentales que el Estado está en la obligación de proteger.” (Voto N° 240-92 de las 9:00 hrs. del 31 de enero de 1992; en el mismo sentido, de esa misma Sala, véase el Voto N° 5906-99 de las 16:15

hrs. del 28 de julio de 1999). Ahora bien, es precisamente en virtud de la ya expuesta responsabilidad que tiene la Administración —y cualquier consumidor— de dar la disposición más adecuada a los desechos que produce —según lo indicado por la Ley General de Salud y lo que deriva del artículo 50 constitucional y los principios generales antes citados—, que deviene entonces natural que, en el momento de establecer las condiciones para la adquisición de un bien, se considere la variable de la disposición final de ese bien (por ejemplo, los costos en que se incurrirá para procesar el bien una vez éste agote su utilidad). Por ello, es lo propio que la Administración tome en cuenta la responsabilidad del productor a la hora de definir las especificaciones cartelarias, enfocando así el producto a adquirir como un todo, sea, considerando su ciclo de vida (desde la extracción de los recursos para producirlo, el proceso de manufactura, la distribución, el uso y su procesamiento al final de su vida útil); con el fin de que se internalicen los costos ambientales de cada etapa de ese ciclo de vida, tal y como lo prescriben los principios “el que contamina paga” y el principio preventivo, antes mencionados. De ahí que no resulta ajeno al proceso de compra de un equipo de cómputo el que se incorporen en el cartel una serie de cláusulas que exijan a quien produzca, importe, distribuya y/o comercialice estos productos, que cuente con una serie de medidas para que, una vez estos equipos agoten su vida útil, puedan ser adecuadamente

procesados; como sería el hecho de procurar que el proveedor cuente con planes de manejo o sistemas de recolección, reuso, reciclaje y tratamiento adecuado de los equipos que le vende a la Administración, ya sea que lo haga directamente o por medio de terceras personas. Por ello, si bien es posible reconocer que, probablemente, en un mediano plazo la norma sea exigir en los carteles —como requisito de admisibilidad— que quien resulte adjudicatario de la compra de un equipo de cómputo a la Administración, deba también contar con los sistemas y planes de manejo para que, una vez esos equipos cumplan su vida útil, sean entonces recibidos por ese adjudicatario —o por quien este designe— para su adecuado reuso, reciclaje o tratamiento final”.

En la Resolución (R-DJ-300-2009) de las once horas del tres de diciembre del dos mil nueve, a CGR determina:

“ Como ya ha sido reiterado en múltiples ocasiones, en materia de contratación administrativa existe la discrecionalidad en la elaboración de carteles. Al respecto esta Contraloría General ha señalado en la Resolución N° R-DCA-498-2006 de 29 de setiembre del 2006: “Este órgano contralor ha venido enfatizando —con mayor constancia en los últimos meses— que la actividad de elaboración de los carteles (...) es responsabilidad exclusiva de cada administración pública, misma que en su creación y propuesta final puede establecer discrecionalmente todos aquellos requerimientos técnicos

dirigidos a garantizar la idoneidad final del eventual contratista, y seleccionar —de entre a los elegibles— al mejor de los proponentes. Y más allá de la mera confección de un cartel, esta institución considera que las administraciones públicas pueden establecer normas limitativas o restrictivas, siempre que se acompañe de justificación técnica o legal; en suma, el cartel debe responder a la eficiencia perseguida en cada proceso de compra, principio que es bastante bien desarrollado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Voto 14421-2004, del 17 de diciembre del 2004. Así, las limitaciones que se imponen en un cartel, o las mismas puntuaciones a determinados elementos técnicos (sean de los denominados “preferibles” o de otro tipo) son, como regla de principio, decisiones discrecionales que deben ser positivamente consideradas por este órgano contralor, sede que desde luego no permitirá un quebranto al bloque normativo, pero que tampoco limitará más allá de lo correspondiente o procedente, ese margen de acción discrecional de cada sujeto público en la determinación de su necesidad y el planteamiento particular en cada cartel. Por ende, si se establece un cartel con normas restrictivas o aspectos técnicos calificables dirigidos a la escogencia del oferente más idóneo, éste, para este órgano contralor, tiene de entrada justificación técnica o legal y, por ende, son respetables por las partes; salvedad hecha, como se ha indicado, de que se fundamente o pruebe por parte interesada un quebranto al marco legal, mas esto

deberá ser la excepción, no la regla. En esta misma línea es que se ha indicado: “...es la Administración la que conoce la finalidad pública que persigue satisfacer con el procedimiento de contratación y, en virtud de ello, prepara las condiciones del cartel, con fundamento en las razones técnicas, jurídicas y económicas que las justifiquen. Estas condiciones cartelarias deben respetar los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato, pero también el principio de eficiencia, en virtud del cual la contratación administrativa debe tender a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración. De ahí que, si la Administración ha establecido una condición técnica en el cartel..., la modificación de tales requerimientos no se justifica simplemente bajo la premisa de incluir un vehículo ofrecido por un objetante, sino que ese interesado debe demostrar que esas condiciones cartelarias resultan arbitrarias y violentan tanto la libre concurrencia como el principio de eficiencia, impidiendo a la Administración contar con la opción de seleccionar una oferta que, si bien no se encuentra dentro de esas condiciones, sí puede satisfacer plenamente las necesidades de la Administración en función el fin público que se pretende alcanzar con esa contratación...” (R-DCA-329-2006, 9:30 horas del 5 de julio del 2006). Asimismo, insiste la jurisprudencia en que: “Es responsabilidad de la Administración elaborar el cartel

con fundamento en las razones técnicas, jurídicas y económicas que justifiquen las condiciones que allí se incorporen, las cuales deben provenir del conocimiento que ostenta de la necesidad pública que persigue satisfacer con determinado procedimiento de contratación (...). Considerando lo anterior, este Despacho ha reiterado que no es posible que se pretenda modificar las condiciones cartelarias con el único fin de que estas se ajusten a las características de los bienes ofrecidos por potenciales oferentes. Tal situación cercenaría la discrecionalidad administrativa mediante la cual la entidad u órgano licitante debe establecer los términos del cartel en función del mejor cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales, procurando la satisfacción del interés general a partir del uso eficiente de los recursos públicos (principios de eficacia y eficiencia). Sin embargo, la discrecionalidad administrativa se encuentra limitada por las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, y por los principios elementales de la justicia, lógica o conveniencia...” (R-DCA-415-2006, de las 8:00 horas del 17 de agosto del 2006).” (El destacado no es del original).

Bajo ese contexto, encontramos en primer término que la Administración ha expresado en la respuesta a la Audiencia Especial¹⁰ ser proclives a la adquisición de productos amigables con el medio ambiente o en otros términos, ser amigable con el medio ambiente

y que además, esto debe ser garantizado por cada fabricante que participa en el proceso, con un certificado que emite su laboratorio de control de calidad. No pierde de vista este órgano contralor que, el tema de las compras verdes resulta de especial importancia en la actualidad y desarrolla los presupuestos del artículo 50 de la Constitución Política, sobre el cual ha indicado la Contraloría General refiriéndose al Manual de Compras Verdes que: “Justamente por el hecho mismo del carácter instrumental de los procedimientos de contratación administrativa, es que no es posible obviar que las necesidades a las que debe darse una oportuna y eficiente atención están materializadas en un contexto social determinado. En esa medida, la actividad de contratación administrativa no puede ignorar que en la actualidad, la sociedad y el mismo Estado enfrentan uno de sus mayores desafíos. Debemos producir, comprar y desarrollarnos de manera sostenible, de modo que los recursos no se agoten, que su uso sea racional y, en general, que se deje garantizado a las siguientes generaciones, que podrán satisfacer, al igual que nosotros, todas sus necesidades.¹¹... La compra de bienes y servicios no solo debe resolver las necesidades con carácter inmediato. Debe también ser un proceso igualmente pensado en función de las consecuencias que tendrá en el entorno a corto, mediano y largo plazos, y tomando en cuenta las posibilidades de hacer de esta actividad una práctica más eficiente y, sobre todo, una práctica amigable con el ambiente. Ello evidentemente requiere cambios en nuestro modelo de pensamiento y en la forma en que podemos plantear las

necesidades de la Administración Pública, como también en la búsqueda misma de las soluciones que se ofrecen.” (disponible en www.cgr.go.cr). **En ese sentido, tenemos que la implementación de las compras verdes no es un tema de una norma técnica o de un producto específico, sino que ha de responder a una política institucional en materia de compras, con la clara definición de objetivos ambientales de las compras y desde luego, debe atender también a la mejor satisfacción del interés público, para lo cual es necesario considerar también si el objeto del concurso permite la inclusión de este tipo de características.**Por lo demás, estima este órgano contralor que tampoco se ha demostrado que las regulaciones de los pañales desechables en esta compra limiten la participación de sus productos por cumplir regulaciones de compras verdes, ni que las regulaciones cartelarias violenten normas ambientales, sino que la pretensión de la objetante es más bien una sugerencia al amparo de las nuevas tendencias en esta materia, pero que es un aspecto discrecional de la Administración como ya se indicó. En consecuencia, ha de declararse sin lugar el recurso de objeción en cuanto a este extremo”.

La Resolución R-DJ-325-2009 de las diez horas del once de diciembre de dos mil nueve indica en lo relevante:

“3.2) Sobre certificado de Garantía de Calidad: La objetante solicita que los productos tengan un

10 Audiencia otorgada en los procedimientos de impugnación de las contrataciones ante la CGR.

11 La referencia al Manual de Compras Verdes y a las manifestaciones que al respecto realiza la Contraloría General se presentan principalmente para ilustrar la situación que en materia ambiental y de contratación de compras públicas existe en el país. Ilustración que además sienta precedente para avanzar el tema de SPP más allá de consideraciones puntuales y de carácter meramente ambiental.

certificado de garantía de calidad ISO 9001. Sobre el particular, la *Administración* responde mediante oficio N° D.R.S.S.C.N.-4677-2009 del 04 de diciembre de 2009, que considera la petitoria del recurrente como admisible e **incluira un 5% dentro de la calificación final contra presentación del certificado**, toda vez que no se cambia el objeto contractual, ni se constituye en una variación fundamental de éste y fomenta sobre todo la adquisición de productos de calidad. Posteriormente, mediante oficio D.R.S.S.C.N.-4683-2009 del 07 de diciembre del 2009, presenta la tabla de ponderación una vez realizadas las modificaciones implementadas producto de los recursos presentados. Así, se otorga un 90 % al factor precio, **5% a lo relacionado con la presentación de la certificación ISO14001, y un 5% a lo relativo con la certificación ISO 9001.** *Criterio del Despacho:* En cuanto a este extremo, el recurso de objeción se aprecia totalmente carente de la fundamentación apropiada para resolver, por lo que al tenor del cuarto párrafo del artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativo, procede rechazarlo de plano. Ahora bien, habiéndose allanado la Administración a lo solicitado por el recurrente en punto a la certificación ISO 9001, tal decisión y las eventuales modificaciones que en consecuencia opere al cartel de la Licitación Pública de marras, quedará bajo su entera responsabilidad, suponiendo este Despacho que tal cosa respondería a una cuidadosa valoración técnica por parte de la

Administración en función del objeto contractual y del interés público que esta compra se propondría satisfacer”

Finalmente, la Resolución R-DJ-091-2010 de la Contraloría General de la República dispuso:

“ De esta forma tenemos que la Administración puede introducir en el cartel restricciones técnicas justificadas, como bien, lo podrían ser criterios de sostenibilidad ambiental, ya sea como condiciones obligatorias o factores ponderables, lo cual deberá motivar en cada caso concreto según sus necesidades, la realidad del mercado y la propia política institucional, a la luz de la normativa que fomenta este tipo de consideraciones en el quehacer de la administración pública....”

El artículo 65 del RCA establece que toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, **sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel.** En el caso de las declaraciones, se harán bajo la gravedad de juramento y no será necesario rendirlas ante notario público, salvo que así razonablemente lo requiera la Administración en el cartel. Estas serán admisibles en documento separado o bien como parte del texto de la propuesta.

- a) Declaración jurada de que se encuentra al día en el pago de los impuestos nacionales.
- b) Declaración jurada de que el oferente no está afectado por ninguna causal de prohibición.

- c) Certificación de que el oferente se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por ésta, vigente al momento de la apertura de las ofertas. La Administración podrá señalar en el cartel en qué casos la certificación de la CCSS no deba aportarse, porque se cuenta con acceso directo al sistema de dicha entidad y pueda verificar por sí misma la condición del participante. En todo caso la Administración podrá constatar en cualquier momento, el cumplimiento de las obligaciones obrero patronales.

En caso de que el oferente presente certificación de que no se encuentra inscrito como patrono ante la CCSS, y del objeto licitado se derive tal obligación, la Administración le solicitará explicación, la que en caso de resultar insatisfactoria de acuerdo a los lineamientos establecidos por la CCSS, provocará la exclusión del concurso y la denuncia ante las autoridades correspondientes de cobro de la CCSS.

Como se indicó líneas atrás a título de ejemplo, podrían establecerse como

requisitos de elegibilidad indispensables para la contratación, permisos o documentos de naturaleza ambiental, como permisos sanitarios de funcionamiento; permisos de vertidos, reportes operacionales y otros. En principio, la mejora en sistemas de información en línea y la correcta aplicación de la Ley de Simplificación de Trámites (citada más adelante) podrían facilitar a las autoridades la evaluación del cumplimiento con estos requisitos documentales de la contratación.

El artículo 204 del RCA dispone sobre la resolución contractual. La Administración, podrá resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento imputable al contratista. Uno de estos incumplimientos puede consistir en la transgresión durante la ejecución del contrato de las normas ambientales y sociales, siempre que en el caso concreto sean relevante para el objeto de la contratación.

A modo de ilustración general, el cuadro 1 a continuación muestra la forma como en la literatura se sugiere modificar el proceso de compras para integrar consideraciones ambientales (eventualmente aplicable a las sociales) en las compras públicas.

Cuadro N° 1. Consideraciones ambientales en el proceso de compras

Etapa del proceso de compra	Consideraciones ambientales
1. Identificación de la necesidad de comprar	Repensar las necesidades actuales. Se puede eliminar (no comprar o alquilar) o reutilizar (pedirlo prestado a otra dependencia). En el caso de alquilar, es importante también su justificación para los efectos del costo-beneficio para la Hacienda Pública, pues no es correcto terminar pagando en alquileres un monto mayor del que hubiera costado el bien (considerando todos los costos en caso de que lo hubiera adquirido y lo hubiera utilizado por ese mismo lapso).
2. Definir las especificaciones del bien por comprar	Definir una serie de especificaciones ambientales que deben ser respetadas en el producto o prestación del servicio (con el fin de prevenir impactos).
3. Preselección del proveedor	Pedir pruebas de que el proveedor es capaz de cumplir con determinado comportamiento ambiental
4. Evaluación de ofertas / adjudicación del contrato	Adjudicar más puntos a aquellas ofertas en las que se indica un mejor cumplimiento ambiental que el mínimo definido.
5. Administración del contrato	Asegurar altos estándares ambientales cuando se ejecuta el contrato, insertando en él cláusulas claras de cumplimiento y señalando las multas por incumplimientos (las cuales de previo se deben indicar en el cartel).

Fuente: Romero Pérez, Jorge, *Las compras verdes: el enfoque ambiental de la contratación pública*, Revista de Ciencias Jurídicas No 120, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2009.

El ordenamiento jurídico, consagra otros importantes instrumentos de relevancia para el funcionamiento de las compras públicas, tales como: la legislación en materia de: firma digital; simplificación de trámites; protección al consumidor y la competencia; contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito; de control interno, entre otras que complementan el sistema de compras del Estado.

1.4-Regulaciones específicas de compras públicas sostenibles identificadas en la legislación.

Algunos ejemplos existen en el ordenamiento jurídico, que aunque escasos son significativos de la integración de criterios ambientales en las compras estatales:

- El decreto 30310 del 2002, vigente en este aspecto, dispone en su artículo 8 que en igualdad de condiciones el Estado y sus instituciones deben preferir la adquisición- para nuevas construcciones y reparaciones- de madera y productos forestales provenientes de bosques y plantaciones ambientalmente manejadas y debidamente certificados en cuanto a su sostenibilidad.
- De forma más reciente, la Ley de Fortalecimiento y Modernización del ICE del 2008 en su artículo 12 (“compras verdes”) autoriza a éste y sus empresas, para que promuevan la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables, que cumplan las especificaciones técnicas requeridas por la Administración

Pública. Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas, deberán dar un veinte por ciento (20%) adicional a los oferentes que, en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos, incorporan los criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo, una vez terminada su vida útil. La Proveeduría de la Institución deberá incluir, en los carteles de licitación o de compra directa, criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos, para evaluar las licitaciones.

- El reglamento para el desarrollo, promoción y fomento de la actividad agropecuaria orgánica, decreto N° 35242 del 4 de junio del 2009, establece la obligación del Departamento de Fomento a la Actividad Orgánica del MAG de dar a conocer los beneficios del consumo de productos orgánicos a las instituciones centralizadas y descentralizadas y sus proveedores. Se debe coordinar con los jerarcas respectivos quienes podrán decidir la compra de bienes y servicios orgánicos.
- Mediante el decreto No. 33889 del 2007 reglamenta la elaboración de planes de gestión ambiental en el sector público costarricense, de manera que las instituciones del Estado no solo cumplan con la legislación ambiental vigente, sino que en su operación consideren medidas para prevenir, minimizar y corregir los impactos en el ambiente de sus actividades.
- La Ley del Uso Racional de la Energía, N° 7447 del 3 de noviembre de 1994 y su reglamento No 25584 MINAE-H-MP del

24 de octubre de 1996 y sus reformas, arts. 1 al 3 “ Disposiciones Generales”; 4 al “ Uso Racional de la Energía en Empresas Privadas de Alto Consumo”; 23 y ss “ Disposiciones Institucionales” y 28 a 37 “ Sanciones”.1. Esta ley establece tiene como objetivos consolidar la participación del Estado en la promoción y la ejecución gradual de uso racional de la energía. Este mecanismo se basa en tres postulados: la obligación de ejecutar proyectos de uso racional de la energía en empresas de alto consumo, el control sobre los equipos e instalaciones que por su uso generalizado, incidan en la demanda energética y el establecimiento de un sistema de plaqueo que informe a los usuarios de su consumo energético. Asimismo, se establece un programa gradual obligatorio de uso racional de la energía, destinado a empresas privadas con consumos anuales de energía mayores a 240.000 kilovatios hora, 360000 litros de derivados de petróleo o un consumo total de energía equivalente a doce terajulios. Con fundamento en dicha ley se han publicado diversos decretos sobre eficiencia energética, por ejemplo, el reglamento técnico RTCR 376:2000, Regulación para lámparas fluorescentes (tubos y abalastos), decreto 29820-MINAE-H-MEIC del 3 de octubre del 2001 y el reglamento técnico RTCR 374:98-MINAE Eficiencia Energética y etiquetado. Regulación para refrigeradores, refrigeradores-congeladores y congeladores, Decreto No 29751-MINAE-H-MEIC del 6 de setiembre del 2001. De esta manera, el artículo 72 del reglamento establece que en la adquisición de bienes consumidores de energía se deben

incluir como requisitos las características técnicas establecidas en los artículos 44 al 60 del reglamento.

- La Ley de Gestión Integral de Residuos N° 8839 publicada en La Gaceta del 13 de julio del 2010 (en su artículo 29 sobre compras del Estado) dispone que se “ autoriza a instituciones de la Administración Pública, empresas públicas y municipalidades a promover la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables que cumplan las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública: dicha condición podrá comprobarse por medio de certificaciones ambientales y otro mecanismo válido establecido vía reglamento. Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas, deberán dar un 20 por ciento adicional a los oferentes, que en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos, incorporan criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo una vez terminada su vida útil. Para el caso de compras directas deberán incorporarse criterios que promuevan la gestión integral de residuos. Las dependencias correspondientes de las instituciones de la Administración Pública, empresas públicas y municipalidades, encargadas de elaborar los carteles de licitación o de compra directa, establecerán criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos para evaluar las licitaciones de conformidad con los criterios establecidos en el Reglamento a esta Ley.”

1.5-Legislación social seleccionada

Como se indicó al inicio de este documento se han seleccionado algunos sectores específicos a efectos de determinar en qué medida la legislación que los rige permite considerarlos en los sistemas de compras públicas. Con excepción del caso de la normativa sobre pequeña y mediana empresa, la concesión de servicios no esenciales de la Ley de Biodiversidad y las cuotas obrero patronales de la Caja, que se describen adelante, en ninguno de los casos existe normativa expresa respecto a la contratación en las normas seleccionadas. Tampoco se identificaron pronunciamientos de la GCR respecto al uso de criterios sociales en procesos de contratación, excepto el caso del requisito de estar al día con la Caja Costarricense del Seguro Social y el cumplimiento con el pago de los salarios mínimos. A continuación se presenta un resumen de la legislación social seleccionada a efectos de considerar su integración en el sistema de compras:

- a- La Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas No 8262 del 2 de mayo del 2002 y su reglamento No 35585 del 18 de setiembre del 2009.** Tiene por objetivo crear un marco normativo que promueva un sistema estratégico integrado de desarrollo de largo plazo, el cual permita el desarrollo productivo de las pequeñas y medianas empresas, en adelante PYMES, y posicione a este sector como protagonista, cuyo dinamismo contribuya al proceso de desarrollo económico y social del país, mediante la generación de empleo y el mejoramiento de las condiciones productivas y de acceso a la riqueza (art 1). Para todos los efectos de

la Ley y de las políticas y los programas estatales o de instituciones públicas de apoyo a las PYMES, se entiende por pequeña y mediana empresa (PYME) toda unidad productiva de carácter permanente que disponga de recursos físicos estables y de recursos humanos, los maneje y opere, bajo la figura de persona física o persona jurídica, en actividades industriales, comerciales o de servicios. Mediante reglamento, previa recomendación del Consejo Asesor Mixto de la Pequeña y Mediana Empresa, se definirán otras características cuantitativas de las PYMES, que contemplen los elementos propios y las particularidades de los distintos sectores económicos, tomando como variables, al menos, el número de trabajadores, los activos y las ventas. Todas las PYMES que quieran aprovechar los beneficios de la presente Ley, deberán satisfacer al menos dos de los siguientes requisitos:

- a) El pago de cargas sociales.
 - b) El cumplimiento de obligaciones tributarias.
 - c) El cumplimiento de obligaciones laborales (art 3).
- b-** Los bancos del Estado y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal podrán promover y fomentar programas de crédito diferenciados dirigidos al sector de las micro, pequeñas y medianas empresas. La definición de los programas específicos deberá ser comunicada al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) para la debida coordinación. Anualmente los bancos elaborarán y remitirán al MEIC un informe con los resultados de la gestión

de crédito realizada en beneficio de las micro, pequeñas y medianas empresas (art 7). Igualmente se crea en el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el Fondo Especial para el Desarrollo de las Micros, Pequeñas y Medianas Empresas (FODEMIPYME), que tendrá como fin contribuir al logro de los propósitos establecidos en los artículos 2 y 34 de la Ley Orgánica del Banco. El objetivo de este Fondo será fomentar y fortalecer el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, y de las empresas de la economía social económicamente viables y generadoras de puestos de trabajo; podrá ejercer todas las funciones, las facultades y los deberes que le corresponden de acuerdo con esta Ley, la naturaleza de su finalidad y sus objetivos, incluso las actividades de banca de inversión. Se crea el Programa de Apoyo a la Pequeña y Mediana Empresa (PROPYME), el cual tendrá como objetivo financiar las acciones y actividades dirigidas a promover y mejorar la capacidad de gestión y competitividad de las pequeñas y medianas empresas costarricenses, mediante el desarrollo tecnológico como instrumento para contribuir al desarrollo económico y social de las diversas regiones del país. El PROPYME obtendrá para su operación los recursos del Presupuesto Nacional de la República y el Ministerio de Hacienda los transferirá anualmente a un fideicomiso creado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), como órgano administrador de los recursos, para el uso exclusivo por parte de las pequeñas

y medianas empresas. Este programa se enmarca dentro del Fondo de Incentivos que contempla la Ley de promoción del desarrollo científico y tecnológico, N° 7169, de 26 de junio de 1990 (art 13). El aporte del Estado a un proyecto consistirá en otorgar apoyo financiero no reembolsable por un monto máximo hasta del ochenta por ciento (80%) del costo total de dicho proyecto, programa, acción o plan, con base en los criterios técnicos emitidos por el CONICIT u otros entes técnicos competentes que la Comisión determine (art 16). Para gozar de este incentivo, las pequeñas y medianas empresas o agrupaciones de PYMES, deberán cumplir lo establecido en la presente Ley y el ordenamiento jurídico (art 17). **El MEIC deberá igualmente coordinar con la administración pública un programa de compras de bienes y servicios que asegure una participación mínima de las PYMES (art 20), promover el comercio interno de las PYMES (art 21) y coordinar y articular otras actividades de apoyo para la formación empresarial y la difusión de información (arts 22 y 23)**¹². Como parte de la política empresarial, se promoverá el concepto de desarrollo empresarial sostenible, dirigido a armonizar la producción empresarial con los recursos naturales y la calidad de vida de los habitantes. Con este fin, se promoverá la transferencia de tecnología sana y actualizada, y la capacitación empresarial en el uso de formas preventivas, como la producción más limpia (art 24). El MEIC coordinará

12 Véase el reglamento especial para la promoción de las PYMES en las compras de bienes y servicios de la administración, N° 33305-MEIC-H del 13 de junio del 2006.

con el MINAE de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente, N° 7554, de 4 de octubre de 1995, **el desarrollo de proyectos, programas y actividades orientados a facilitar el acceso de las PYMES a los mecanismos de tutela ambiental, como el uso de tecnologías ambientalmente sanas, el conocimiento y cumplimiento de las normas de protección y conservación del medioambiente, la formación y capacitación para el uso de elementos correctivos, las auditorías ambientales, las evaluaciones ambientales, las ecoetiquetas, el envase, el embalaje, el reciclaje y la producción más limpia** (art 27). Como se observa, estas disposiciones habilitan considerar el sector de las PYMES en las SPP.

c- Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No. 7142 del 18 de marzo de 1990 y Convención de Naciones Unidas contra Todas las Formas de Discriminación de la Mujer Ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984. Se establece la obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en los campos político, económico, social y cultural (artículo 1). Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

13 Costa Rica ratificó la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo, Ley No. 8661 publicada en La Gaceta del 19 de agosto del 2008, pero sus obligaciones se dirigen a los Estados Partes (gobiernos).

contra la mujer”, de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984 (artículo 2). El Estado promoverá la creación y el desarrollo de programas y servicios dirigidos a facilitar la participación plena de la mujer, en igualdad de condiciones, en los campos señalados en el artículo 1 de esta ley (artículo 3).

d- Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad No. 7600 del 2 de mayo de 1996 y su reglamento No. 26831 del 23 de marzo de 1998.¹³ Establece algunas regulaciones respecto a las personas con discapacidad aplicables. De conformidad con el artículo 3 los objetivos de la presente ley son:

Servir como instrumento a las personas con discapacidad para que alcancen su máximo desarrollo, su plena participación social, así como el ejercicio de los derechos y deberes establecidos en nuestro sistema jurídico. b) Garantizar la igualdad de oportunidades para la población costarricense en ámbitos como: salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura y todos los demás ámbitos establecidos. c) Eliminar cualquier tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad. d) Establecer las bases jurídicas y materiales que le permitan a la sociedad costarricense adoptar medidas necesarias para la equiparación de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Para cumplir con la presente ley, le corresponde al Estado (artículo 4): a) Incluir en planes, políticas, programas y servicios de sus instituciones, los principios de igualdad de oportunidades y accesibilidad a los servicios que, con base en esta ley, se presten; así como desarrollar proyectos y acciones diferenciados que tomen en consideración el menor desarrollo relativo de las regiones y comunidades del país. b) Garantizar que el entorno, los bienes, los servicios y las instalaciones de atención al público sean accesibles para que las personas los usen y disfruten. c) Eliminar las acciones y disposiciones que, directa o indirectamente, promueven la discriminación o impiden a las personas con discapacidad tener acceso a los programas y servicios. d) Apoyar a los sectores de la sociedad y a las organizaciones de personas con discapacidad, con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidades. e) Garantizar el derecho de las organizaciones de personas con discapacidad de participar en las acciones relacionadas con la elaboración de planes, políticas, programas y servicios en los que estén involucradas. f) Divulgar esta ley para promover su cumplimiento. g) Garantizar, por medio de las instituciones correspondientes, los servicios de apoyo requeridos por las personas con discapacidad para facilitarles su permanencia en la familia. h) Garantizar que las personas con discapacidad agredidas física, emocional o sexualmente, tratadas con negligencia, que no cuenten con una familia o se encuentren en estado de abandono, tengan acceso a los medios que les permitan ejercer su autonomía y desarrollar una vida digna.

Los gobiernos locales apoyarán a las instituciones públicas y privadas en el desarrollo, ejecución y evaluación de

programas, proyectos y servicios que promuevan la igualdad de oportunidades y el desarrollo de las personas con discapacidad (artículo 9).

Según, el artículo 41 especificaciones técnicas reglamentarias Las construcciones nuevas, ampliaciones o remodelaciones de edificios, parques, aceras, jardines, plazas, vías, servicios sanitarios y otros espacios de propiedad pública, deberán efectuarse conforme a las especificaciones técnicas reglamentarias de los organismos públicos y privados encargados de la materia. Las edificaciones privadas que impliquen concurrencia y brinden atención al público deberán contar con las mismas características establecidas en el párrafo anterior. Según el artículo 43, los establecimientos públicos y privados **de servicio al público**, que cuenten con estacionamiento, deberán ofrecer un cinco por ciento (5%) del total de espacios destinados expresamente a estacionar vehículos conducidos por personas con discapacidad o que las transporten. Pero, en ningún caso, podrán reservarse para ese fin menos de dos espacios. Esos vehículos deberán contar con una identificación y autorización para el transporte y estacionamiento expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Esos espacios deberán estar ubicados cerca de la entrada principal de los locales de atención al público. Las características de los espacios y servicios expresamente para personas con discapacidad serán definidas en el reglamento de esta ley. Finalmente, el artículo 44 establece que los ascensores deberán contar con facilidades de acceso, manejo, señalización visual, auditiva y táctil, y con mecanismos de emergencia, de manera que puedan ser utilizados por todas las personas. Estas normas en particular (y su

respectiva reglamentación) son exigidas en los procesos de contratación que involucren construcción o uso de infraestructura.

- e- Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguridad Social, No 17 del 22 de octubre de 1943 y Directrices para la aplicación del artículo 74.

Según el artículo 74¹⁴ (reformado de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social):

“La Contraloría General de la República no aprobará ningún presupuesto, ordinario o extraordinario, ni efectuará modificaciones presupuestarias de las instituciones del sector público, incluso de las municipalidades, si no presentan una certificación extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social, en la cual conste que se encuentran al día en el pago de las cuotas patronales y obreras de esta Institución o que existe, en su caso, el correspondiente arreglo de pago debidamente aceptado. Esta certificación la extenderá la Caja dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, en papel común y libre de cargas fiscales, timbres e impuestos de cualquier clase.

Corresponderá al Ministro de Hacienda la obligación de presupuestar, anualmente, las rentas suficientes que garanticen la universalización de los seguros sociales y ordenar, en todo caso, el pago efectivo y completo de las contribuciones adeudadas

a la Caja por el Estado, como tal y como patrono. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes acarreará en su contra las responsabilidades de ley. Penalmente esta conducta será sancionada con la pena prevista en el artículo 330 del Código Penal.

Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley.

- 1.- La admisibilidad de cualquier solicitud administrativa de autorizaciones que se presente a la Administración Pública y esta deba acordar en el ejercicio de las funciones públicas de fiscalización y tutela o cuando se trate de solicitudes de permisos, exoneraciones, concesiones o licencias. Para efectos de este artículo, se entiende a la Administración Pública en los términos señalados en el artículo 1 tanto de la Ley General de la Administración Pública como de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- 2.- En relación con las personas jurídicas, la inscripción de todo documento en los registros públicos mercantil, de asociaciones, de asociaciones deportivas y el Registro de organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, excepto los expedidos por autoridades judiciales.

¹⁴ Reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 28770- MP-MTSS, del 6 de julio del 2000)

- 3.- Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social.
- 4.- El otorgamiento del beneficio dispuesto en el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- 5.- El disfrute de cualquier régimen de exoneración e incentivos fiscales. Será causa de pérdida de las exoneraciones y los incentivos fiscales acordados, el incumplimiento de las obligaciones con la seguridad social, el cual será determinado dentro de un debido proceso seguido al efecto.

La verificación del cumplimiento de la obligación fijada en este artículo, será competencia de cada una de las instancias administrativas en las que debe efectuarse el trámite respectivo; para ello, la Caja deberá suministrar mensualmente la información necesaria. El incumplimiento de esta obligación por parte de la Caja no impedirá ni entorpecerá el trámite respectivo. De igual forma, mediante convenios con cada una de esas instancias administrativas, la Caja Costarricense de Seguro Social podrá establecer bases de datos conjuntas y sistemas de control y verificación que faciliten el control del cumplimiento del pago de las obligaciones con la seguridad social.”

De esta manera, el sistema de contratación administrativa integra la protección de

la seguridad social (cuotas pagadas a la Caja) dentro de los requisitos de elegibilidad, como lo ha afirmado la CGR en múltiples oportunidades:

“De conformidad con lo expuesto, al no poderse tener por demostrado que una firma adjudicataria se encuentra al día en el pago de las obligaciones de la seguridad social, pues la entidad aseguradora le reporta una morosidad que se encuentra en discusión entre las partes en sede judicial, pero que ha sido debidamente declarada y definida por la Administración competente, se concluye que no se puede perfeccionar un contrato con dicha empresa bajo esas condiciones, pues no cumple con la obligación de aportar la certificación requerida en el cartel del concurso, y en la normativa actual. Oficio **10325** de 17 de setiembre del 2001 (DAGJ-1559-2001).

“Una vez analizada las posiciones planteadas por la Proveeduría y el Departamento Legal, esta Contraloría General considera que la certificación extendida por la CCSS debe estar vigente en el momento en que la Administración la solicita al adjudicatario para confeccionar la orden de compra o elaborar el contrato, siendo así que si en el transcurso de dichos trámites expira su vigencia, no es responsabilidad de la empresa presentar una nueva certificación. En ese sentido, se considera muy gravoso obligar al adjudicatario a presentar el documento cada vez que venza su vigencia durante el tiempo en que la Municipalidad realice el trámite de formalización del contrato, lo cual sin duda sería contrario al espíritu de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos del Trámite Administrativo. Sin perjuicio de lo antes dicho, es importante señalar que una de las obligaciones que el

proveedor asume durante la ejecución del contrato es el respeto a las normas de carácter laboral, por lo que en aras de constatar dicho cumplimiento la Administración –siempre que no disponga de otro medio efectivo para acceder a la información-, podrá solicitar dicha certificación durante la ejecución del contrato. Oficio **3364** del 1 de abril de 2004 (DAGJ-412-2003).

f- La Ley de Biodiversidad No 7788 del 30 de abril de 1998 y su reglamento N° 34433 del 11 de marzo del 2008, permite que se otorguen en concesión los llamados “servicios no esenciales” dentro de las Áreas Silvestres Protegidas Estatales, excepto el ejercicio de las responsabilidades que ésta y otras leyes le encomiendan exclusivamente al Poder Ejecutivo por medio del MINAE, tales como la definición, seguimiento de las estrategias, los planes y los presupuestos, el acceso a los elementos de la biodiversidad o la construcción de edificaciones privadas en áreas protegidas (art.39). Las concesiones solo proceden para el caso de áreas silvestres protegidas estatales por disponerlo de esta manera la LB. Dentro de estos servicios no esenciales se enumeran: los estacionamientos, los servicios sanitarios, la administración de las instalaciones físicas, los servicios de alimentación, las tiendas, la construcción y administración de senderos, la administración de la visita, y otros que defina el Consejo Nacional (art 39). **Estas concesiones podrán otorgarse a personas jurídicas sin fines de lucro y que tengan objetivos de apoyo a la conservación, se les dará prioridad a las organizaciones regionales.** Este proceder fue inicialmente establecido en

forma detallada mediante el reglamento para la regulación de servicios y obras contratados con el Servicio Nacional de Áreas de Conservación, No. 28574-MINAE del 21 de febrero del 2000, el cual fue derogado por el decreto No 29386-MINAE publicado en La Gaceta del 27 de mayo del 2001 y fue nuevamente reglamentado por medio del decreto No 32357-MINAE publicado en La Gaceta del 13 de mayo del 2005, denominado “Reglamento para la regulación de las concesiones de servicios no esenciales en las Areas Silvestres Protegidas administradas por el Sistema Nacional de Areas de Conservación”.

Las concesiones y contratos autorizados en el artículo anterior deberán basarse en las estrategias y los planes aprobados en primera instancia por el Consejo Regional y en forma definitiva por el Consejo Nacional, conforme a las leyes y políticas establecidas (art 40). La formulación de estrategias y planes de las áreas protegidas en ningún caso se verá afectada por consideraciones que no sean estrictamente técnicas (art 40).

El reglamento de concesiones establece que todas las contrataciones deben regirse por los procedimientos y requisitos que define la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento (art 6 del reglamento de concesiones). El adjudicatario deberá presentar auditorías financieras externas anuales a satisfacción del Consejo Regional (art 11).

Según la LB las concesiones o los contratos podrán otorgarse a personas jurídicas, con su personería jurídica vigente, que sean organizaciones sin fines de lucro y tengan

objetivos de apoyo a la conservación de los recursos naturales; se les dará prioridad a las organizaciones regionales.” Debe entenderse que al usar el legislador el verbo “podrán” y no “deberán”, no se trata de una norma imperativa sino facultativa. No obstante, se estaría reconociendo una prioridad a las organizaciones sin fines de lucro regionales.

A la fecha no existen concesiones aprobadas de conformidad con la LB pero sí se han aprobado convenios por parte del Consejo Nacional de Areas de Conservación, por ejemplo, el convenio entre el Área de Conservación Amistad Pacífico y una Asociación, relativo a los guías para el ingreso al Parque Nacional Chirripó, pero que no puede considerarse estrictamente una concesión en los términos de la LB.

g- Legislación laboral aplicable en resguardo de los derechos de los trabajadores. Otro cuerpo normativo de interés lo constituye la legislación laboral, especialmente aquella relacionada con salarios mínimos y otros derechos del trabajador como vacaciones, aguinaldos y salud y seguridad ocupacional. En efecto, los cárteles de licitación incluyen en algunas ocasiones disposiciones relacionadas con el deber de cumplir por el oferente y el adjudicatario con las disposiciones relacionadas con los derechos laborales de los trabajadores. El incumplimiento comprobado de las mismas puede ser considerado a la vez un incumplimiento del contrato adjudicado.

De esta manera, se realizaría igualmente un control cruzado entre los procesos de contratación y el resguardo de derechos laborales, como el salario, aguinaldo, salud y seguridad ocupacional. Los cárteles y los respectivos contratos deberían incorporar una cláusula en dicho sentido, que estaría sujeta a ser comprobada eventualmente por la administración.¹⁵ Resultan entonces de particular interés los siguientes cuerpos legales:

- **Ley N 2 de 26 de agosto de 1943 Código de Trabajo**, y su artículo primero el cual “regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social, así como la protección especial de los trabajadores durante el ejercicio de su Trabajo”.
- **Ley 7739 del Código de la Niñez y Adolescencia del 6 de enero de 1998.** Este Código constituye “el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población.” Establece en su capítulo VII, el Régimen Especial de Protección al Adolescente Trabajador, reconociendo el derecho de las personas mayores de quince años a trabajar con las restricciones que impone este Código.

¹⁵ Según comunicaciones personales de Francisco Javier Peralta y Marcela Palma, existen casos de anulación de procedimientos de contratación cuando se ha comprobado que las ofertas presentadas no permiten cumplir con el pago de salarios mínimos. Usualmente, en estos casos se actúa ante recursos interpuestos en el proceso de contratación por otros oferentes, pero igualmente son de recibo en la ejecución contractual misma.

- **Reglamento para la Contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes N° 19220-MTSS del 30 de octubre de 2000**, publicado en La Gaceta N.7 del 10 de enero de 2001, el cual fue establece las condiciones laborales que deben prevalecer en la contratación laboral de personas adolescentes, con énfasis especial en el tipo de labores permitidas y las condiciones necesarias de trabajo , con el fin de proteger su salud, permitir su desarrollo físico, emocional y social, y evitar la ocurrencia de accidentes y enfermedades laborales.

En este orden de ideas, así como se sugiere el estudio de disposiciones de la legislación ambiental a ser incluidas como requisitos de admisibilidad de las ofertas en los respectivos carteles y su correlativa obligación de cumplimiento en la fase de ejecución contractual, un proceder similar puede ser diseñado en el caso de obligaciones laborales de la siguiente manera¹⁶:

“Es importante incorporar **referente a las pautas de compras para el sector público, específicamente en los carteles de licitación el componente de responsabilidad laboral como incentivo y que aumenta la productividad laboral y la competitividad.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe coordinar con la Administración Pública y el programa de compras de bienes y servicios para asegurar **el derecho al trabajo y garantizar las condiciones**

laborales, prevenir el riesgo laboral, la equidad, libertad, seguridad social y dignidad humana, considerando a las poblaciones en condición especial tales como adolescentes trabajadores, adultos, mujeres, y trabajadores con discapacidad.

Es necesario garantizar que los proveedores que ofrecen productos y servicios al sector público cumplan con las **exigencias laborales mínimas, de protección laboral y social, de sus trabajadores o colaboradores de acuerdo a la normativa nacional correspondiente.**

Debe considerarse los siguientes aspectos:

- 1. Remuneración y jornada laboral**
 - 1.1 Salario mínimo, horas extras y feriados
 - 1.2Jornadas y descansos laborales
 - 1.3 Aguinaldo
- 2. Salud y Seguridad laboral**
 - 2.1 Aseguramiento riesgos y seguro social
 - 2.2 Medidas de seguridad –higiene y preventivas
- 3. Igualdad oportunidades y equidad.**
 - 3.1 Edad
 - 3.2 Genero
 - 3.3 Personas con discapacidad
 - 3.4 Contratación de adolescentes trabajadores, bajo Régimen de Protección Especial .
- 4. Prohibiciones. Aplicación de política sobre la prohibición del trabajo infantil.** No contratación de personas menores de 15 años de acuerdo a la legislación nacional vigente y convenios 182 y 138 de la OIT ratificados.”

¹⁶ Esta información ha sido proporcionada por el Ministerio de Trabajo.

CONCLUSIONES.

- El sistema de contratación administrativa debería incorporar principios de sostenibilidad en atención a la legislación y sentencias de la Sala en esta materia, que indican un deben de todas las instituciones de proteger el ambiente y de coordinar entre sí. En el tanto se respeten –esencialmente- el principio de igualdad y libertad de participación o concurrencia, se encuentre una norma que fundamente la exigencia y esta responda a los criterios de razonabilidad y proporcionabilidad desarrollados por la CGR no existiría obstáculo legal alguno para incorporar criterios ambientales y sociales en los carteles de licitación (incluyendo requisitos de ejecución) y en los respectivos sistemas de evaluación de las ofertas. Rige la discrecionalidad administrativa y sus límites establecidos en los artículos 16 y 160 de la Ley General de Administración Pública que deben ser respetados al momento de establecer las condiciones de los carteles y los respetivos sistemas de evaluación. La inclusión de criterios ambientales e incluso sociales no encontraría reparo si se cumplen las condiciones anteriores, lo cual parece estar vinculado más con un tema de capacitación, gestión e información que con aspectos de legalidad. En este sentido la Dirección de Gestión de Calidad Ambiental del MINAET podría convertirse en el órgano catalizador e impulsor de estos procesos mediante la difusión de información y el apoyo técnico según proceda y de conformidad con las competencias de esta Dirección (decretos 31628-MINAE del 9 de octubre del 2003 y sus reformas y

35669-MINAET del 6 de enero del 2010). Lo anterior sin detrimento al hecho que el órgano rector para compras públicas (para el Gobierno Central) en el país es el Ministerio de Hacienda por lo que también sobre esta institución podría recaer dicha función de catalizador o que tal responsabilidad fuera compartida entre ambos.

- Una de las acciones que podrían ser emprendidas para la implementación de las CPS estaría constituida por la determinación de cuales requisitos legales (sociales y ambientales) deberían ser considerados a efectos de ser exigidos como parte de la documentación que el oferente debe presentar o que deban verificarse, de manera similar a lo que acontece el caso de las cuotas de la Caja del Seguro Social. Lo anterior tomando en cuenta la necesidad de permitir una suficiente participación en los procedimientos de contratación que constituye uno de los fines públicos del sistema.
- Una reforma expresa al reglamento de contratación administrativa incorporando los temas de sostenibilidad entre los factores a ser considerados podría ser de utilidad para fomentar las CPS, aunado a procesos de capacitación e información sobre disposiciones técnicas. Al respecto, aunque distinto del tema de CPS, cabe citar las reformas a la legislación en materia de servicios públicos para integrar consideraciones ambientales en los esquemas tarifarios. La Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N° 7593 del 28 de marzo de 1996

(artículos, 14 e)¹⁷ y 31¹⁸), su reglamento y los reglamentos sectoriales aplicables, consideran la inclusión de criterios de sostenibilidad ambiental como parte de los parámetros para la fijación de tarifas. En particular, el reglamento sectorial para la regulación de los servicios de acueducto y alcantarillado sanitario, No. 30413-MP-MINAE-S-MEIC del 25 de marzo del 2002, establece en el artículo 11 que la regulación económica sobre la base de los lineamientos establecidos en la Ley N° 7593, la Autoridad Reguladora aprobará la estructura tarifaria y los precios y tarifas de los servicios, considerando para ello el nivel óptimo

de ingresos y las inversiones requeridas que permitan la operación óptima, el suministro del servicio a niveles aceptables de calidad y cantidad, así como la expansión y mejora continua del servicio al menor costo, **en conciliación con el medio ambiente**.¹⁹

- Igualmente, por medio de un decreto ejecutivo podría oficializarse una política nacional de compras sostenibles²⁰ a ser considerada por los órganos y entes estatales al momento de elaborar sus carteles y los respectivos sistemas de evaluación de las ofertas. Idealmente, el mismo debería ser firmado por distintos

17 Artículo 14.- Obligaciones de los prestadores
Son obligaciones de los prestadores: (Así reformado por artículo 41, inciso a) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008): e) Proteger, conservar, recuperar y utilizar racionalmente los recursos naturales relacionados con la explotación del servicio público, según la legislación vigente.

18 Artículo 31.- Fijación de tarifas y precios.
Para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestadoras. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.
Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan nacional de desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.
La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente.
De igual manera, al fijar las tarifas de los servicios públicos, se deberán contemplar los siguientes aspectos y criterios, cuando resulten aplicables:
a) Garantizar el equilibrio financiero.
b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos efectivos; entre ellos, pero no limitados a esquemas tipo B: (construya y opere, o construya, opere y transfiera, BOO), así como arrendamientos operativos y/o arrendamientos financieros y cualesquiera otros que sean reglamentados.
c) La protección de los recursos hídricos, costos y servicios ambientales. (Así reformado, todo el artículo, por el artículo 41, inciso g) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

19 Solo a título de ejemplo, se puede citar RRG-9289-2008 publicada en La Gaceta del 11 de diciembre del 2008, la cual con respecto a las condiciones de calidad para los servicios de acueductos comunales (delegados por el AyA), entre otros aspectos, otorga un plazo de 8 años para elaborar una estrategia para la protección y rehabilitación de las cuencas en cada uno de los acueductos rurales, según la priorización que se realice (Por tanto, No II, punto I).

20 A la fecha de elaboración de este artículo, se trabaja en la elaboración de una propuesta de texto para la política sobre SPP.

Ministerios, incluido el de la Presidencia. Esta política serviría de norma habilitante para las instituciones y órganos al aplicar la discrecionalidad administrativa para incorporar, según proceda de conformidad con el objeto contractual, requisitos ambientales y sociales.

REFERENCIAS.

Romero Pérez, Jorge, *Las compras verdes: el enfoque ambiental de la contratación pública*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 120, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2009.

ENTREVISTAS ESPECÍFICAS

Francisco Javier Peralta Beer, Director de Normas y Procedimientos de la Dirección de Administración de Bienes y Contratación del Ministerio de Hacienda.

Marco Vinicio Alvarado, Gerente Asociado de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Marcela Palma, Abogada quien tuvo a su cargo los aspectos legales del Manual de Compras Verdes, Contraloría General de la República.

Ileana Ramírez, Jefe de la Dirección de Contratación Administrativa, del Instituto Costarricense del Café.

COMENTARIOS A LA LEY DE IMPUESTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Prof. Carlos Carrera

Mediante el Alcance 111-A de la Gaceta No 249 de fecha 27 de diciembre de 2011, ha sido publicada la **LEY DE IMPUESTO A PERSONAS JURIDICAS**, No. 9024 de 23 de diciembre de 2011, que grava a todas las sociedades mercantiles, sucursal de una sociedad extranjera o su representante, empresas individuales de responsabilidad limitada, inscritas o que en adelante se inscriban según la redacción del artículo 1 de la Ley 9024.

Con independencia de la finalidad o propósitos fiscales que la ley persigue, pretendemos hacer una exigua contribución desde el punto de vista del derecho mercantil en lo relativo a lo que la ley regula respecto de esa disciplina para señalar algunas imprecisiones que padece ésta.

1. De la denominación de la ley

La ley número 9024 de 23 de diciembre de 2011, se denomina **LEY DE IMPUESTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS**. Tal nomenclatura es equívoca por que la ley no crea un impuesto a todas las personas jurídicas (artículo 33 y 36 del Código Civil) sino solamente a aquellas que explícitamente regula en el cardinal 1 citado. Son sujetos pasivos del impuesto los indicados en el artículo 1 de la ley 9024, no todas las personas jurídicas inscritas en los respectivos registros. El Proyecto de Ley que sirvió de

base para el dictado de la ley 9024, era consecuente con su denominación, dado que proponía un impuesto a todas las personas jurídicas inscritas en el Registro Público o las que se inscribieran posteriormente, sin embargo, el Poder Legislativo aprueba ahora una ley que impone el tributo o impuesto a ciertas personas jurídicas, concretamente a todas las sociedades mercantiles (artículo 17 del Código de Comercio) inscritas o que se lleguen a inscribir (no contempla las sociedades irregulares o de hecho – artículos 22 y 23 del Código de Comercio), a las sucursales de sociedades extranjeras (artículos 226 a 233 del Código de Comercio) y su representante legal, que quizá en todo caso era innecesaria su mención, dado lo dispuesto en el artículo 5 inciso d) del Código de Comercio –por tratarse de sociedad mercantil- y la empresa individual de responsabilidad limitada (artículos 9 a 16 del Código de Comercio), pero no se modifica el nombre de la ley (Ley del Impuesto a Personas Jurídicas). Quedan al margen del impuesto, personas jurídicas, tales como las asociaciones, fundaciones, cooperativas, sociedades civiles y la duda respecto de algunas sociedades de naturaleza mixta, como las sociedades anónimas deportivas y las sociedades anónimas laborales. En fin la denominación peca de excesiva, dado que el nombre Ley de Impuesto a las Personas Jurídicas es muy amplio y su aplicación restringida a los sujetos pasivos arriba mencionados.

Cabe advertir que el canon 8 de la ley exonera a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), que realicen actividad productiva permanente y se encuentren inscritas en el Registro que al efecto llevará el Ministerio de Economía. Entonces, aquellas PYMES que tengan la estructura de una sociedad mercantil o empresa individual de responsabilidad limitada, en virtud que no toda PYMES debe estar estructurada como sociedad mercantil o EIRL, entonces, están exoneradas del pago del tributo creado por la ley relacionada.

2. De la des inscripción y extinción de la persona jurídica

- a) Para entender el tema de la extinción de la persona jurídica, en especial de las sociedades mercantiles y la empresa individual de responsabilidad limitada debemos acudir a las normas que regulan su inscripción y reconocimiento como personas jurídicas. Así tenemos los artículos 9, 10, 18 y 20 del Código de Comercio. Independientemente de la teoría que sigamos en esta materia, el acto formal de la inscripción en el Registro Mercantil constituye el *reconocimiento del ordenamiento jurídico* de un sujeto de derecho al que se le atribuye personalidad jurídica.

El numeral 20 del Código de Comercio expresamente dispone: *“Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo”*. En consecuencia, las sociedades mercantiles inscritas

tienen personalidad jurídica, no gozan de ese privilegio las sociedades de hecho e irregulares (artículo 22 y 23 del Código de Comercio), ni las cuentas en participación (artículo 21 del Código Mercantil).

Entonces la sociedad nace o emerge a la vida jurídica con el acto de inscripción. Aunque el Código de la materia explícitamente no señale con precisión el momento de la extinción o muerte de la persona jurídica hemos de entender que ocurre con el acto opuesto, es decir, la des inscripción en el Registro Mercantil. (excepciones de casos de des inscripción regulados tenemos artículo 230 del Código de Comercio, respecto de la agencia o sucursal de sociedades extranjeras, que puede retransferir su sede a otro territorio sin previa disolución (Código de Bustamante).

A propósito de las sociedades mercantiles la expiración de su vida jurídica no es igual que la persona física. Esta última tiene su causa de muerte, muerte y posterior liquidación de su patrimonio. Mientras en las sociedades mercantiles el proceso es diferente, en tanto, debe seguir tres fases consecutivas: en primer lugar tenemos la disolución (causa de muerte), en segundo lugar la liquidación del patrimonio (realización de activos, verificación y cancelación de pasivos) en vida de la sociedad y por último su muerte (extinción) que corresponde al fenómeno de su extinción y desaparición como persona jurídica. Por ende, la disolución no es equivalente a extinción, dado que la sociedad disuelta por cualquiera de las causas previstas en los artículos 20 y 201 del Código de Comercio, entra en fase o estado de liquidación pero conservando la personería jurídica. Es decir, la sociedad disuelta por cualquier causal permanece

vigente como persona jurídica, así lo declara el cardinal 209 del Código de Comercio. Debe advertirse, no obstante, algunas resoluciones completamente equivocadas dictadas por nuestros tribunales que han llegado a sostener que cuando la sociedad se disuelve, si esta realiza alguna actividad se convierte en una sociedad de hecho y los socios de ella responden de manera solidaria. Esa interpretación judicial es contraria a lo regulado y previsto en el cardinal 209 del Código de Comercio que mantiene la personalidad jurídica de la sociedad disuelta. Dictada u ocurrida la disolución la sociedad entra de pleno derecho, es decir, inmediatamente en fase de liquidación.

Señalamos lo anterior para analizar el artículo 6 de la Ley del Impuesto a las Personas Jurídicas. Dicho artículo sanciona con la disolución de las personas jurídicas afectadas por este impuesto en el Registro Mercantil cuando no haya cancelado durante tres periodos consecutivos el monto o suma que le corresponde por concepto de impuesto, regulando de manera extraña seguidamente **“la cancelación de la inscripción”** en el Registro y la anotación de bienes, estableciendo adicionalmente en el párrafo final de dicho artículo una hipoteca o prenda legal a favor de la Administración por el impuesto creado.

Conforme lo expuesto notamos indiscutiblemente que el redactor de la Ley desconoce los institutos societarios de la disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles. Aunque ya resulta cuestionable y desproporcionada la sanción de la des inscripción por el no pago de tributos, el redactor del Proyecto entroniza como nueva causal de disolución —a las previstas en los artículos 20, 101 y 201 del

Código de Comercio- el no pago durante 3 periodos consecutivos del tributo, obliga al Registro a enviar publicación al Diario Oficial La Gaceta conforme al numeral 207 del Código de Comercio y posteriormente manda la cancelación de la inscripción, lo que debe entenderse como su des inscripción. Se trata de una extinción sin liquidación, en tanto, la norma establece la causal de disolución pero no se prevé la etapa siguiente, es decir, la liquidación de la persona jurídica, sino la cancelación de la inscripción en el Registro. Esta redacción trae graves consecuencias. Aunque el precepto dispone que se debe anotar los bienes muebles e inmuebles que la persona jurídica tenga inscritos, no se establece quien debe ordenar esa anotación y a favor de quien. Aunque puede asumirse que lo hará el Registro y a favor del Fisco la técnica legislativa correcta ha debido indicar el sujeto obligado a realizar tal anotación. Pero una vez anotados los bienes cuál debe ser el procedimiento para cobrar el tributo? En principio la sociedad no existe (como consecuencia de su “cancelación”), entonces, no hay representante legal para seguir contra la persona jurídica un proceso judicial donde previa garantía del debido proceso la sociedad pueda defenderse. Como ejecutar la hipoteca o prenda legal? Otro asunto que debe llamar a la meditación, qué ocurre con los otros pasivos o deudas de distinta naturaleza a la impositiva, que tenga la sociedad con terceros o socios, si la sociedad como tal ya se encuentra extinta, dónde y cómo pueden exigir esa obligación dichos acreedores.

En una correcta técnica legislativa el proceso debe ser como lo apuntamos arriba: 1) disolución 2) liquidación y 3) extinción o des inscripción en el Registro Mercantil. La norma 6 de la Ley debe ser corregida para que el

no pago por tres períodos consecutivos del impuesto a las personas jurídicas que lo deban cancelar (en tanto el sujeto pasivo de la obligación tributaria no son todas las personas jurídicas) constituye causal de disolución, para entrar inmediatamente en la fase de liquidación utilizando la normativa prevista en los artículos 209 a 219 del Código de Comercio, sin necesidad de entrar a inventar supuestos fácticos como la anotación de bienes. Ahora bien que sucede con los bienes o activos de la sociedad extinta.

El artículo 6 debe mejorarse en tal aspecto y continuar con la etapa de liquidación por medio del liquidador o liquidadores que se nombren por la asamblea general extraordinaria de socios o en su defecto por el que designe el pacto social. En la etapa de liquidación se verifican y determinan todos los pasivos y se realizan los activos, para que con el resultado de los activos se cancelen los pasivos existentes en su totalidad o en forma proporcional en el caso que los pasivos sean superiores a los activos. En caso de existir un remanente o saldo se distribuye a los socios como el derecho a cuota de liquidación (artículo 216 del Código de Comercio). Finalizada la liquidación se procede a desinscribir o extinguir la sociedad.

- b) Desde el punto de vista mercantil debemos analizar el tema que regula el transitorio II de la Ley que estipula: “Las sociedades mercantiles, subsidiarias de una sociedad extranjera o su representante, las empresas individuales de responsabilidad limitada que se disuelvan en el plazo de tres meses contados a partir de la entrada

en vigencia de ésta ley no pagarán este impuesto. *Vencido este plazo sin completar el proceso de disolución, los contribuyentes deberán cancelar el impuesto en los términos previstos en esta Ley.*”. En el fondo lo que dispone la Ley es que la sociedad disuelta al amparo de este transitorio II está exenta del pago del impuesto que crea la ley siempre que tal disolución se realice dentro de los 3 meses posteriores a la entrada en vigencia de la ley. Nuevamente el redactor confunde disolución con extinción. Dado que la sociedad disuelta no es una sociedad extinta. La sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica como ente o sujeto de derecho y el redactor lo que está regulando es otra cosa. En nuestro medio de manera errada los abogados y notarios recomiendan reducir el plazo social a las sociedades mercantiles para supuestamente de esa forma desaparecer la sociedad (art. 206) lo que no es cierto dado que coexiste la responsabilidad de los administradores (208 del Código de Comercio) y personalidad jurídica (209 del Código de Comercio). No es correcto sustentar que una sociedad disuelta este exenta de sus responsabilidades tributarias o legales en general. Los administradores de la sociedad no cesan en su cargo por causa de la disolución y mantienen inalterada su responsabilidad individual y social. Si la sociedad adeuda tributos de períodos anteriores o se generen posterior a su disolución deben ser cancelados a la Administración Tributaria la que puede perseguir los bienes sociales para tal efecto y demandar su pago en la figura del liquidador.

3. Renuncia del cargo de representante legal

El Transitorio IV regula el fenómeno de la renuncia de los representantes legales de las sociedades anónimas, sucursales extranjeras y el de EIRL, nótese que nuevamente con pésima técnica legislativa se le concede esa facultad solamente a los funcionarios que ejerzan la función representativa, en ese caso: al presidente de la junta directiva en las S.A. (artículo 182 y posición jurisprudencial de la Sala I), otros funcionarios que conforme al pacto social se les haya conferido la representación legal, al Gerente y/o subgerente en la SRL (art. 89) y al Gerente en la EIRL (art. 10 inciso f y párrafo in fine), no se confiere u otorga ese derecho a los demás miembros de los consejos de administración o gerencias que no tenga el carácter de representante legal. Sin embargo, el problema es más grave, dado que el administrador (miembros de junta directiva en las sociedades anónimas, gerente y/o subgerente en las sociedades de responsabilidad limitada y gerente en la EIRL) deben ser nombrados por el órgano competente y estos aceptar su cargo. En materia de S.A. ver artículos 18 inciso 12, 116 inciso e), 155 inciso c), 185, 235 inciso e) del Código de Comercio.

La renuncia es una causa de cesación del administrador en su cargo. El procedimiento correcto que fija la doctrina mercantil y de manera indirecta se infiere del Código de Comercio ante falta de disposición expresa, consiste en que se renuncia ante el órgano que tiene competencia para hacer el nombramiento (en su caso, asamblea general ordinaria de socios en las S.A. y S.R.L. y ante el propietario en la EIRL), lo que no siempre

ha sido aceptado de manera uniforme, pues existen precedentes judiciales de la facultad de renunciar del administrador mediante carta-renuncia. Por lo tanto, en materia de sociedades mercantiles se renuncia ante la asamblea de socios competente y la misma surte efecto solamente después de su aceptación e inscripción en el Registro Mercantil, en el caso concreto de las S.A. de conformidad con la relación armónica de los artículos 19, 155 inciso c) 181, 185, 235 incisos d) y e) del Código de Comercio con el 1251 del Código Civil. Para SRL ver artículo 94 del Código de Comercio.

La ley establece un plazo de 24 meses para que los representantes legales de las personas jurídicas que indica puedan renunciar comunicando su decisión en el domicilio social, lo que a fuerza de ser sinceros, ésta renuncia está prevista únicamente para las sociedades mercantiles que son las que tienen domicilio social, según el artículo 18 inciso 10 del Código de Comercio, salvo que análogamente se estime que rige también para el supuesto normado en el precepto 10 inciso b) del mismo cuerpo legal. Esa comunicación de renuncia al domicilio social y posterior protocolización e inscripción en el Registro Mercantil traería consecuencias nocivas para el derecho societario costarricense.

En primer lugar la renuncia se hace mediante comunicación a un domicilio social y no ante el órgano que ha nombrado al funcionario, administrador o representante legal, lo que implica que el administrador renuncia sin ninguna consecuencia jurídica y la sociedad no está compelida a aceptar o rechazar su renuncia, pues la misma es “ex legem”, ni se regula el trámite de sustitución del

administrador renunciante, salvo que se interprete que entra a regir lo dispuesto en la parte final del párrafo primero del artículo 185 párrafo final que establece que cuando la escritura social omita regular la forma en que se llenaran las vacantes temporales o definitivas de los consejeros se debe convocar inmediatamente a asamblea general (no obstante, la asamblea podría no reunirse para colmar la vacante dado que no existe sanción en caso de omisión).

En segundo lugar, qué sucede con las responsabilidades legales que al administrador le puedan corresponder en el ejercicio de su cargo. Con la renuncia de su cargo e inscripción en el Registro Mercantil se eximirá de las eventuales responsabilidades en el ejercicio de su cargo? (arts. 92 y 189 del Código de Comercio). Podrá posteriormente la sociedad instaurar la acción social (art. 192) de responsabilidad a un administrador que renunció y que la misma ya fue inscrita en el Registro?

En tercer lugar, quizá el más complicado, este transitorio, en caso de prosperar como se encuentra redactado, generaría la acefalía de los órganos gestores o representativos de las sociedades mercantiles con perjuicio para los terceros, la seguridad jurídica y la administración de justicia. Si el representante legal renuncia y basta para ello comunicar, protocolizar e inscribir en el Registro para lograr tal efecto. Renunciado el representante legal, la ley no regula la forma de llenar las vacantes (salvedad del artículo 185 citado), tampoco como nombrar el nuevo representante en el Registro mercantil, con lo cual estaríamos en presencia del caos societario. No podría regir el numeral 186 del Código de Comercio que evita la acefalía dado que se trata de una renuncia plena

aceptada por la ley y el renunciante se retira de la sociedad sin ninguna consecuencia jurídica. Mientras que el artículo 186 del Código de Comercio rige para el supuesto de cesación del cargo por vencimiento del plazo en cuyo caso para evitar la acefalía la ley prevé que el administrador continuará en el ejercicio de su cargo hasta que el sustituto pueda ejercer el mismo, sea, que se haya inscrito su nombramiento en el Registro Mercantil. Las sociedades se volverían sujetos irresponsables, dado que las acciones judiciales o administrativas no se podrían notificar, en tanto, carecerían de representante legal y en el supuesto de notificarse en el domicilio social quien las podría atender o contestar. Todas las anteriores preocupaciones son consecuencia de un manejo inadecuado de la materia mercantil por parte de personas que desconocen el tema. Qué ocurre con los procesos judiciales en curso contra una sociedad mercantil donde su representante legal se acoge al beneficio previsto en la ley y renuncia dejando a la sociedad sin representación judicial. Debemos acudir al nombramiento de curadores procesales?

Ahora bien, como solución de “lege ferenda”, proponemos que el punto que se pretende regular consiste en facultar a los administradores a renunciar de su cargo para evitar ser responsables de la solidaridad tributaria que el Proyecto establece. En tal caso lo que debe hacerse es redactar un artículo en los siguientes términos: “A partir de la entrada en vigencia de la ley, dentro del plazo de 12 meses, las sociedades mercantiles, agencias y sucursales, deberán ser convocadas por el funcionario u órgano competente a una asamblea general de socios para conocer de la renuncia al cargo de administrador, en los

casos que los representantes legales hayan comunicado al domicilio social registrado en el Registro Mercantil, su deseo de renunciar al cargo. En el supuesto de omisión del funcionario u órgano competente de realizar la convocatoria y celebrar la asamblea dentro de los 3 meses siguientes a la recepción de la renuncia, el administrador que ha renunciado quedará facultado para promover solicitud de convocatoria judicial ante el juez civil del domicilio de la sociedad siguiendo los trámites del artículo 161 del Código de Comercio para que el Despacho Judicial convoque a los socios de la sociedad y se ordene la celebración de asamblea general de socios en el Juzgado para conocer de la renuncia planteada. La sociedad se reservará el derecho de

rechazar la renuncia en el caso que se deba ejercer la acción social de responsabilidad contra el renunciante. El acuerdo de renuncia deberá ser aprobado por el 51% de los socios presentes o representados en la asamblea respetiva. El juez presidirá la asamblea en forma ad hoc. El mismo procedimiento deberá seguir el gerente o subgerente de la EIRL con las salvedades respecto de su naturaleza, respecto de la convocatoria del propietario del capital de la EIRL. En la misma asamblea de socios se deberá nombrar los administradores sustitutos de los que hayan renunciado. Mientras no se nombren los administradores que sustituyan al representante legal renunciante el nombramiento de este permanecerá vigente.”

ALGUNAS IDEAS EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONA ADULTA MAYOR¹

Prof. Ricardo Valverde Gómez

Para mi maestro y amigo, más bien mentor, que me enseñó las claves del Derecho Internacional y de los derechos de la dignidad humana, y del que nunca he dejado de recibir consejo y aprecio. Para mi admirado colega, José Luis Molina Q., uno de los mejores seres humanos que conozco y conoceré. Mucho de lo que aquí escribo, ni siquiera lo hubiera comprendido si no fuera por la chispa académica y humanista que el gran profesor, jurista, juez y amigo José Luis Molina ayudó a prender en mí, para provecho mío y de las futuras generaciones a las que yo pueda enseñar.

Gracias infinitas, don José Luis, gracias Maestro....
RV

Algunas reflexiones iniciales sobre la humanidad del derecho

Como profesor universitario de muchos años, como hijo y como padre, pero sobre todo como ser humano, celebro la posibilidad de reflexionar sobre un tema relativamente poco desarrollado en la teoría iushumanista de hoy: los derechos humanos de las personas adultas mayores. Esta temática, además de importarme por ser de mi más vivo interés, también me incumbe profundamente.

Me incumbe porque los más de noventa años de mi madre son un recordatorio constante de

lo poderoso que es el amor y de lo relevante que es el entorno familiar y el ámbito de lo público para asegurar estas manifestaciones de una vida larga, que se pueda disfrutar digna y plenamente, día con día.

Me importa porque es una oportunidad para reflexionar sobre algunas de las aplicaciones que tiene esta materia fascinante que es el Derecho; lo mismo podría decirse por la riqueza académica y práctica que la clarificación de esto tiene para la vida de muchas personas; me importa porque abre perspectivas diferentes del trabajo que desde la sociedad civil se hace con poblaciones

¹ RICARDO VALVERDE GÓMEZ. Profesor de la Facultad de Derecho UCR y de la Escuela Libre de Derecho, abogado costarricense, Especialista en Derecho Internacional (UCR) y en Derechos Humanos (U de Chile). Consultor en temas políticos, electorales y de derechos humanos. Las ideas de este artículo tienen como base la intervención del autor en el acto de lanzamiento público del Proyecto “Observatorio de los Derechos Humanos de las personas Adultas Mayores”. AGECO, 17 de junio de 2008.

específicas – como los adultos mayores-, trascendiendo del sentido asistencialista y de mera solidaridad (por lo demás muy importantes) a una dimensión diferente, como es la realización, protección y ampliación de derechos².

Pero sin duda, me incumbe más que nada, porque es una oportunidad para reflexionar sobre los alcances que tiene hoy en día la teoría y la práctica de los derechos humanos; una de las ramas más dinámicas del Derecho actual, cuya especialización constante nos lleva de las grandes generalidades consolidadas (v.gr. derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales), a espacios y niveles cada vez más concretos y específicos de desarrollo, para provecho de ciertos temas y sujetos que hoy se benefician directamente de esta evolución.

Nunca dejo de compartir con mis estudiantes de la Facultad de Derecho y de la Escuela Libre de Derecho, la celebración y la constatación de que hoy en día es mucho más fácil, comprensible, y para algunos hasta legítimo, hablar de Derecho Internacional, del vínculo fecundo y rico que existe entre esta materia y el derecho interno de los Estados³, y por supuesto, hablar de derechos humanos. Quienes tenemos más de dos décadas de contacto con estos asuntos⁴,

podemos atestiguar los pulsos y las batallas que ha sido necesario librar, para estar hoy en este punto. Aunque dichosamente, la fe inquebrantable en la evolución de las ideas y del Derecho, no nos ha dado razón alguna para desfallecer.

Basta con ver el mundo globalizado en que vivimos para saber porqué ya no hace sentido cuestionar la existencia o juridicidad del Derecho Internacional o pensar que los derechos humanos son, como se planteaba antes, en el mejor de los casos, cortesía internacional o bien concesiones graciosas que hacían los Estados a las personas.

Generalmente se critica la globalización por sus efectos económicos en la vida de los pueblos y de la gente, pero además de ser hoy ciudadanos más globales⁵ en cuanto al acceso a la información y a la cotidianidad planetaria de lo bueno y malo que tenemos en el mundo, lo somos también en cuanto a la conciencia y respeto de los derechos humanos⁶. Por eso no nos es indiferente un desastre natural que arrasa un país relativamente lejano como Myanmar y el retorcido tratamiento mediático que de ello tiene la Junta Militar que ahí gobierna, la sentencia de muerte de una joven viuda considerada “adúltera” en Nigeria que concita una movilización mundial para salvarla, las

2 De manera análoga, la temática relacionada con la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes ha tenido un interesante desarrollo conceptual y reflexivo. Vid. VALVERDE, Ricardo. “La prevención y eliminación de las peores formas de trabajo infantil: un reto para la democracia y el desarrollo humano”. En: Defensa de los Niños Internacional (DNI). Reflexiones acerca del trabajo infantil y adolescente, Ginebra, 2004, pp. 15-26.

3 PUENTE EGIDO, J. Lecciones de Derecho Internacional Público, Vo.I, Madrid, Dykinson S.L, 1992, pp. 55 y ss; MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público, 2ª ed. Bogotá, Temis, pp. 85 y ss; ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público, 3ª ed, Barcelona, Ariel, pp. 9 y ss.

4 O más, como el maestro José Luis Molina Quesada, que es un pionero del Derecho Internacional en Costa Rica, y con el que muchas veces hemos reflexionado sobre esto a través de los años.

5 Interesante referencia: CORTINA, Adela. Ciudadanos del mundo, Hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid, Alianza editorial, 1ª reimpresión, 1999. 265 pp.

6 CERDAS, Rodolfo. América Latina. Globalización y democracia. San José, FLACSO/Costa Rica, 1997, 50 pp.

peores formas de trabajo infantil en Asia o Latinoamérica, el apabullante derrumbe de las Torres Gemelas en Nueva York por la acción terrorista, la aplicación de torturas y tratos degradantes a los prisioneros de la cárcel militar de Abu Grahیب en Irak, el golpe de estado en Honduras o los procesos de juzgamiento de dictadores como Augusto Pinochet o los miembros de las Juntas Militares argentinas.

Hoy los costarricenses somos más conscientes del valor del Estado de Derecho⁷ y sensibles a la protección y defensa de nuestros derechos fundamentales; además tenemos una Constitución Política que es más cercana a la gente y que recoge las principales expresiones de los derechos humanos, pero que no los agota⁸. Hoy no concebimos a Costa Rica y a la vida de los costarricenses sin la vigencia y funcionamiento de la Sala Constitucional⁹ o la Defensoría de los Habitantes, instituciones ambas que no existían hace relativamente pocos años, antes de la década de los noventa del siglo pasado¹⁰.

Si se nos permite la licencia (no tan ficticia) de comparar el Derecho con la vida misma, vamos a encontrarnos significativas e interesantes similitudes. El Derecho no es

sólo normas, sólo hechos o sólo valores, sino que como apuntaba el maestro Miguel Reale, es una combinación tridimensional y armoniosa de todos esos factores.

Es un producto cultural, y entendemos por tal, una creación de, por y para los seres humanos. Es algo vivo, dinámico, con tendencia al progreso¹¹ (hasta que por efecto de la dialéctica que le caracteriza se vuelve a veces pesado, ineficaz o retardatario y entonces necesita remozarse y reformularse total o parcialmente¹²) y que para ser bueno y consecuente, se debe cimentar en un alto contenido ético¹³. Por eso decimos con convicción y sin traumas, que es como la vida.

Pero....”no es la vida lo que hay que estimar principalmente....”, decía el sabio Sócrates, “...sino la buena vida”.

Razón entonces para entender que lejos de ser como una foto, o como un código escrito sin alma, o como un valor etéreo que se proclama pero no se puede disfrutar, el Derecho es una invitación constante a la construcción de ese espacio de realización que nos da como producto final más justicia, más equidad, más paz, más felicidad, más bienestar o más realización. En suma, los

7 Vid. GONZÁLEZ CASANOVA, J.A. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Barcelona, Vicens-Vives, 5ª reimpresión, 1994. 564 pp.

8 Pues en el derecho penal, el laboral, en la salud, en la educación y en otros muchos campos, estos también tienen realización.

9 Desde donde también, y no por casualidad, el talento y el compromiso de José Luis Molina le ha dado grandes cosas a Costa Rica.

10 PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia. Vols. I y II. San José, 2001, pp. 174 y 493 respectivamente.

11 Vid. LACLAU, Martín. La historicidad del Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994. 214 pp.

12 Se recomienda en este sentido la clásica obra: NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social, México, Siglo XXI editores, cuarta ed. 1980, 172 pp. Otro trabajo notable del mismo autor: NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho, política y democracia. Un punto de vista de izquierda. Bogotá, Temis, 1983, 225 pp.

13 CORTINA, op.cit, pág. 259.

componentes de esa “buena vida” de la que hablaba en gran Sócrates.

Pero el viejo “Derecho en general”, como producto de la cultura que es – o sea, resultado del quehacer humano –, tiene miles de años de estar sobre este mundo y ha pasado por formas muy diversas: desde la imposición del equilibrio brutal y a veces despiadado expresado por el Código de Hamurabi y su famoso “ojo por ojo – diente por diente” de origen semítico, pasando por el Derecho Natural que al identificarse básicamente con valores fue mutando desde las sociedades antiguas como la griega y romana, a la voluntad divina que propugnaban los Padres de la Iglesia o el racionalismo de Rousseau, que fue un antecedente junto con los enciclopedistas, de las ideas libertarias de la Revolución Francesa, hasta tiempos más recientes en los que privó el positivismo que endiosó la norma vigente antes que los valores, o aparecieron doctrinas más sociológicas o abiertamente socialistas que apelaban al valor histórico del quehacer jurídico como una emanación necesaria de su propio tiempo y sociedad a la que sirve¹⁴.

Si esa reflexión es útil para entender la misión del “Derecho en general” entre los seres humanos, con mucho más razón es válida si nos interesa afinar el entendimiento y conocer aquella rama de lo jurídico que se asocia con la dignidad humana. En efecto, y aun a riesgo de que el resto de estas ideas resulten redundantes, es importante clarificar que los derechos humanos no son otra cosa que eso: los derechos de la dignidad humana.

Los derechos de la dignidad humana¹⁵

Así las cosas, sea que nos identifiquemos con el derecho natural que encuentra antecedentes remotos de los derechos humanos desde que hay seres humanos sobre la tierra hasta nuestros días, o los que de manera más apegada a los referentes sociológicos e históricos, creen que los derechos de la dignidad surgen sólo después de las condiciones que la Humanidad experimenta de los siglos XVI en adelante, con la creación de los Estados Nacionales y democráticos forjados luego con los atributos del constitucionalismo moderno, lo cierto es que estamos en presencia de una rama del Derecho notablemente más joven. Ni se diga si tomamos en consideración que estos desarrollos hasta entonces sólo conocidos dentro de los sistemas jurídicos de los estados, se proyectan en la esfera de la protección internacional hasta después de terminada la Segunda Guerra Mundial, hace un poco más de seis décadas.

Desde entonces, la evolución de estos derechos tiene desarrollos autónomos (aunque interconectados) en ambas esferas de lo jurídico. Los derechos humanos, se encuentran recogidos tanto en los ordenamientos constitucionales e institucionales de cada Estado como en el marco del sistema universal (vigente en la Organización de las Naciones Unidas), y por supuesto, en los diversos sistemas regionales de protección y promoción que nos encontramos por ejemplo en la Organización

de Estados Americanos (OEA)¹⁶, en la Unidad Africana (UA) o en el Consejo de Europa.

Pero la naturaleza de esta rama del Derecho en constante y vertiginosa construcción, no sólo se asocia con el eje de la relación derecho internacional – derecho interno. También ha sido una evolución que se ha manejado en el eje de lo general a lo particular. De los lejanos derechos civiles y políticos que nos vienen desde la Revolución Francesa (libertades clásicas de reunión, expresión, de prensa, de elegir y se electos, etc), pasando por los económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, a la educación, al trabajo y sus condiciones, etc)¹⁷ que desde inicios del siglo XX se recogieron en constituciones como la mexicana de Querétaro, la soviética o la alemana de Weimar al final de la primera década de ese siglo veinte, para constituir ambas dimensiones el núcleo duro de los derechos humanos; hasta desarrollos más recientes como los llamados “derechos de la solidaridad” (derecho a la paz, a un medio ambiente sano, al desarrollo o la libre autodeterminación de los pueblos)¹⁸ o la protección sobre conglomerados humanos específicos: los derechos de las mujeres¹⁹, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las personas con VIH sida, por lo demás

libres de cualquier tipo de discriminación, de la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Es pues, en este último estadio de evolución – propio de las últimas décadas - donde nos encontramos algunos derechos humanos “nuevos”, asociados con la edad de las personas, sean estos niños, niñas o adolescentes, jóvenes o adultos mayores.

Su aparición histórica y por ende su evolución en el conjunto de los derechos de la dignidad son diferentes; pero ninguno es más importante que los otros. La razón es sencilla aunque no tan obvia: los seres humanos, tanto colectiva como individualmente, los necesitamos todos para que exista una realización plena de la dignidad humana. Si nos falta alguno o algunos de ellos, estaremos echando de menos alguna o algunas esferas de nuestra propia dignidad²⁰.

Por eso de paso, es que no resulta consecuente aceptar que los derechos humanos puedan ser privilegiados unos sobre otros, regularse o practicarse parcialmente. Igual que uno no puede ser “medio” privado de la vida o “medio” torturado o “medio” desaparecido de manera forzosa, no es

14 VALVERDE, Ricardo. Los derechos Humanos. Parte General, San José, UNED, 1992, pp.39 y ss.
15 GROS ESPIELL, Héctor. Estudios sobre derechos humanos, tomo II. IIDH-Civitas, Madrid, 1988. 384 pp.

16 Una obra clásica: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984. 383 pp. Una obra reciente: RODRIGUEZ, Víctor. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). Compilación de materiales de apoyo para el estudio del caso y otros documentos complementarios. XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, 2009, pp. 141-159.
17 ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002, 254 pp; IIDH. Memoria VI Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales: de la norma a la realidad, San José, 2009, 466 pp.
18 Recurso tripartito de clasificación que es muy didáctico, pero altamente criticado por la doctrina especializada por la potencialidad de que se deriven entre los distintos tipos de derechos alguna prelación o jerarquía, incompatible con su naturaleza de correlación e interdependencia.
19 BAREIRO, Line y TORRES, Isabel, Igualdad para una democracia incluyente. IIDH, San José, 2009. 547 pp.
20 VALVERDE, Los Derechos Humanos, pp. 104-106

posible aceptar que en un país se “medio” respete la libertad de expresión o se hagan elecciones “medio” limpias y competidas, se “medio” respete el derecho a la salud o la educación. Por esa misma razón, no se vale que “medio” regulemos o protejamos los derechos de las personas adultas mayores.

Y resulta que este es un compromiso con la dignidad que se manifiesta en todos los ámbitos de la vida: en nuestras actuaciones individuales como seres respetuosos de los derechos humanos y en todas las esferas colectivas en las que interactuamos, sea en el núcleo básico de la familia, en el trabajo, o en la sociedad. Esto es importante para precisar bien los radios de acción en los que hay que monitorear, evaluar y proteger los derechos o eventualmente denunciar su vulneración.

La protección de los derechos humanos en el ámbito privado y en el ámbito social. Espacio para un observatorio de los derechos de la persona adulta mayor.

Las presentes ideas son algo más que un resumen de los derechos concernidos, una serie de reflexiones sugeridas por los campos diversos en los que el trabajo de un observatorio de derechos de la persona adulta mayor, puede tener como impacto relevante en nuestra sociedad. Pero a la vez no son otras cosa que algunas reflexiones en

clave de derechos humanos, en torno de un mecanismo novedoso y creativo, orientado a destacar lo más relevante de la dignidad de las personas adultas mayores.

Si bien quien escribe no es un estudioso o especialista en el tema de este tipo de derechos humanos (de la persona adulta mayor), lo cierto es que un poco de experiencia, el estudio detenido de algunos textos de la realidad nacional e internacional comparada y algo de sentido común, permiten concretar de esta manera ciertas notas que pueden resultar de interés para una organización como la Asociación Gerontológica Costarricense (AGECO) y su proyecto de establecer un *Observatorio de los derechos humanos de las personas adultas mayores*:

Institucionalidad democrática:

¿Pueden estos derechos tener adecuada vigencia en una sociedad que a la vez no sea plenamente democrática?²¹ Me inclino a creer que la respuesta es que no.

Si el ambiente social en el que buscamos la realización de los derechos de la persona adulta mayor no tiene los atributos de un sistema democrático, es difícil que esos mismos elementos los encontremos en la familia, o en otros ámbitos de la realidad social. Una dictadura o un régimen autoritario son en teoría altamente gobernables, pero al no ser esta gobernabilidad democrática, es probable que encontremos limitaciones a la tolerancia

o al ejercicio libre de las ideas de todo tipo, o en otro escenario de posibilidades, un déficit de sensibilidad sobre las necesidades materiales o culturales de la gente, lo cual sin duda puede comprometer seriamente la focalización en los requerimientos o intereses de conglomerados sociales específicos como la niñez, los grupos étnicos o las personas adultas mayores.

La democracia es algo más que solo el ejercicio de los derechos políticos²². Fuera de un régimen democrático²³, y consecuentemente, en ausencia de una institucionalidad que lo encarne y represente plenamente, es difícil encontrar la vigencia y realización de los derechos asociados con la dignidad de las personas.

Respeto:

El respeto de las normas y de las reglas es uno de los atributos de la sociedad democrática. Pero lo es también el respeto consciente y permanente de los derechos de los demás, tanto en la esfera privada como colectiva de los seres humanos reunidos en sociedad²⁴. Si apenas coexistimos en una sociedad que no es solidaria ni consciente de las obligaciones y derechos de sus miembros, no hay gran esperanza para un comportamiento virtuoso, comprometido y responsable en la familia, en el trabajo o en la comunidad.

Ante la ausencia de esta buena predisposición para la convivencia con los demás, es difícil que individual o colectivamente podamos ser una sociedad sensible a los derechos humanos que caracterizan a nuestros mayores.

Desarrollo humano sostenible²⁵:

Si entendemos que este concepto involucra la posibilidad de potenciar de las capacidades tanto individuales como colectivas de las generaciones actuales y futuras de los miembros de una sociedad para acercarse a este desarrollo, entonces el vínculo entre esta esfera de la protección y las condiciones para el goce de los derechos humanos del adulto mayor, resultan evidentes.

Un proyecto como el Observatorio sobre los derechos humanos de las personas adultas mayores, lejos de desdeñar las ricas enseñanzas de la inteligente y aguda lectura de las series estadísticas y sus implicaciones en la sociedad, las debería hacer suyas y alimentarse de este valioso recurso²⁶. Saber qué pasa en la integración social, los derechos políticos, las situaciones relacionadas con el género, el nivel de escolaridad, o el peso específico de los adultos mayores en la población económicamente activa, debería ser una información de privilegiada relevancia para este proyecto.

21 importantes referencias sobre la noción de calidad de la democracia: O'DONNELL, Guillermo; IAZZETTA, Osvaldo y VARGAS CULLELL, Jorge (comps.) Reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina. Santa Fe, Argentina, 2003, 357 pp; VILLARREAL, Evelyn. Sistematización del proceso metodológico de la Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia. Universidad de Costa Rica. Tesis de Grado para optar al título de Licenciatura en Ciencias Políticas, con énfasis en Relaciones Internacionales. San José, UCR, 2003, 178 pp; PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. Op.cit.

22 CERDAS, Rodolfo. “Democracia y derechos humanos”. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, IIDH, 1994, pp. 295-311; PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. Op.cit.
23 DAHL, Robert. La democracia. Una guía para ciudadanos. Madrid, Taurus, 1999, 246 pp.
24 Consúltese la interesantísima obra: MARGALIT, Avishai. La sociedad decente. Barcelona, Paidós, 1997, 222 pp.
25 PROGRAMA ESTADO DE LA NACIÓN. Informe Estado de la Nación, No. 14, San José, 456 pp.
26 ORDÓÑEZ, Jaime y ROSALES, Rotsay (eds) ¿Democracia sin reglas?: Las debilidades del Estado de derecho en la construcción democrática de América Central., San José, 2004, 350 pp.

Acceso a la justicia²⁷:

¿Son los adultos mayores un conglomerado de la sociedad costarricense en condición de vulnerabilidad en cuanto al conocimiento y reclamo de sus derechos? Y si es así, ¿qué se debe hacer para revertir esta situación?

¿Cómo se hacen justiciables²⁸, tanto en la esfera administrativa como en la propiamente jurisdiccional, los derechos del adulto mayor?

Preguntas como estas son las que debe plantearse y tratar de responder un observatorio especializado en los derechos de los adultos mayores.

Esto no solo es relevante para el conglomerado específico de los adultos y adultas mayores, sino que el mejoramiento en el respeto a su dignidad, sus normas y principios, es parte de un todo integral que en su conjunto apunta a la construcción de una sociedad mejor. En cualquier caso, todavía nos hace falta avanzar también en la comprensión global de las formas en que podemos enfrentar los problemas en este campo.

Un estudio especializado sobre los derechos de las personas adultas mayores debe considerar como punto de partida el texto preciso de la constitución costarricense y las leyes de este país, integrado a una interpretación con visión progresiva y marcada por la finalidad protectora,

emanada de la jurisprudencia y la práctica institucional creativa que pueda ubicar al adulto mayor en el centro del interés. Lo anterior, con el complemento que brinda la doctrina, los instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos (de Naciones Unidas y regionales, con particular interés en el interamericano), la jurisprudencia de ciertos tribunales internacionales y el trabajo de instituciones internacionales y nacionales que velan por los derechos y buenas prácticas relacionadas con la persona adulta mayor.

De hacerse tal cosa, será posible entonces prepararse para considerar como objeto de interés, temas concernientes a los derechos de los adultos mayores²⁹, relacionados al menos con:

Independencia

- Acceso a la alimentación, agua, vivienda, vestido y atención de saludo adecuados.
- Oportunidad de trabajar y de acceder a otras oportunidades de obtención de ingresos.
- Determinar cuando y en que medida puede proceder el retiro de las actividades laborales.
- Acceso a programas educativos y de capacitación adecuados.

- Vida en entornos seguros y adaptables a sus preferencias y cambios en sus capacidades.
- Residir en el domicilio propio tanto como sea posible.

Participación

- Que los adultos mayores permanezcan integrados a la sociedad de la que provienen, con la posibilidad de que participen activamente en la formulación y aplicación de las políticas asociadas con su bienestar.
- Buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y compartir los conocimientos con generaciones más jóvenes.
- Formar grupos o asociaciones de personas adultas mayores.

Cuidados

- Disfrute del cuidado y protección de la familia y la comunidad, conforme al sistema de valores culturales de cada sociedad.
- Acceso a servicios de salud que aseguren un óptimo bienestar físico, mental y emocional, evitando en la medida de lo posible la aparición de enfermedades.

- Acceso a servicios sociales y jurídicos que aseguren mayor nivel de autonomía, protección y cuidado.
- Acceso a medios de protección institucional que proporcionen protección, rehabilitación, y estímulo social y mental en un ambiente adecuado.
- Disfrute de las libertades fundamentales cuando el adulto mayor resida en su hogar o en instituciones donde se le brinden cuidados o tratamiento, así como tomar decisiones sobre su cuidado y sobre su calidad de vida.

Autorrealización

- Aprovechar las oportunidades para el pleno desarrollo del potencial de la persona.
- Acceso a recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos.

Dignidad

- Vida con dignidad y seguridad, libre de explotación y maltratos físicos y mentales.
- Trato digno, independientemente de la edad, sexo, discapacidad u otras condiciones.

27 Una referencia actualizada sobre el acceso a la justicia, por lo demás centrada en la matriz iushumanista: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). Compilación de materiales de apoyo para el estudio del caso y otros documentos complementarios. XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, 2009, 285 pp.

28 Uno de los temas centrales en el desarrollo de la teoría de los derechos humanos en los últimos años.

29 Referencia a la aprobación de principios a favor de las personas de la tercera edad:<http://webblog.maimonides.edu/gerontologia2007/2008/05/>.

Porsupuesto,laexistenciadediscriminaciones (de todo tipo y particularmente relacionadas con el sexo de los adultos mayores, estando por ello más expuestas las mujeres³⁰), la negación de servicios, el maltrato de los familiares y personas cercanas, así como la obstaculización de la justicia, son sólo algunas de las prácticas que lesionan y comprometen este elenco de derechos antes esbozado. El despojo de los derechos, la inexistencia de entornos físicos o sociales favorables, o las barreras impuestas a las personas adultas mayores para que puedan vivir en atención a sus necesidades y capacidades, mientras están en posibilidad de ejercer el derecho de decidir sobre su propia vida, constituyen sin duda violaciones a sus derechos humanos.

Portodoello,lapromulgacióndedeclaraciones o mejor aun, convenciones internacionales que regulen los derechos fundamentales de este conglomerado, lo que seguro generará un desborde positivo hacia mayores y mejore regulaciones en las constituciones y las leyes nacionales, son necesidades muy sentidas, en las que sin embargo, ya se está trabajando.

Por otro lado, es interesante desatacar que bajo la consigna “igualdad de trato, igualdad de derechos”, la red HelpAge Internacional³¹ sugiere y presenta 10 acciones para poner fin a la discriminación por razones de edad:

- 1 - Reconocer los derechos humanos de las personas mayores y los beneficios del envejecimiento de la población para el desarrollo humano.
- 2 - Asignar a las personas mayores la parte que en justicia les corresponde de los recursos naturales y globales.
- 3- Garantizar protección social adecuada y un ingreso mínimo en la tercera edad.
- 4- Proporcionar atención de salud accesible y gratuita a las personas mayores.
- 5- Poner a disposición de la población programas de crédito, empleo, capacitación y educación, independiente- mente de la edad del beneficiario.
- 6- Eliminar la violencia contra las personas mayores.
- 7- Asegurar que los diseñadores de políticas escuchen e incorporen las opiniones de las personas mayores.
- 8- Incluir y consultar a las personas mayores en la planificación de la ayuda de emergencia y los programas de rehabilitación después de desastres y crisis humanitarias.

30 No obstante la circunstancia de que las mujeres tienden a vivir mas que los hombres, eso no se traduce necesariamente en una mejor calidad de vida, siendo que problemas relacionados con la nutrición o la falta de acceso a servicios de salud, las convierten en más propensas a sufrir discapacidades. Igualmente, hay que considerar que ellas tienen más posibilidades de enfrentarse a la pobreza en la vejez, que los sistemas públicos de pensiones se diseñaron considerando que los hombres son la fuente principal de apoyo económico, que son las que principalmente atienden a la mayor parte de la familia aun siendo personas de avanzada edad, y que las mujeres adultas mayores – por razones culturales – suelen quedarse solas en la parte final de sus vidas. http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/am/ii_3sitimujerveam.htm

31 HELPAGE INTERNATIONAL. Campaña Acción sobre Envejecimiento, igualdad de trato, igualdad de derechos: 10 acciones para poner fin a la discriminación de edad, Diciembre 2001. (fotocopia), 23 pp.

- 9- Fijar estándares de prácticas internacionales para guiar las políticas públicas sobre el envejecimiento.
- 10- Respaldar y valorar a las personas mayores en su rol de cuidadoras de otros miembros de la familia

El objeto de trabajo de un observatorio especializado en los derechos de los adultos mayores. Una emocionante tarea pero a la vez un gran desafío

Una iniciativa de este tipo, constituye un compromiso notable con los derechos humanos de las personas adultas mayo- res; pero también asume, de paso, una gran responsabilidad.

Esta se expresa tanto en el rigor técnico y metodológico de concebir un proyecto de esta naturaleza, como en el formato y recursos de los que va a disponer. Los estándares y los medios para medir el cumplimiento o incumplimiento de los derechos, deben ser tan precisos y claros como los mecanis- mos para ordenar, sistematizar y presentar la información.

Pero no nos llamemos a engaño. Esto no es algo exclusivamente librado a la metodología o a la ingeniería de un sistema de monitoreo de conductas. Detrás de cada decisión hay una convicción filosófica, una finalidad ética y sobre todo una apuesta política e institucional. Como ya se dijo, la asistencia y la solidaridad son importantes, pero quizá no son suficientes; la hoja de ruta de la promoción y la protección de derechos es un camino sin regreso a una forma diferente de

lograr los objetivos trazados. Creemos, como le expresa el intelectual italiano Umberto Eco, que “reflexionar sobre nuestros parámetros significa también decidir que no estamos dispuestos a tolerarlo todo y que ciertas cosas nos resultan intolerables”.

¿Qué se va a hacer con la información que calce con los objetivos? Tener claro esto es tan importante como la canalización de otra información que escapa del objeto de trabajo y más bien deriva hacia las competencias y responsabilidades de otras instancias de la sociedad civil y del Estado. No competir o sustituir las funciones que otras instituciones tienen como responsabilidad es, además de razonable y consecuente, un comportamiento sabio en atención al aprovechamiento de recursos que suelen ser escasos y valiosos.

Lo que sí se puede hacer desde un observatorio especializado, con eficiencia y calidad técnica, es sensibilizar e incidir en el diseño de políticas públicas o de iniciativas legislativas que aseguren una progresiva regulación y ampliación de los derechos de los adultos mayores.

Es la especificidad de las personas consideradas adultos y adultas mayores, con su dignidad también valorada y vivida de manera específica, lo que marca la pauta del objeto en cuanto a los alcances de la promoción, la protección y el respeto de los derechos de esta población.

De aquí entonces la importancia de tener bien presentes los derechos constitucionales y legales amparados; asimismo, los que deriven de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, o tratados en instancias internacionales de promoción donde las organizaciones de la

sociedad civil y los estados suelen encontrarse y generalmente coincidir.

De manera complementaria a las normas, los mecanismos o instancias protectoras que en uno u otro ámbito existan, también deben estar muy clarificados desde el inicio (¿qué se puede y se debe buscar en la esfera administrativa del gobierno, o del poder legislativo o del campo judicial?), de manera directa o indirecta por parte de una institución especializada como AGECO, también es algo que debe proyectarse muy bien desde los primeros pasos del proyecto. Todo lo anterior debe estar muy bien definido, pues peor aun que no hacer nada en esta materia, es levantar altas expectativas que luego no se puedan concretar.

Interesa retratar y poner en evidencia el mal funcionamiento de las normas y de los mecanismos de protección; por supuesto, en la constructiva idea de que esto puede ser un punto de partida para el mejoramiento y la superación de los problemas. Pero también interesa que un observatorio de este tipo registre, documente y disemine la información resultante de las buenas prácticas, de la creatividad y la ampliación de los compromisos y de las nuevas formas en las que los derechos de la persona adulta mayor pueden llegar a potenciarse y realizarse de manera más plena.

Esto es la vez lo que convierte la idea de crear un observatorio de los derechos humanos de las personas adultas mayores, en algo importante y valioso. Ya no sólo los mejores esfuerzos por una vida solidaria y de mejor calidad están en juego; del buen trabajo de este observatorio y del conjunto del trabajo de la institución que lo impulsa, podrían derivar mayores y mejores oportunidades

para la realización de los derechos de una porción relevante de la sociedad.

En resumen: ¿por qué respetar los derechos humanos de la persona adulta mayor?

La primera y más elemental respuesta debería ser, para terminar esta reflexión como empezó, con el rescate del genio socrático: ¿Por qué no?

Pero por si acaso esto no fuera de por sí ya obvio, espero que las ideas planteadas en este artículo nos aclaren sin duda alguna y sin ambages, que estos derechos deben ser respetados y protegidos no solo porque los viejitos son tiernos, lo merecen, porque nos toca hacerlo por la ley de la vida, o porque entendemos que son vulnerables o desvalidos...; ante todo, estos derechos deben ser respetados y protegidos porque los adultos mayores son personas dotadas del poderoso atributo que los hace acreedores de tal respeto y protección: la dignidad humana.

Los derechos propios de la dignidad de quien está en la condición de ser un adulto mayor, son equivalentes en relevancia y eficacia a los que derivan de su condición de ser hombre o mujer, pertenecer a una etnia o a otra, profesar cualquier religión o ninguna, disfrutar plenamente de sus derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, estar protegidos contra la discriminación de cualquier tipo o poder reivindicar que no deben ser sometidos a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes. Y si en la buena teoría iushumanista, estos tienen una naturaleza correlativa e interdependiente, no es posible desconocerles, porque eso

sería una concesión a la idea de que puede haber derechos humanos sin que la dignidad humana sea plena o completa.

Si acaso la familia, o la sociedad, o las instituciones del Estado o los tribunales de justicia lo olvidaran, un observatorio especializado no debería hacerlo. Debe más bien estar presente, estar vigilante día a día de que hagamos lo que debemos y en la forma en que tiene que hacerse. Debe recordarnos constantemente que el poderoso recurso de la dignidad de nuestros y nuestras mayores, debe prevalecer de manera permanente en nuestras actuaciones privadas y públicas.

Parafraseando al gran escritor mexicano, Carlos Fuentes, si logramos en la sociedad costarricense el respeto pleno a los derechos humanos de las personas adultas mayores, estaremos a la vez enseñando democracia, respeto a la pluralidad y a la diversidad, en suma, lograremos crear “ciudadanos” donde antes había solo “sujetos”. Y como el mismo autor lo indica, destacando la dialéctica relación existente entre demócratas y ciudadanos globales respetuosos de los derechos humanos que debemos ser: no hay globalidad que valga sin localidad que sirva. En otras palabras: no hay participación global sana que no parta de gobernanza local sana. Hay que empezar haciendo la tarea bien en casa.

Los adultos mayores nos dan la inspiración a los más jóvenes para ver la vida de mejor manera, aunque en una dimensión y en un ritmo diferente. Su experiencia, su picardía, su franqueza, su dulzura y su pasión por aprovechar lo bueno que trae cada día, es una cualidad propia del atributo que encierra su dignidad. Estas son razones buenas y suficientes para que nos sintamos obligados

al respeto y promoción de sus derechos, en suma. de los que emanan justamente de ese ejercicio pleno a su dignidad: sus derechos humanos.

Como decía el poeta uruguayo Mario Benedetti: “el porvenir de mi pasado tiene mucho a gozar, a sufrir, a corregir, a mejorar, a olvidar, a descifrar, y sobre todo a guardarlo en el alma como reducto de última confianza”.

FUENTES CONSULTADAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, 254 pp.

BAREIRO, Line y TORRES, Isabel, *Igualdad para una democracia incluyente*. IIDH, San José, 2009. 547 pp.

CERDAS, Rodolfo. *América Latina. Globalización y democracia*. San José, FLACSO/Costa Rica, 1997, 50 pp.

CERDAS, Rodolfo. “*Democracia y derechos humanos*”. En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, IIDH, 1994, pp. 295-311.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo, Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid, Alianza editorial, 1ª reimpresión, 1999. 265 pp.

DAHL, Robert. *La democracia. Una guía para ciudadanos*. Madrid, Taurus, 1999, 246 pp.

FERRERO C., Raúl. El Nuevo Orden Económico Internacional y la promoción de los Derechos Humanos. Lima, Ed. Ausonia, 1983. 217 pp.

GONZALEZ CASANOVA, J.A. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona, Vicens-Vives, 5ª reimpresión, 1994. 564 pp.

GROS ESPIELL, Héctor. Estudios sobre derechos humanos, tomo II. IIDH-Civitas, Madrid, 1988. 384 pp.

HELPAE INTERNATIONAL. Campaña Acción sobre Envejecimiento, *igualdad de trato, igualdad de derechos: 10 acciones para poner fin a la discriminación de edad*, Diciembre 2001. (fotocopia), 23 pp.

http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/am/ii_3sitimujerveam.htm

<http://webblog.maimonides.edu/gerontologia2007/2008/05/>

INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL (IFE). *La construcción de las instituciones de la democracia en América Latina*. México, IFE, 1999, 230 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS/CENTRO DE ASESORÍA Y PROMOCIÓN ELECTORAL (IIDH/CAPEL). *Diccionario Electoral*, Tomos I y II. San José, IIDH, 2000, 1274 pp .

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). *Memoria VI Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales: de la norma a la realidad*, San José, 2009, 466 pp.

LACLAU, Martín. *La historicidad del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994. 214 pp.

MARGALIT, Avishai. *La sociedad decente*. Barcelona, Paidós, 1997, 222 pp.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*, 2ª ed. Bogotá, Temis, 409 pp.

NOHLEN, Dieter; PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 856 pp.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho, política y democracia. Un punto de vista de izquierda*. Bogotá, Temis, 1983, 225 pp.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI editores, cuarta ed. 1980, 172 pp.

O'DONNELL, Guillermo; IAZZETTA, Osvaldo y VARGAS CULLELL, Jorge (comps.) *Reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*. Santa Fe, Argentina, 2003, 357 pp.

ORDÓÑEZ, Jaime y ROSALES, Rotsay (eds) *¿Democracia sin reglas?: Las debilidades del Estado de derecho en la construcción democrática de América Central.*, San José, 2004, 350 pp.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Carta Democrática Interamericana*, 11 setiembre 2001.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984. 383 pp.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD)/PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Cooperación política para la gobernabilidad democrática*, Santiago, PNUD, 1996, 128 pp.

PROGRAMA ESTADO DE LA NACIÓN. *Informe Estado de la Nación*, No. 14, San José, 456 pp.

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. *Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia*. Vols. I y II. San José, 2001, pp. 174 y 493 respectivamente.

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. *Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia*. Propuesta para su ejecución en Costa Rica. San José, 1998, pp.79 más anexos.

PUENTE EGIDO, J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Vo.I, Madrid, Dykinson S.L, 1992. 254 pp.

QUIROGA, Hugo. *Ciudadanía y calidad de la democracia en la Argentina*. En: Revista Venezolana de Ciencia Política, No. 18, julio-diciembre 2000, Mérida, Venezuela, pp.33 -46.

RODRÍGUEZ, Víctor. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS

HUMANOS (IIDH). *Compilación de materiales de apoyo para el estudio del caso y otros documentos complementarios*. XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, 2009, pp. 141-159.

ROJAS, Manuel; HERMET, Guy; LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio; MIGUEL, Pedro y GÁLVEZ, Víctor. *Gobernabilidad y democracia en Centroamérica*. Guatemala, FLACSO/Guatemala, 1994, 77 pp.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*, 3ª ed, Barcelona, Ariel, 747 pp.

VALVERDE, Ricardo. “La prevención y eliminación de las peores formas de trabajo infantil: un reto para la democracia y el desarrollo humano”. En: Defensa de los Niños Internacional (DNI). *Reflexiones acerca del trabajo infantil y adolescente*, Ginebra, 2004, pp. 15-26.

VALVERDE, Ricardo. *Los derechos Humanos. Parte General*, San José, UNED, 1992. 145 pp.

VILLARREAL, Evelyn. *Sistematización del proceso metodológico de la Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia*. Universidad de Costa Rica. Tesis de Grado para optar al título de Licenciatura en Ciencias Políticas, con énfasis en Relaciones Internacionales. San José, UCR, 2003, 178 pp.

WEBER DESDE LA ÓPTICA DE NORBERTO BOBBIO: EL CONCEPTO DE VALIDEZ EMPÍRICA

Prof. Miguel Román Díaz

No se olvide que, para Weber, la misión de la sociología es la de comprender el comportamiento social, y que por comportamiento él entiende una acción en la que el individuo-agente asume un sentido subjetivo. Ello explica la causa por la que el punto de vista sociológico en referencia al derecho debería consistir en analizar las acciones que son determinadas por la existencia del orden jurídico o, en otros términos, aquellas acciones cuyo motivo, y por tanto el sentido subjetivo, es la representación de la existencia de un orden que por ello, o sea, por el hecho de que constituye un punto de referencia de la acción de los asociados, debe considerarse como un orden válido (empíricamente).

Norberto Bobbio.

1) Introducción

Este trabajo tiene como objeto de estudio el planteamiento que hace Max Weber en el punto primero de la segunda parte de sus escritos recogidos en el libro “Economía y Sociedad”. Específicamente se tomará como base de análisis el punto denominado “Orden jurídico y orden económico”, que corresponde al primer ítem de esa segunda parte que lleva como título: “La Economía y los Órdenes y Poderes Sociales”¹.

Para tal propósito tomaremos en consideración el análisis que en sendos trabajos hace

Norberto Bobbio, en relación con Weber. Este autor italiano realiza algunas aportaciones en relación con la tesis que Weber expone en el texto objeto de estudio; tanto en “Max Webber y los Clásicos” como “Max Weber y Hans Kelsen”², es posible encontrar criterios para enriquecer nuestro análisis.

En consecuencia, a partir del texto de Weber, abordaremos no solo parte de su pensamiento sino también una pequeña parte del pensamiento de Bobbio; todo con la intención de advertir la importancia que la Sociología del Derecho también tiene para el estudio de los Derechos Fundamentales.

-
- 1 * Esta cita consta en: BOBBIO, Norberto. “Max Weber y Hans kelsen”. En: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (Compilador). Norberto Bobbio: el filósofo y la política. 1° Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p.122
El texto objeto de análisis se puede encontrar también, en el tema tres que Diego Blázquez Martín preparó para un libro que sirve de herramienta didáctica para el curso “Análisis Sociológico del Derecho” de la Universidad Carlos III. FARÍÑAS DULCE, María José y otros. “Fragmentos de Sociología del Derecho”. FARÍÑAS DULCE, María José (ed). Madrid: Dykinson, 2006. p.35-42.
- 2 El texto denominado “Max Weber y los Clásicos” corresponde a su original en italiano “La teoria dello stato e del potere”. En: AA.VV. “Max Weber e l’analisi del mondo moderno”. Turín: Einaudi, 1981. pp.215-246. Por su parte “Max Weber y Hans Kelsen” fue un trabajo presentado por Bobbio en el congreso “Max Weber y el Derecho”, convocado por el Centro Nacional de Prevención y Defensa Sociales, Castelvigandolfo, 17-19 de octubre de 1980.

2) **Aproximación a weber y su sociología del derecho**

Weber es considerado un autor clásico³. Se considera como tal, al autor cuya obra es utilizada como instrumento indispensable para comprender la realidad de su tiempo y cuya actualidad se mantiene con el paso de los años, al punto que las generaciones posteriores sienten la necesidad de releerlo y utilizar su teoría-modelo para comprender una realidad que es diferente de aquella donde se derivó y aplicó⁴.

En relación con el fenómeno jurídico, Weber considera fundamental distinguir entre el análisis jurídico-dogmático y el sociológico. Para ello realiza una precisión en relación con los conceptos de orden jurídico y económico, validez jurídica y validez empírica; asimismo, explica la distinción entre los medios que sirven para garantizar la vigencia y eficacia de las normas jurídicas, con lo cual deja claro que rechaza el que se hable sólo de “derecho” cuando por la garantía de la autoridad política se disponga de coacción jurídica⁵.

2.1 **Diferencia entre el análisis jurídico y el sociológico**

La distinción weberiana entre la consideración jurídica y la sociológica se basa en comprender

que ambas se encuentran en planos distintos. La primera se ubica en el plano del deber ser, mientras que la segunda se ocupa del plano fáctico; dicho en otras palabras, el análisis jurídico está circunscrito a un ámbito ideal y el análisis sociológico está sustentando en los hechos empíricamente comprobables⁶.

Se trata, por tanto, de un problema metodológico. Bobbio indica que hubo la tentación de resolver el problema negando la condición de ciencia al derecho, considerando que éste se encontraba a la par de la teología en su status dogmático⁷. En ese sentido, se ha afirmado que autores como Erlich pretendieron resolver el problema en la línea antes señalada; sin embargo, se destaca que Weber abogó por la existencia de dos métodos (jurídico y sociológico) igualmente validos desde la perspectiva científica, pero diferentes en relación con su aproximación al derecho como objeto de estudio⁸.

Esta distinción metodológica, no solo ubica al análisis jurídico-dogmático en el plano del deber ser y al sociológico en el plano del ser; sino que también, plantea la tensión entre la validez lógico-normativa y la validez empírica defendida por Weber.

2.2 **Diferencia entre validez jurídico-dogmática y validez empírico-causal.**

De conformidad con el planteamiento weberiano, la distinción entre los planos del deber ser y el ser nos conduce a entender el concepto de orden jurídico en un sentido sociológico y no propiamente jurídico. En consecuencia, la validez del método de análisis sociológico del derecho reposará en procurar una validez empírica y no una validez basada en la coherencia lógica entre las normas⁹.

En este sentido se afirma que: “Cuando las cosas se contemplan desde el punto de vista de la validez ideal, según Weber, el problema se plantea en los términos de cuál es el “sentido normativo” que le adjudica a una proposición que se presenta como norma jurídica, tarea que es propia del jurista o del juez, el que busca el sentido “lógicamente correcto” de una norma y se inclina a llevarlo a un sistema lógicamente sin contradicciones. Cuando en cambio se asume la perspectiva de la validez empírica, se presenta el problema de qué cosa sucede de hecho en una comunidad en la que los individuos, considerando determinado orden como válido, se comportan con base en tal orden”¹⁰.

En consecuencia, el planteamiento weberiano no solo hace la diferencia entre

el análisis jurídico-dogmático y el de la sociología del derecho; sino que también nos hace percatarnos de la existencia de métodos distintos de aproximarse al fenómeno jurídico, con lo cual la validez de las explicaciones que se den de la realidad, tendrán que estar sustentadas en parámetros también diferentes¹¹.

En el primer caso, la validez de la conclusión dependerá de la coherencia lógica entre los enunciados normativos y la conclusión del jurista o el juez; en cambio, en el segundo caso, las conclusiones dependerán de la prueba empírica que demuestre la validez de la explicación que se realiza desde la perspectiva de la sociología del derecho¹².

Piénsese que en una sociedad determinada puede existir una norma que desde el punto de vista jurídico-dogmático cumple con los requisitos de validez normativa, sin embargo, su aplicación empírica es inexistente, no por falta de un medio de coacción jurídica o social, sino porque en el plano fáctico no tiene ninguna incidencia en la conducta de las personas¹³.

Esta distinción en relación con la validez lógico-normativa y la validez empírica, constituye el punto de encuentro y desencuentro con el positivismo kelseniano.

3 BOBBIO, Norberto. “Max Weber y los Clásicos”. En: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (Compilador). Norberto Bobbio: el filósofo y la política. 1° Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p.91-114.
4 WEBER, Max. “Economía y Sociedad”. 2° Edición en Español. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. P.251-258
5 En ese sentido Weber indica “La primera [consideración jurídica] se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica.”.
6 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y los Clásicos”, cit., p.120.
7 FARIÑAS DULCE, María José. “La sociología del derecho de Max Weber”. 1° Edición. Madrid: Editorial Civitas,1991, p.72.
8 WEBBER, Max, “Economía y Sociedad”, cit., P.252

9 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, cit., p.122.
10 María José Fariñas considera que: Weber centra, por tanto, la cuestión de la relación entre sociología y dogmática jurídica, en « en una tipificación de la ciencia, que parte de la distinción fundamental entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, y entre el método sociológico y método dogmático-jurídico». La distinción weberiana se constituye así como una consecuencia de la de la direnciación Kantiana y neoKantiana entre la dimensión del «sein» y la del «sollen». FARIÑAS DULCE, María José, “La sociología del derecho de Max Weber”, cit., p.80.
11 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, cit., p.123.
12 Un ejemplo de esto ocurre con las normas jurídicas que tienen una pena mínima. Desde el punto de vista jurídico-dogmático puede ser una norma válida; sin embargo, analizada en sus consecuencias sociales por la sociología jurídica, puede evidenciarse su total inaplicación e ineficacia.
13 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, cit., p.123.

Es punto de encuentro porque Kelsen reconoció que el intento más feliz de definición del objeto de la sociología del derecho lo había realizado Max Weber, empero el desencuentro viene dado porque en la teoría pura del derecho, Kelsen no es partidario de la validez empírica sino de la que Weber denomina: validez ideal.¹⁴

En todo caso, conviene insistir en que Kelsen desarrolló su teoría desde una perspectiva fundamentalmente normativista, en cambio Weber observa el fenómeno jurídico desde una perspectiva menos restringida, es decir, desde la sociología¹⁵.

A partir de la comprensión de lo señalado hasta este momento, se entiende porque Weber señala que desde el punto de vista sociológico el concepto de “orden jurídico”: “(...) no significa un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas, sino un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real.”¹⁶.

2.3 Garantías para la validez empírica del orden jurídico

El planteamiento de Weber sobre la validez empírica del “orden jurídico” correspondería, en términos de la perspectiva del positivismo normativista, al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico. No obstante, Kelsen no se ocupó del análisis de este problema, aunque tampoco negó su relevancia y legitimidad¹⁷.

La eficacia de un ordenamiento jurídico puede estar condicionada por una serie de aspectos. El hecho que exista la coacción jurídica no garantiza la eficacia de las normas jurídicas, de ahí que Weber rechaza que se hable sólo de “derecho” cuando por la existencia de una autoridad política se dispone de coacción jurídica¹⁸.

Tal y como lo señala Bobbio, en la tesis de Max Webber el concepto de coacción tiene un papel relevante; sin embargo, hay otros conceptos que resultan necesarios para la compresión del derecho desde la perspectiva sociológica¹⁹. Para Weber estamos en

presencia de un “orden jurídico”: “cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo, físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestas a manejarlo en el caso que sea necesario o se presente la situación”²⁰.

En consecuencia la existencia de un aparato coactivo, es necesario para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico. No obstante, para Weber existe diversas formas para motivar conductas que se sometan a lo dispuesto por las normas de un ordenamiento; de ahí que distinga entre derecho garantizado por el Estado y lo que él denomina derecho “extraestatal” como, por ejemplo, el “derecho canónico”²¹.

Desde esta perspectiva, en la realidad social podemos encontrar diferentes “ordenes jurídicos”, ya que existen diferentes aparatos coactivos que garantizan el sometimiento de las personas a las normas jurídicas; esto contrasta con la visión jurídico-dogmática, que concibe el “orden jurídico” aparejado al aparato coactivo del Estado y estableciendo su identificación.

Por eso Bobbio en relación con el Estado y la tesis weberiana indica que: “Ya que el derecho necesita un aparato, parece inconcebible un Estado que no sea a la vez un orden jurídico; en tanto que, al haber sido definido el Estado sólo mediante la organización del monopolio de la fuerza, es pensable, en el sistema conceptual weberiano, un orden jurídico que no sea Estado. “No todo derecho (objetivo) garantizado está respaldado por la

fuerza” (o sea, mediante una amenaza de coerción física). Para que se pueda hablar de derecho, le basta al sociólogo constatar que para el empleo de la coerción jurídica (Rechts-zwage), que prescinde del uso de la violencia, haya sido “organizado un aparato coercitivo, y que él posea de hecho un peso tal que deje ver la posibilidad, de manera relevante, de que la norma vigente sea respetada como consecuencia del recurso a tal coacción jurídica”.

En palabras nuestras, la consideración sociológica weberiana no riñe con la conclusión de la perspectiva jurídico-dogmática que identifica al Estado con el orden jurídico; al contrario, lo afirma, pero su base metodológica le permite abordar el tema de la validez empírica la cual fue dejada de lado, por ejemplo, por la consideración jurídico-dogmática kelseniana.

Además, la consideración sociológica del fenómeno jurídico permite reparar en la validez empírica, no solo en términos de su eficacia en el contexto social sino también sobre la validez de sus explicaciones; es decir, no solo los hechos se toman como objeto de estudio, sino que también han de ser comprobados empíricamente para fundamentar la validez de la explicación.

3) Conclusión

La obra de Max Weber es una referencia obligada en el ámbito de las Ciencias Sociales. Sus desarrollos en relación con el Derecho, se constituyen en textos clásicos

14 En ese sentido se afirma: “A pesar de las críticas de Kelsen a la sociología comprensiva de Weber y de las incomprensiones de aquél con respecto a las tesis weberianas, no puede pasar desapercibido, que Kelsen habla desde un punto de vista estrictamente normativista, mientras que Weber lo hace desde una perspectiva sociológica. Como dice Bobbio, parafraseando a Max Rheinstein, «la mezcla de los dos métodos, jurídico y sociológico, no puede crear más que confusión, la obra de Weber y la de Kelsen han de ser consideradas complementarias, en sus respectivos campos»”. FARIÑAS DULCE, María José, “La sociología del derecho de Max Weber”, cit., p.160.

15 WEBBER, Max, “Economía y Sociedad”, cit., p.252

16 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, cit., p.123.

17 WEBBER, Max, “Economía y Sociedad”, cit., p.252

18 Específicamente Bobbio señala que: “El concepto de coacción tiene una parte importante, esencial, tanto en la definición de derecho, en cuanto sirve para distinguir el derecho de la convención, como en la definición de Estado, en cuanto es útil para distinguir, por ejemplo, al Estado como asociación política de la Iglesia como asociación hierocrática. Sin embargo, es preciso agregar que lo que caracteriza al derecho y al Estado no sólo es la coacción. Para la definición de derecho también es esencial el concepto de aparato, en el sentido de que existe el derecho, de acuerdo con Weber, cuando “su validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de una coerción (física o psicológica) de parte del actor, orientada a obtener la observancia o a castigar la infracción de un aparato de hombres establecido expresamente para tal propósito.” BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, p.126-127.

19 WEBBER, Max, “Economía y Sociedad”, cit., p.256

20 Ibid, p.255.

21 BOBBIO, Norberto, “Max Weber y Hans Kelsen”, cit., p.127.

que no solo fundamentan la existencia de la Sociología del Derecho como materia no dogmática de las ciencias jurídicas, sino que también permite ampliar el foco de análisis del fenómeno jurídico; aspectos que justifican el estudio de sus textos, y que proveen herramientas para el análisis de otros ámbitos específicos como el de los Derechos.

El que sus textos sean objeto de análisis por autores destacados en la Filosofía del Derecho, corrobora su influencia en el devenir de esta y otras disciplinas. Norberto Bobbio también encuentra en la obra weberiana un gran mérito, al punto de afirmar que ninguno de los estudiosos que vivieron en el siglo XX ha contribuido tanto a enriquecer el patrimonio conceptual de las ciencias sociales.

El problema metodológico que señala Weber en relación con el plano del ser y el deber ser, visibiliza la tensión no resuelta entre racionalización formal e irracionalismo de los valores propia de la época en que escribió. Este debate trascendió al ámbito del derecho, siendo necesaria su comprensión para entender el desarrollo de los diversos planteamientos teóricos, ello también ha permeado el desarrollo teórico en relación con el estudio de los Derechos.

La dicotomía entre la validez lógico-normativa y la validez empírica está presente, a mi juicio, en dos esferas. La primera en alusión a la aplicación del método para procurar una explicación de la realidad jurídica que se considere válida y que cumpla con los requisitos exigidos por la ciencia, aspecto que supone aportar prueba empírica que sustente las tesis que se exponen; la segunda, en relación con la existencia propiamente dicha

de los hechos que corroboran o niegan la eficacia del orden jurídico como lo entiende Weber y que consiste en que las personas se conduzcan de un determinado modo porque consideran que así está prescrito por las normas jurídicas.

Finalmente el concepto de validez empírica aplicado a la teoría de los derechos, pone en la palestra la existencia misma de los derechos y la necesidad que tienen de ser eficaces dentro de una determinada sociedad; de ahí que haya algunos autores que incorporan la eficacia como característica necesaria para la configuración ontológica de los derechos, es decir, para poder afirmar empíricamente su validez y existencia.

4) Bibliografía

ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José. *“Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico”*. Madrid: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1996. 355 p.

BOBBIO, Norberto. *“Dalla struttura alla funzione”*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. 278 p.

BOBBIO, Norberto. “Contribución a la teoría del derecho”. RUIZ MIGUEL, Alfonso (ed). Madrid: Editorial Debate, 1990. 405 p.

BOBBIO, Norberto. *“El filósofo y la política”*. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp). México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 516 p.

FARIÑAS DULCE, María José. *“La sociología del derecho de Max Weber”*. Madrid: Civitas, 1991. 459 p.

FARIÑAS DULCE, María José. *“El problema de la validez jurídica”*. Madrid: Civitas, 1991. 138 p.

FARIÑAS DULCE, María José y otros. *“Fragmentos de Sociología del Derecho”*.

TREVES, Renato. *“Sociología del derecho y socialismo liberal”*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.

FARIÑAS DULCE, María José (ed). Madrid: Dykinson, 2006. 228 p.

FUCITO, Felipe. *“Sociología del derecho”*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. 573 p.

WEBBER, Max. *“Economía y Sociedad”*. 2º Edición en Español. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. 1237 p.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE CIRCULACIÓN DE TÍTULOS

*Lic. Ignacio Monge Dobles**

Resumen en Español:

El presente artículo analiza los modos básicos de circulación de los títulos valores y de crédito desde una óptica comercial y procesal, según la doctrina, legislación y jurisprudencia reciente en esta materia. Además se analiza el tema del endoso tardío y el endoso de facturas comerciales.

Resumen en Inglés:

This article examines the basic forms of circulation of securities from a commercial and procedure point of view, according to recent doctrine, legislation and case law in this area. It is also discussed the late endorsement of securities and the endorsement of commercial invoices.

Palabras Claves:

Títulos Valores; Securities

Endoso; Endorsement

Endoso Tardío; Cesión;

Factura; Invoice; Endoso de Facturas; Invoice endorsement

* Ignacio Monge Dobles es abogado, Notario Público y profesor universitario dedicado al derecho comercial, al derecho contractual y al derecho informático. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales. Actualmente es consultor en franquicias y es Asociado de la prestigiosa firma de abogados Pacheco Coto.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE CIRCULACIÓN DE TÍTULOS

Lic. Ignacio Monge Dobles

Introducción

Probablemente los títulos valores y de crédito representan una de las mayores contribuciones por parte del Derecho Comercial a las economías modernas, pues evitan riesgos inherentes a la circulación material del dinero, procurando la agilidad de transmisión pretendida por la mayor parte de los agentes económicos y comerciantes.

La celeridad y la seguridad transaccional en el tráfico mercantil hacen surgir diversas formas de circulación de títulos para la celebración y ejecución de distintos negocios jurídicos. Con ello, el endoso y la cesión son formas típicas de circulación de títulos, sin embargo existen hoy día algunos cuestionamientos y dudas acerca de los alcances y características de cada una de ellas.

Sin lugar a dudas, lo anterior produce un ostensible resultado enérgico: la enajenación del crédito, visto en sí mismo, en el cual el portador adquiere, según sea el caso, distintos derechos y obligaciones, con plena autonomía o sin ella.

Por lo anterior, este artículo pretende analizar el endoso y la cesión como formas básicas de circulación, incluyendo además temas de

interés como su tratamiento en grupos de interés económicos, el endoso de facturas y el endoso tardío con efectos de cesión.

El endoso

El autor colombiano Rengifo define el endoso como “una declaración cambiaria unilateral y accesorio que se perfecciona con la entrega del título, incondicional, integral, asimilable a una nueva letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, de la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación y el pago”.¹

Dada la incorporación del derecho al título, entonces será necesaria para la legitimación cambiaria la transferencia de la posesión material del título mediante el endoso. La obligación es causal y el transferente puede por ello oponer al endosatario inmediato las excepciones deducibles sobre cuya base cambial fue transferida. Por consiguiente, en caso de falta de pago del título, el endosatario puede accionar contra el endosante que le transfirió el título, sea con la acción cambiaria de regreso o con la acción que deriva de la relación de transferencia.

¹ Rengifo, Ramiro. **La Letra de Cambio**. Colección Pequeño Foro, Quinta edición, Bogotá, 1986.

La jurisprudencia del Tribunal Primero Civil de San José ha determinado que el endoso es la forma de circulación de los títulos valores cambiarios, donde el endosatario adquiere un derecho autónomo y aplican los principios de tales títulos.

El endoso puro y simple, aunque considerado no formal, resulta ser un verdadero contrato cambiario celebrado entre el endosante y el tomador, el cual adquiere eficacia mediante la entrega del título (letra de cambio, pagaré, cheque, factura comercial, cédula hipotecaria, acción societaria, etcétera) bajo la firma del endosante. Así, el nuevo portador del título adquiere un derecho autónomo y literal nacido del mismo endoso.

Según jurisprudencia reciente, de darse un endoso en materia de grupos de interés económico, el título se ha considerado que no circula en sentido estricto al no haber entrado en la corriente cambiaria. Así pues, como el título no entra en el mercado mercantil en estos casos, se ha estimado que sí es necesario analizar el negocio causal del título y por ende las eventuales excepciones personales que se planteen en proceso.

Con todo ello, el verdadero endoso en propiedad se da cuando el título se trasmite con todos los derechos, principales y accesorios a él incorporados, y mediante una transferencia total y de buena fe.

Ahora bien, el crédito cartular puede venir perfectamente acompañado de una

garantía real prendaria, hipotecaria, o cédula hipotecaria; o de una garantía personal mediante el aval o la fianza, por lo que en caso de endoso y traspaso del título valor también se trasladará al adquirente el derecho de garantía.²

Precisamente, la celeridad y la seguridad en el tráfico mercantil hacen que el endoso independice la relación cambiaria de la relación subyacente, pues conforme a la autonomía que al endosatario respecta, no se le pueden oponer las excepciones personales que se le pudieron haber eventualmente opuesto al anterior poseedor de ese título y solo se podrán oponer aquellas excepciones personales que tengan los obligados frente al endosatario. El tercer adquirente de buena fe adquiere sobre el título un derecho autónomo, sin importar las deficiencias y nulidades del negocio que ese título pudiera tener en poder de quien lo transmitió, salvo cuestiones de la *exceptio doli* en esta materia.

Cabe rescatar que el artículo 681 del Código de Comercio señala que quien endose un título valor en nombre de otro sin poder suficiente o facultades legales para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera actuado en nombre propio. Por su parte el artículo 682 ibídem establece que la ratificación expresa o tácita de los actos a que se refiere el numeral 681, por quien pueda legalmente autorizarlos, lo obliga en los mismos términos en que lo habría obligado el firmante si en realidad fuera su apoderado

2 Al efecto, los artículos 673 y 741 del Código de Comercio disponen: “Artículo 673.-La transmisión del título valor, salvo pacto en contrario, implica no sólo el traspaso de la obligación principal, sino también el de los intereses, dividendos y cualesquiera otras ventajas devengadas y no pagadas. Comprende, además, las garantías que lo respalden, sin necesidad de mención especial de éstas, así como de cualquier otro derecho accesorio”. “Artículo 741.- El endoso trasmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio. Cuando el endoso sea en blanco, el tenedor podrá: a) Llenar el blanco, sea con su nombre o con el de otra persona; b) Endosar nuevamente la letra en blanco o a otra persona; y c) Entregar la letra a un tercero, sin llenar el blanco y sin endosarla”.

o representante y que es tácita la ratificación que resulte de actos que necesariamente impliquen la aceptación de lo hecho y de sus consecuencias.

Hasta hace pocos años, la factura comercial circulaba mediante cesión, lo que implicaba las solemnidades de fecha cierta y notificación al deudor. Sin embargo, producto de los mercados globalizados y del desarrollo del contrato de factoring, como contrato comercial moderno para la financiación y obtención ágil de liquidez empresarial, dió lugar a la inclusión del artículo 460 bis en el Código de Comercio, el cual permite la circulación de las facturas por medio de endoso. Ahora bien, ¿lo anterior hace presumir a la factura como un título valor?

Desde el punto de vista de este autor, técnicamente la factura no podría ser considerada como un título valor, ni asumir que el adquirente de una factura debidamente endosada lo hace con plena autonomía, pues la condición de título valor sólo la gozan aquellos documentos a los cuales el legislador se las ha otorgado por reserva legal, lo cual no se define claramente, ni legislativa ni jurisprudencialmente, para el caso de las facturas comerciales.

Lo cierto es que para que esa declaración cambial tenga verdadera fuerza ejecutiva, aunque hoy en la nueva Ley de Cobro Judicial no se exige, además de cumplir con los requisitos legales formales³, debe contener una deuda dineraria, líquida y exigible.

3 El Código de Comercio, en sus artículos 460 y concordantes, dispone en lo conducente que la factura comercial, como título ejecutivo de crédito, deberá estar firmada por el deudor legitimado, es decir, por el deudor físico, por el representante legal tratándose de una persona jurídica, por el mandatario o encargado, debidamente autorizado por escrito y con el timbre fiscal respectivo en el acto de presentarla al cobro, el cual se cargará al deudor como gastos de cobro. De tal manera, la suma consignada en una factura se presume cierta y las firmas como auténticas.

El endoso es un acto típico mercantil por el cual se transmite el dominio de un crédito contenido en un título valor, y difiere en mucho de la cesión ordinaria en varios aspectos, entre los cuales cabe destacar la forma (pues el endoso debe consignarse en el título mismo o en un documento a él adherido en forma permanente según el artículo 695 del Código de Comercio, mientras que la cesión ordinaria puede hacerse constar en el mismo título o en documento separado, según los artículos 1007, 1008, 1022, 1025, 1101 y 1104 del Código Civil), los distintos efectos (pues el endoso no requiere fecha cierta ni ser notificado al deudor, salvo el endoso tardío explicado adelante, en tanto que la cesión ordinaria sí debe comunicársele, pues de lo contrario no surte ningún efecto frente a él), y el principio de autonomía (propio del endoso en los títulos valores del artículo 744 del Código de Comercio, en tanto que en la cesión ordinaria no existe tal principio, toda vez que el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que le fueran oponibles al cedente de conformidad con el artículo 1111 del Código Civil).

Sin lugar a dudas, el endoso nace como una figura comercial para dar respuesta a la agilidad del tráfico mercantil de los títulos valores en la globalización económica, bien regulado en nuestra legislación comercial y destinado a eliminar posibles formalismos en cuanto a la circulación cambiaria, como los propios de la cesión, entre ellos, los requisitos de la fecha cierta y la notificación a los deudores, lo cual no deja de ser necesario para ciertos actos legales.

La cesión y el endoso tardío

La transmisión por endoso se conoce como circulación propia de los títulos valores, y la transmisión por cesión ordinaria se conoce como circulación impropia, ya sea por voluntad expresa de las partes o por mandato legal, la cual se rige por los principios, solemnidades y normas aplicables del derecho civil común y no por las comerciales que le son propias a los títulos valores.

La cesión, como figura más antigua y solemne que el endoso y aplicable generalmente a títulos de crédito, cuotas societarias, entre otros, es regulada en el Código Civil en los artículos 1104 y siguientes, donde se dispone, entre otras formalidades, que con respecto al deudor, la cesión sólo es eficaz por la notificación que se le haga del traspaso; y respecto de terceros, sólo será eficaz desde la fecha cierta de la cesión, salvo que el crédito fuere de aquellos que la ley permite se deban al portador del título o que se transmiten por simple endoso.

La salvedad de notificación, también, priva en los casos donde se hayan realizado previsiones contractuales en este sentido y siempre que se trate de operaciones en las que se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos para garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública; o para constituir el activo de una sociedad, con el objetivo de que esta emita títulos valores que se puedan ofrecer públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo.

Por su parte, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones reales o

personales que hubiera podido oponer al cedente y puede hacerlas valer, aunque no hubiera hecho ninguna reserva a este respecto al notificarle la cesión; aun en el caso de aceptación pura y simple, podrá oponer toda otra excepción fuera de la compensación, salvo el reparar el perjuicio causado al cesionario por la aceptación, si según las circunstancias, constituyera ésta una falta o imprudencia grave de su parte.

El cedente garantiza, sin necesidad de cláusula especial, la existencia y legitimidad del crédito, así como también su derecho de propiedad al tiempo del traspaso, extendido a los accesorios.

Por su parte, disponen los artículos 704 y 745 del Código de Comercio que el endoso posterior al vencimiento de la letra de cambio (endoso tardío) surte los mismos efectos de una cesión ordinaria. Por su parte, el artículo 802 del mismo Código dispone que son aplicables al pagaré las disposiciones de la letra de cambio, referentes al endoso, al vencimiento, al pago; a las acciones por falta de pago, etcétera.

Con todo ello, cabe aclarar que en efecto, el endoso tardío no es una cesión ordinaria sino simplemente un endoso al que la ley le atribuye los efectos de una cesión, por lo cual requerirá necesariamente de ciertas solemnidades tales como la notificación al deudor cedido y la fecha cierta comentada anteriormente.

Con lo anterior se analiza en la última sección cuál será el momento oportuno para notificar al deudor, sea anterior o posterior a la interposición de una eventual demanda.

Alcances de la notificación en el endoso tardío

Tal como se ha analizado, el Código Civil de Costa Rica dispone que para que surta efectos la cesión frente al deudor, debe notificársele a éste. Esa notificación lo que pretende es avisarle al deudor de la cesión que ha ocurrido, y que verifique el hecho en forma clara y precisa, de que el deudor reconoce a su acreedor, para que así pueda interponer los medios de defensa de manera oportuna.

La jurisprudencia civil ha establecido que en cuanto al endoso tardío con efectos de cesión, al notificarse la demanda al deudor éste acepta a la contraparte como su acreedor, aplicando hoy por mayoría la teoría del pago liberatorio con preferencia sobre la teoría de la legitimación, la cual exige la notificación previa a la interposición de la demanda.

Es decir, hoy la falta de notificación es suplida con la notificación de la demanda, permitiéndose que éste ejerza la defensa correspondiente, ya que el hecho de que la cesión no se hubiera notificado al deudor previamente a la interposición de la demanda no desvirtúa la condición de título ejecutivo del documento que se trate, y además con la notificación de la demanda éstos últimos se enterarían de la situación, es decir de la cesión efectuada, pudiendo oponer las excepciones personales contra el acreedor original, las cuales sí serían totalmente analizables en el proceso.

Entonces la importancia de la teoría del pago liberatorio, hoy aplicable por nuestros tribunales, radica en determinar la naturaleza

del pago realizado, para lo cual se toma como punto de partida la notificación de la demanda judicial, pues con ese acto procesal el deudor adquiere pleno conocimiento de quién es el nuevo tenedor del título endosado de manera tardía.

Conclusiones

Tal como se analizó, existen distintas formas de circulación del título: la transmisión por endoso, la transmisión por cesión ordinaria (circulación impropia), y la transmisión mediante el endoso tardío con efectos de cesión, las cuales difieren en cuanto a la forma y los alcances que conllevan cada una de ellas.

La comprensión de la materia cartular en el Derecho Comercial, así como las distintas formas de circulación y sus efectos jurídicos en materia civil y mercantil, resultan absolutamente necesarias para un adecuado sistema de distribución y circulación de la riqueza en las economías modernas, así como para garantizar un correcto control y una ejecución válida de diversos negocios jurídicos.

Nuestro Derecho, como ciencia realidad, deberá ser ágil y cambiante para garantizar una respuesta adecuada a las nuevas necesidades sociales y empresariales globalizadas que surjan día a día, para lo cual habrá de adaptarse a las nuevas figuras civiles o comerciales que mejor se adapten a los distintos modelos de negocios adoptados.

Bibliografía

Arguedas Salazar, Olman. **Código Civil de Costa Rica**. Editorial Juritexto, San José, 1999.

Certad Maroto, Gastón. **Código de Comercio de Costa Rica**. Editorial Juritexto, San José, 2002.

Barrantes Gamboa, Jaime. **El Endoso Tardío o Posterior al Vencimiento en la Letra de Cambio**. Revista IVSTITIA, Número 106, Año 9, San José.

Capella Molina, Gino. **La libertad de emisión en materia de títulos valores**. Revista IVSTITIA, número 57, Año 5. San José.

Monge Dobles, Ignacio. **El endoso tardío: Alcances de la notificación**. Trabajo de investigación del curso doctoral “Ley de Cobro Judicial: Derecho de Fondo” impartido por el Dr. Gerardo Parajeles Vindas, Universidad Escuela Libre de Derecho, San José, 2009.

Parajeles Vindas, Gerardo. **Los Procesos Cobratorios: Cobranza de Obligaciones Dinerarias**. Editorial Sapiencia, San José, 2009.

Rengifo, Ramiro. **La Letra de Cambio**. Colección Pequeño Foro, Quinta edición, Bogotá, 1986.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. **Resoluciones:** 273-F-90 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del catorce

de setiembre de mil novecientos noventa; 114 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis; 028-F-98 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del once de marzo de mil novecientos noventa y ocho; y 927-F-02 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de noviembre del año dos mil dos.

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. **Resolución número 313** de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del tres de agosto del dos mil uno.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. **Resolución número 460** de las nueve horas cinco minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno.

Tribunal Primero Civil. **Resoluciones:** 92 –G- de las siete horas cincuenta minutos del siete de Febrero del año dos mil tres; 536 -G- de las siete horas treinta y cinco minutos del veintitrés de Mayo del año dos mil tres; 1528-G, de las siete horas treinta minutos del diecisiete de diciembre del año dos mil tres; 266-G de las ocho horas cinco minutos del primero de Abril del año dos mil cinco; 533-N de las siete horas cuarenta minutos del treinta y uno de mayo del año dos mil cinco; y resolución de las siete horas treinta minutos del tres de Agosto del año dos mil siete.

Tribunal Primero Civil, Sección Segunda. **Resolución número 539 –F** de las siete horas cuarenta minutos del dieciocho de marzo del año dos mil cuatro.

“LAS FERIAS MEDIEVALES Y SU APOORTE AL DERECHO COMERCIAL”

Lic. Fernando Calderón Márquez

INDICE

- 1. **Introducción**
- 2. **Las ferias en la Edad Media**
 - 2.1 Generalidades
 - 2.2 Concepto
 - 2.3 Fines
 - 2.4 Organización
- 3. **Las ferias medievales y el nacimiento y desarrollo del Derecho Comercial**
- 4. **Algunas instituciones jurídico-mercantiles nacidas en las ferias medievales**
 - 4.1 Letra de cambio
 - 4.2 La banca
 - 4.3 El crédito o préstamo
 - 4.4 Bolsa de valores
 - 4.5 El comisionista o intermediario
 - 4.6 Mediador o corredor
 - 4.7 Sociedades de comercio
 - 4.8 El cheque
 - 4.9 Libros del comerciante (balances e inventarios)
 - 4.10 Seguros
 - 4.11 Operaciones de descuento
 - 4.12 Tablas de conversión
- 5. **Conclusión**
- 6. **Bibliografía**

“LAS FERIAS MEDIEVALES Y SU APOORTE AL DERECHO COMERCIAL”

Lic. Fernando Calderón Márquez

1. Introducción

En el presente ensayo analizaremos y confirmaremos la importancia que tuvieron las ferias medievales en el desarrollo del Derecho Comercial.

En la Edad Media renace la ciudad con un especial significado económico y es donde se desarrolla el comercio con variada intensidad según su situación geográfica y temporal y una nascente actividad industrial rudimentaria y artesana.¹

En conexión con la evolución de la ciudad-Estado, en la Europa medieval nacen dos instituciones vinculadas al desarrollo del Derecho Comercial a partir del siglo IX: las ferias y los mercados. En los mercados se realizan ventas al menudeo para el abastecimiento de la población, con una reunión de comerciantes cada semana y un limitado radio de acción. Las ferias, por el contrario, eran verdaderas exposiciones universales que no excluían a nada ni a nadie, de venta al mayoreo, y con un radio de extensión bastante amplio.²

En un primer apartado, nos referiremos a las circunstancias políticas y sociales que

derivaron en la creación y desarrollo de las ferias medievales, así como también, haremos referencia a su organización y puesta en ejecución.

Posteriormente nos concentraremos en confirmar la importancia que tuvieron las ferias medievales en el desarrollo del Derecho Comercial a través de la creación de un Derecho Especial consuetudinario y su aplicación a través de tribunales especiales mercantiles.

Por último, detallaremos y explicaremos algunas instituciones jurídico-mercantiles existentes hoy en día que nacieron en el desenvolvimiento de las ferias medievales.

2. Las ferias en la Edad Media

2.1 Generalidades

Durante los siglos VIII y IX se organizan los grandes latifundios feudales e incluso las ciudades como economías cerradas, entre las cuales el comercio es sólo ocasional y realizado por personas no dedicadas profesionalmente a la actividad mercantil. Por otra parte, aunque

1 FERNÁNDEZ (Sonia), MARTINEZ (Erik), MENEDEZ (Aleyda). El Derecho mercantil como Derecho de empresa. Monografía para optar por el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidía, El Salvador, 2008, pg. 8.

2 TORRES (José Luis). Desarrollo histórico del Derecho Comercial. Revista Espiga, UNED, San José, Costa Rica, pg. 113.

existían muchos mercados, son casi todos de carácter puramente local.³

El comercio puramente local tiene su manifestación central en el mercado, y está sometido a una rígida reglamentación, que tiene por objeto fundamental la protección de los consumidores, es decir, de los burgueses. Es, por tanto, un comercio dirigido esencialmente a la satisfacción de las necesidades tradicionales de los pobladores de la ciudad, sometido a una rígida política de mercado. Por ejemplo, estaba sujeto a normas estrictas sobre calidades, medidas, pesos y precios.⁴

A la par de este comercio local identificado en los mercados tenemos un gran comercio que es fundamentalmente un comercio inter-local, de exportación y, por supuesto, al por mayor, el cual se desarrollaba en las ferias. Por ello los profesionales de este comercio son hasta el siglo XIII mercaderes ambulantes, que acompañan a sus mercancías en sus desplazamientos, y están muy poco o nada interesados en el mercado local. Este comercio de exportación no está sujeto a la rígida reglamentación de la actividad mercantil puramente local.⁵

Tenemos entonces que frente al mercado, en el cual se realiza el comercio local, las ferias son el instrumento del comercio de exportación. En ellas sólo participan comerciantes profesionales y se realizan

fundamentalmente operaciones comerciales al por mayor. Por el contrario, según se ha dicho ya, los mercados sirven al comercio minorista dirigido a satisfacer las necesidades de los habitantes de la ciudad.⁶

La ciudad se convierte en un centro de consumo, de cambio y de producción, en la que la feria y los mercados se dedican a fomentar el comercio internacional o nacional, respectivamente. En ella estas actividades económicas se realizan por dos clases de profesionales: los mercaderes y los artesanos quienes a partir de la segunda mitad del siglo XII se asocian en corporaciones y gremios.⁷ Nótese que ante la ausencia de un fuerte poder central en la Edad Media, todos aquellos que tenían intereses comunes que defender se unieron en este tipo de asociaciones que aumentarían su fuerza.

Las corporaciones estaban formadas por los integrantes de cada oficio para velar, defender y organizar sus propias actividades. Los gremios, por su parte, surgen a fines de la Edad Media.⁸ Entre las funciones de los gremios se citan las siguientes: organizaban y presidían las ferias y mercados; enviaban cónsules al extranjero para proteger a los asociados y asistirlos en caso de infortunio o enfermedad; protegían la seguridad de las comunicaciones, y por último, como función importantísima, dirimían las contiendas que pudiesen surgir entre los socios.⁹

3 BERCOVITZ (Alberto), CANO (Rodríguez). Origen histórico del Derecho mercantil. Antología de Derecho Comercial 1, UCR, San José, 2011, p. 9.
4 BERCOVITZ y CANO, op. cit. pg. 13.
5 Ibid. pg. 14.
6 Idem.
7 FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, MENEDEZ, op. cit. pg. 9.
8 Idem.
9 ZAMORA (Jesús). Proceso mercantil (pasado, presente y Futuro), pg. 75.

2.2 Concepto

Etimológicamente, la palabra *feria* procede del latín *feria*, es decir, *solemnidad*, *fiesta*, significado que ha subsistido en español. Algunos autores proponen también como antecedente el término *forum*. Ambos remiten al concepto de *solemnidad* o *peregrinación*. Paulatinamente, esas fiestas aparecen unidas a prácticas mercantiles y, poco a poco, las transacciones comerciales prevalecen sobre los aspectos religiosos.¹⁰

El concepto de *feria*, así como sus elementos, han evolucionado a lo largo de la historia. Las ferias, con sus tenderetes móviles, sus mercancías variadas y sofisticadas, concurrentes que acuden únicamente por divertimento, con sus espectáculos, primero en las plazas, luego en tablados, o a cubierto, se han reducido, en determinadas épocas, a proporcionar diversiones a la población; un medio de dar salida a los «artículos producidos por la inventiva de los obreros de las ciudades», de acercar a los pueblos las mercancías que no estaban a su alcance.¹¹

2.3 Fines

En la Edad Media, cuando las comunicaciones eran tan difíciles y peligrosas, cuando los lugares en los que se podía encontrar los artículos de lujo o de primera necesidad eran tan escasos y alejados entre sí, las ferias, esas grandes reuniones de gentes de todos los países que acudían a ellas en caravanas, necesariamente tenían un

10 CUELLAR (Ma del Carmen), PARRA (Concha). Las ferias medievales, origen de documentos de comercio, pg. 103.
11 Ibid., pg. 104
12 Idem.
13 Ibid., pg. 106.
14 Ibid, pgs. 106-107.

objetivo de aprovisionamiento y de comercio inter-local.¹²

Aunque el fin de las ferias sea en sus orígenes exclusivamente comercial, ello no impide, más bien al contrario, que originen diversas realizaciones como la construcción de edificaciones para satisfacer las necesidades de los feriantes: locales, *halles* o lonjas, iglesias, tiendas, calzadas... y también otras manifestaciones surgidas con el fin de ocupar los *loisirs* de los participantes: una vez terminados los negocios, se requerían otras actividades que facilitaran el divertimento y, quizá, la terminación de una transacción inconclusa, el inicio de alguna otra y, siempre, el establecimiento de relaciones ante una jarra de vino del país.¹³ Es el momento de los espectáculos públicos: acróbatas, juglares y trovadores. Literatura y fiesta, poesía, danza y teatro estarían representados en el recinto de las ferias; las funciones, primero en las iglesias, luego en los pórticos y después en las plazas, *miracles*, *mystères*, *farces*, atraerían a aquella variopinta población, lugareños y foráneos, propios y extraños.¹⁴

2.4 Organización

Cada feria estaba perfectamente organizada. La primera semana se dedicaba a montar las *paradas* o casetas en las calles de la ciudad; durante los diez días siguientes, se procedía a la *transacción de los paños*; a continuación, durante once jornadas, se vendía el *cuero cordobán* y en las diecinueve restantes se vendían otras variedades de artículos.

La feria concluía dedicando un tiempo a *hacer el balance*.¹⁵

Las ciudades medievales donde se celebraban las ferias no eran grandes. Muy pocas superaban los 10.000 habitantes y pocas los 5.000. La mayor parte eran más reducidas. Los campesinos se autoabastecían y también los habitantes de las ciudades pequeñas cultivaban sus propios alimentos.¹⁶

Apartir del siglo XII se crean numerosas ferias. Cuatro de las llamadas *grandes* tienen lugar en la Inglaterra del siglo XIII: Northampton, Saint Ives, Boston y Winchester. Existen otras del mismo tipo en los países de Europa occidental. Pero ninguna iguala a las seis *grandes ferias* de Champagne: Lagny, Bar-sur-Aube, Provins, dos anuales, y Troyes, otras tantas, así como las de la Brie. Los mercaderes italianos vendían en ellas los productos de los países mediterráneos y árabes y compraban las mercancías de la Europa del Norte, sobre todo los paños y la lana, para exportarlos al Sur. Durante largo tiempo, estas seis ferias eran el eje de todo el comercio internacional. Las separaba un periodo de 40 a 50 días en un intervalo de 8 meses, desde la primera quincena de marzo a la primera de noviembre.¹⁷

Algunas ciudades alemanas constituyen un núcleo de actividades mercantiles como Aquisgrán, Espira, Worms Maguncia y, sobre todo, Ratisbona; a la sombra de sus catedrales y con ocasión de solemnidades

religiosas, se celebraban varias ferias anuales cuyo esplendor se prolongaba hasta los últimos años de la Edad Media.¹⁸

Esos inmensos mercados, las ferias, se instalaban en aquel entonces en un espacio libre, a las puertas de la *cit  * o recinto antiguo, agrupándose en un espacio muy limitado. La apertura de las ferias se anunciaba por el repique de campanas y el tropel de personas que aflu  an a sus enclaves.¹⁹

En lo que respecta a la clientela, ésta era variada: los había ricos herederos dilapidadores, nuevos hijos pródigos, que compraban caballos   rabes, halcones, perros de caza, lebreles caros, mujeres «raptadas a los sarracenos [...] y engrosan generosamente las cuentas de los mercaderes, gastando sin medida en plata y oro fino». Otros, en cambio, adquirirían mercancías corrientes, *Font des emplettes*.²⁰

En este hormigueo continuo, este ir y venir incansable, todo funcionaba dentro de un orden. Los comerciantes no podían poner a la venta sus mercancías sin control: pa  eros, merceros, peleteros, vendedores de cordob  n, hilo y lienzo debían elegir personas leales que supervisaran las mercancías. El dinero no estaba inactivo, con una circulación en cierta medida controlada o al menos planificada. Todo paga, con cantidades bien establecidas: la escolta que ha protegido a los comerciantes desde tal país; el caballo, el intermediario, la pieza de tela, el alquiler de una casa, el derecho de mercado de

productos comestibles, la tasa por libra de plata prestada, por acto de préstamo, por la entrada de una mercancía.²¹ Se puede decir que el fisco feudal no carecía de imaginación para encontrar ocasiones de engrosar sus arcas.

El derecho de apertura de un mercado semanal se concedía generalmente por privilegio real y los de feria, pagados por los comerciantes, constituían a menudo una fuente sustanciosa de ingresos para el noble, la autoridad eclesiástica o la municipal. Igualmente, la feria anual o a veces semestral, que duraba varias semanas, ofrecía una magnífica salida al comercio lejano. El derecho a establecerlas se concedía igualmente por privilegio real y los impuestos solían ser muy elevados.²²

Por ejemplo, en lo que respecta a los *impuestos*, existió un tipo llamado *pontage* o derecho arancelario aplicado a las mercancías que franqueaban un puerto, con el fin de subvenir al mantenimiento del mismo. Los Templarios compartían el *tonlieu* o *peaje* de la lana con las autoridades de las ciudades.²³

Las mercancías objeto de transacción giraban en torno a las *especias* y los *frutos* del Mediodía, los pescados frescos y salados, las pieles, los paños finos, los vinos, sobre todo para Alemania e Inglaterra, y las pesquerías de arenques del Báltico, Skan  vo y Falsterb  , así como la sal. Por otra parte, los Cruzados, regresaban de Oriente

trayendo tapices, telas de seda, cobres cincelados, cristalería, metales labrados, especias orientales. En algunas ferias se vendía marroquinería llegada a través de los musulmanes de la península o de África.²⁴

En la Edad Media, se apreciaban las comidas sazonadas, lo que explica en buena medida la presencia de las especias en los mercados: la pimienta, la canela, el clavo, el jengibre, el macis y la nuez moscada. Muchos productos medicinales utilizados en la Europa Medieval:   loes, alcanfor, ruibarbo, j  beg; perfumes y aromas:   mbar gris, cidronela, incienso, almizcle, mirra, agua de rosas; productos del Asia, importados por los puertos levantinos, circulaban a buen ritmo de proveedores a clientes.²⁵

Los mercaderes, en un principio, disponían de mesas o pupitres, les *  taux*, pero luego se construyen sus propios puestos, *loges* y una capilla; más adelante, los puestos fueron sustituidos por casas e incluso por lonjas, *halles*, y la capilla se convierte en una bella iglesia alrededor de la cual se agrupan los negociantes notables del país.²⁶

A partir de la documentación existente se puede trazar el perfil del perfecto *mercader foráneo*: ha de saber llevar bien los libros de contabilidad, no debía practicar la usura, debía ser generoso en sus dádivas, profundamente religioso y muy audaz. Las fundaciones piadosas y obras de beneficencia de los comerciantes medievales son innumerables.²⁷

15 Idem.
16 Ibid, pgs. 108-109.
17 Ibid, pg. 105.
18 Ibid, pg. 109.
19 Ibid, pg. 106.
20 Ibid, pg. 107.

21 Idem.
22 Ibid, pg. 109.
23 Ibid, pgs. 112-113.
24 Ibid, pg. 107-108.
25 Ibid, pg. 108.
26 Ibid., pg. 110.
27 Ibid., pgs. 110-111.

Para concluir con este capítulo, es menester referirnos brevemente a las monedas utilizadas en las ferias medievales. Una diversidad infinita caracterizaba la moneda de las ferias. Los cambistas internacionales otorgaban su preferencia a las monedas cuyo valor o peso era más estable. Este peso se hallaba sujeto a variaciones en el momento de su emisión y, posteriormente, a causa del desgaste del metal. La mayor parte de las colecciones de numismática cuentan con ejemplares utilizados por el comerciante europeo medieval. Así, el *dinar* árabe, el *nomisma* bizantino, el *ducat* veneciano, el *florín* florentino, el *écu* francés, el *noble* inglés, etc.²⁸

Carlomagno dio forma definitiva al nuevo sistema monetario que sustituyó al modelo romano y que perduró durante toda la Edad Media. Se basa en el monometalismo de la plata frente al oro. Pero monedas, pesos y medidas no estaban unificados todavía durante el Medioevo. Como los intercambios presentaban una complejidad extrema, existieron utensilios para realizar esas funciones, por ejemplo, entre otros, el *trébuchet* o pesillo, que servía para pesar monedas y una pequeña *balance d'orfèvre* que permite verificar ese peso y del que irá provisto cualquier mercader que se preciaba de serlo.²⁹

3. *Las ferias medievales y el nacimiento y desarrollo del Derecho Comercial*

El Derecho Mercantil surge como ordenamiento especial en la época medieval con la caída del Imperio Romano. Con la

desaparición de este imperio se presenta un conjunto de factores económicos, políticos-sociales y jurídicos que, actuando conjuntamente, determinó la aparición de un derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos: los comerciantes.

La especial actividad de estos sujetos y las crecientes exigencias impuestas por su explotación profesional no se satisfacían adecuadamente con las fórmulas elementales de la ley civil, por ello surgió el Derecho Mercantil medieval que se caracterizó frente al derecho Romano-canónico vigente en la época por ser eminentemente popular, libre de tecnicismo de la época y de las abstracciones lógicas de los sistemas.³⁰

Fue pues, surgiendo en la práctica del comercio un Derecho consuetudinario adecuado a la actividad mercantil. Piénsese, en efecto, que la dispersión política de la época era especialmente propicia para la creación de Derecho consuetudinario, de tal modo que esta fuente de Derecho es característica de aquella época, y que, además, se reconocía la posibilidad de que cada región tuviese sus propias costumbres.

Entonces tenemos que la actividad económica que se realiza en las ciudades tropieza con un ordenamiento jurídico que se acomoda mal a las nuevas necesidades. Dicho ordenamiento estaba integrado por el Derecho Romano de la época de Justiniano, inadecuado y mal conocido por las leyes populares germánicas, toscas y formalistas; y por un Derecho Canónico, hostil a la

práctica del comercio y a sus instituciones, el cual había privado al Derecho vigente en la época de la elasticidad que hizo innecesaria la aparición de un derecho especial para el comercio en Roma. Por consiguiente, el Derecho Mercantil en esta época se caracterizó por una fuerza renovadora de los usos creados por los mismos comerciantes, a medida que iban necesitando nuevos instrumentos jurídicos para desarrollar la actividad económica a la que se dedicaban.

Varios autores consideran estos usos y costumbres como la Lex Mercatoria. También indican que los antecedentes mediatos de la Lex Mercatoria se sitúan en la época medieval. El derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el Medioevo de una clase social – las Societas Mercatorum- la cual se dedicó al comercio. La Societas adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbre profesionales que se denominaron Lex Mercatoria. Aquel grupo social era integrado por artesanos y comerciantes –llamados despectivamente *pieds podreux* en Francia-, quienes se organizaron en corporaciones y gremios. Su actividad se tornó internacional, volviendo inadecuadas las leyes locales a sus requerimientos. Así el desarrollo de la Lex Mercatoria se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.³¹ La Lex Mercatoria entonces podríamos definirla como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho

de clase, informal e internacional. Asimismo, la Lex Mercatoria se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista.

La Lex Mercatoria se relacionaba continuamente con los demás sistemas legales (feudal, eclesiástico, urbano, real), teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento. Aquí podemos afirmar la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos durante la época medieval. A su vez, el cosmopolitismo de la Lex Mercatoria se basó en su flexibilidad, especialidad (entendida como derecho de clase) y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.³² No obstante lo anterior, las relaciones que sostenían entre sí los mercaderes de las ciudades del mismo país, y luego también los de todas las ciudades europeas, el tráfico inter-local e internacional, promovido por mercados y ferias, y las colonias mercantiles establecidas en el extranjero, forzosamente habían de ir eliminando la diversidad jurídica.³³

Las ferias medievales, eventos que se celebran cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la Lex Mercatoria más significativos. Los comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales.³⁴

28 Ibid., pg. 111.

29 Idem.

30 FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, MENEDEZ, op. cit. pg. 8.

31 CADENA (Walter). La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del Derecho. Pg. 105.

32 CADENA, op. cit. pg. 106

33 REHME (Paul). Historia universal del Derecho mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pg. 76.

34 CADENA, op. cit. pg. 105.

Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII; poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un derecho mercantil constituido por las costumbres y uso de una clase social y caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la equidad. El derecho mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un derecho de clase, es decir, hecho por mercaderes y para mercaderes.³⁵

Vemos entonces como los mercaderes y artesanos, quienes por la insuficiencia del ordenamiento común crean su propio derecho consuetudinario, se asocian a partir del siglo XII en gremios y corporaciones que crean jurisdicciones especiales para resolver los conflictos de intereses que originan el comercio y su tráfico. Estas jurisdicciones o tribunales especiales dependían de las corporaciones y de los gremios y aplicaban los usos nacidos en el tráfico mercantil. Precisamente por ello el Derecho Mercantil de la época era un derecho de clase ya que era creado, interpretado y aplicado por los comerciantes y sus gremios.³⁶ Sin duda fue favorable para la constitución y funcionamiento de estos tribunales el sistema imperante en la época, según el cual eran miembros de la comunidad no versados en Derecho los que habían de juzgar. De esta manera era normal, conforme a los criterios entonces vigentes, que los pleitos entre comerciantes, planteados ante sus tribunales

eran quienes conocían las costumbres que habían de servir para pronunciar el fallo.

Algunos autores afirman que el Derecho Procesal Mercantil nació en Europa, en la Edad Media. En sus orígenes, fue un derecho clasista, creado por los tribunales de mercaderes, cuya jurisdicción se limitaba a los comerciantes matriculados en corporaciones. En sus postrimerías, fue aplicado a todos aquellos que litigaban sobre actos de comercio, independientemente de que fueran o no comerciantes.³⁷ Se dice que el Derecho Mercantil no fue obra del legislador, ni de la doctrina jurídica, sino que nace en cuna procesal, como obra de “jueces”. Los cónsules (“jueces”), empeñados en obra práctica y no en dialéctica, dictan las normas necesarias, sin distinguir entre derecho sustantivo y adjetivo, al contrario, mezclándolos entre sí. Al principio, los cónsules revistieron un carácter judicial; se les designó para que dirimiesen las cuestiones que se suscitasen en el territorio extranjero entre los individuos de una misma ciudad establecidos fuera, conforme a las leyes del país de procedencia. Esos funcionarios particulares, nombrados por las corporaciones mercantiles, se hicieron en lo adelante verdaderos funcionarios públicos dependientes del Estado que les otorgaba la investidura.³⁸

Los tribunales mercantiles, llamados Consulados, sirvieron de instrumento para transformar las costumbres de los comerciantes en el actual Derecho Mercantil. Obra de espíritus prácticos, el proceso mercantil se caracterizó por su brevedad, y

muchos de sus logros fueron indudablemente modelo para la evolución del proceso civil.³⁹

Ahora bien, la importancia de las ferias medievales con relación al nacimiento y consolidación del Derecho Comercial estriba en el surgimiento de esta jurisdicción especial. La primera fase del Derecho Mercantil está constituida por las costumbres desarrolladas en los mercados y ferias medievales. Un tribunal de feria compuesto por dos agentes de la autoridad del lugar hace aplicar el derecho de las ferias. La prueba por excelencia del derecho de feria es el contrato inscrito en el registro de la feria, surge así la prueba documental. El procedimiento era brevísimo, todo litigio debía ser resuelto en el lapso de duración de la feria, terminada la cual los comerciantes volvían a su lugar de origen, o se dirigían a la próxima feria. El demandado no podía oponer excepción de incompetencia, ni recusar a los jueces. La sentencia era inmediatamente ejecutable.⁴⁰

El proceso así iniciado, de creación de un Derecho y de jurisdicciones especiales, puede decirse que encuentra su principal manifestación, por una parte, en los tribunales de ferias, y por otra, como consecuencia de la constitución de las corporaciones de mercaderes, sobre todo en algunas de las principales ciudades de Italia. Las ferias, con sus tribunales especiales, tienen una gran importancia para el desarrollo del Derecho Mercantil medieval, y es indudable que estaban dedicadas al comercio inter-local. El propio nombre de los primeros tribunales especiales en Inglaterra, “courts

of piepowders”, hace referencia al carácter ambulante de los mercaderes.⁴¹

La importancia de esta jurisdicción especial deriva del hecho de haber reafirmado la especialidad y la autonomía del derecho mercantil frente al común o civil. El Derecho Mercantil surge y se aplica como derecho especial para regular la actividad profesional de los mercaderes. Los tribunales mercantiles, en sus estatutos y en sus decisiones, pusieron por escrito los usos de los mercaderes, los interpretaron y generalizaron, dándoles forma concreta y certera. Los cónsules crearon Derecho Procesal Mercantil, necesario para el funcionamiento de sus tribunales; pero, además, y tomando como materia prima la costumbre no escrita de los mercados, crearon el Derecho Mercantil.

En este sentido, los cónsules representantes de las Corporaciones, al entrar en posesión de su cargo, leían una declaración de propósitos sobre su futura labor. Estos documentos quedaban archivados en la sede de la corporación, y en un momento determinado, se compilaron siguiendo un orden cronológico, y a estas compilaciones se les denominaron “estatutos”. Los referidos estatutos y las normas y usos que se practicaban y registraban en las ferias, fueron tomando un cuerpo de doctrina y jurisprudencia, para tomar con el tiempo la eficacia de verdaderas leyes destinadas originariamente a regular sólo las relaciones entre comerciantes. De esta forma nació y por obra de los propios comerciantes, un

³⁵ Idem.

³⁶ FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, MENEDEZ, op. cit. pg. 11.

³⁷ ZAMORA (Jesús). Proceso mercantil (pasado, presente y Futuro), pg. 73.

³⁸ FARRERA (Celestino). El Derecho Internacional en la Antigüedad y en la Edad Media. Lit. y Tip. Vargas, Caracas, 1927, pg. 284

³⁹ ZAMORA, op. cit. pg. 73.

⁴⁰ Ibid, pg. 74.

⁴¹ BERCOVITZ y CANO, op. cit. pg. 34.

Derecho Mercantil autónomo, diferenciado de la ley Civil.⁴²

Vemos como en una primera época la organización política de la ciudad permite que los mercaderes y artesanos originen consuetudinariamente el derecho que regule su actividad profesional. Pero luego, en un segundo periodo, con el fortalecimiento de la soberanía de los monarcas surge una nueva ideología político-social que influye paulatinamente en la formación del Derecho Mercantil. Cambia progresivamente un proceso formativo dado que el monarca dicta las normas y las leyes que han de regular el comercio, de un Derecho Mercantil consuetudinario, creado, interpretado y aplicado por los mercaderes, se pasa a un derecho nacionalista dictado por un acto de soberanía del monarca.⁴³ También vemos como no obstante su origen consuetudinario en las ferias medievales, la Lex Mercatoria se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados interlocales e internacionales.

4. **Algunas instituciones jurídico-mercantiles nacidas en las ferias medievales**

Aún cuando el Derecho Mercantil de la época era un ordenamiento que regulaba la actividad profesional de los comerciantes, comienza muy pronto a aplicarse a quienes sin serlo utilizan esporádicamente instituciones jurídicas que fueron creación

exclusiva de aquellos. Se generaliza pues el uso de ciertas instituciones que hoy en día pueden ser utilizadas por cualquier persona.

Los documentos e institutos del comercio medieval, sus testimonios materiales, conservados actualmente en archivos, museos y colecciones particulares son extraordinariamente numerosos: *letra de cambio, la banca, mediador, comisionista o intermediario, libros del comerciante, sociedades de comercio, seguros, préstamo o crédito, tablas de conversión, operaciones de descuento, cheque, bolsa de valores, etc.*

Su origen es prácticamente italiano. La interesante labor de las ciudades de la península italiana se dilató con mayor empeño en el campo del derecho comercial, respecto del cual nos legaron instituciones de primer orden, que todavía conservamos con pocas variaciones. No obstante lo anterior, la región del Levante también tiene su mérito: Avignon, Arlès, Montpellier, Marseille, Barcelona y Valencia.⁴⁴

Uno de los rasgos de esta época es su pragmatismo; ello explica que los comerciantes buscaran un medio para evitar transportar dinero efectivo de una feria a otra, lo que entrañaba riesgos de todo tipo.

4.1 **Letra de cambio**

La *lettre de crédit* es un medio práctico mediante el que una persona de situación financiera saneada, puede disponer de una cantidad a expensas de gentes que viajan por su cuenta; generalmente va dirigida a

comerciantes y vincula o compromete el crédito del signatario para reintegrar todos los préstamos que se concederán al portador hasta que concurra el límite de una suma dada. La *lettre de change* desempeña un papel notorio en las finanzas y el comercio internacional, sobre todo al final de la edad Media cuando las firmas importantes tienen sucursales y agentes en las diferentes partes de Europa.⁴⁵

En ella intervenían en principio cuatro personas: una que depositaba la suma; otra, su acreedora, a quien debía ser pagada; un banquero que asumía el encargo de pagar; y la persona designada a efectuarlo. Pero este complicado mecanismo se fue simplificando, y así los sujetos de la relación fueron tres: el banquero ordenaba que el pago se efectuara no al acreedore sino al deudor, el cual depositaba la suma. Este, luego, o se presentaba él mismo en el lugar del pago, o nombraba un mandatario que exigiera la letra de cambio. Quien emitía el título que contenía la orden escrita fue llamado *traente* (librador); aquél que lo retiraba *prenditore* (tenedor), ordenado o beneficiado; y el destinatario de la orden de pago, *trattario* (librado). El documento que contenía la entera relación se llamó *cambiale tratta* (letra de cambio).⁴⁶

Éste sería su circuito: un comerciante de Florencia que había comprado telas a un pañero flamenco daba la orden a su banquero, en Florencia, de pagar en la feria de Provins mediante *débit* de su cuenta, la

suma que debía al Flamenco. El banquero, en lugar de ir personalmente a la feria, escribía a su corresponsal de Provins una *lettera di pagamento* pidiéndole que efectuase el pago. Frecuentemente, esta carta, en lugar de ser enviada directamente por el banquero a su corresponsal, era remitida al pañero flamenco, quien se encargaba de presentarla en feria. El banquero florentino intervenía así como *tireur* o *librador* de una letra cuyo correspondiente en feria era el *librado*, le *tiré*. Sin embargo, esta *littera di pagamento* difiere de la letra de cambio moderna en que no es *endossable*; no es más que un documento pagadero a una persona designada o a su representante; solamente puede ser ingresada en caja por el que reintegra el valor o por su agente.⁴⁷

La diversidad de los patrones monetarios y de los medios de pago y los peligros en el transporte de los metales preciosos en aquella época, llevaron forzosamente a la invención de este documento privilegiado y único que permitió obviar tales dificultades y riesgos. La letra de cambio engendró por su parte otras instituciones que vinieron a completar su valimiento y eficacia.⁴⁸

4.2 **La banca**

Cabe a los Italianos la creación de la Banca. Se implantaron en los núcleos comerciales importantes, como ocurre con los banqueros florentinos en Avignon. En la plaza de Cambios se levantan las mesas o mostradores, cubiertos con un tapiz y

42 TORRES, op. cit. pgs. 116-117.
43 FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, MENEDEZ, op. cit. pg. 10.
44 CUELLAR y PARRA, op. cit. pg. 113.

45 Ibid, pg. 114.
46 CERTAD (Gastón). Evolución histórica y función económica de la letra de cambio. Antología de Derecho Comercial 3, UCR, San José, 1999, pg. 65
47 CUELLAR y PARRA, op. cit. pg. 114.
48 FARRERA, op. cit. pg. 284.

provistas de balanzas. *Piastres* o piastras, *pistoles* o doblones, *livres tournois* o libras tornesas, *livres parisís* o libras de París, *florins*, florines, todas las monedas pasan por su manos; allí se pesan y cambian. Las monedas de Troyes, Provins y Meaux obtienen tal favor que Inglaterra, Alemania e Italia las admiten en sus transacciones comerciales e incluso adoptan su forma característica, como es el caso de la de Provins por parte de los italianos.⁴⁹

El tráfico bancario, ejercido en general por banqueros privados, obligados, a lo menos en las operaciones de depósito, a determinadas concesiones y a prestar caución, alcanza amplio desarrollo. Aparte del cambio de moneda, la operación fundamental del comercio bancario es llevar el servicio de caja, en toda la extensión del término, de sus clientes: resguardos de depósito, apertura de cuenta de crédito, contrato de cuenta corriente, transferencias, descuento y negocios de arbitraje, son formas usuales, así como las cartas de crédito.⁵⁰

Para financiar Las Cruzadas y fomentar el comercio, se crearon bancos, los que desarrollaron grandes operaciones financieras que, como es natural, tuvieron que ser reglamentadas, surgiendo de esa manera diversas reglas mercantiles. Era necesario asegurar a los ejércitos que marchaban hacia el oriente los medios de subsistencia, personales y militares, por lo que se estableció una corriente comercial entre los cristianos de tierra santa y los de occidente.⁵¹

49 CUELLAR y PARRA, op. cit. pgs. 111-112.
50 REHME, op. cit. pg. 84.
51 TORRES, op. cit. pg. 114.
52 CUELLAR y PARRA, op. cit. pg. 112.
53 Ibid, pg. 113.

4.3 El crédito o préstamo

Como al mismo tiempo es peligroso viajar llevando consigo fuertes sumas de dinero en monedas, gran parte de las transacciones se realizan *a crédito*. Por ejemplo, es normal que las compras del rey en una de las cuatro grandes ferias inglesas se paguen en la feria siguiente. Las *deudas*, se contabilizan o registran en las *tailles* o *tarjas* que eran una especie de varas con muescas o entalladuras que representan la suma, selladas por las partes actuantes y hendidas longitudinalmente. Cuando la deuda está saldada, el comerciante debe verificar que la tarja sea debitada o cargada en la cuenta.⁵²

El comprador no está obligado a desembolsar sus dineros contantes y sonantes en el momento de la entrega de la mercancía adquirida: puede comprometerse a pagar en la feria siguiente. Dicho *compromiso* está acuñado con el *scéau des foires*; sello de las ferias; el interés no puede subir más del 15% anual, es decir, 2'5 por feria. Los *gardes* controlan el pago de esas obligaciones y persiguen a los deudores con ayuda de sus numerosos agentes.⁵³

Es importante mencionar que la Iglesia Católica influyó en el desarrollo del comercio a través de la prohibición del préstamo con interés. Esta prohibición originó el desenvolvimiento de algunas instituciones, tales como la banca. Cuando los capitales están sujetos a riesgo, el Derecho Canónico admitía una remuneración correspondiente a los riesgos ocurridos. Por eso la Iglesia

nunca prohibió el préstamo a la gruesa y en cierta forma fomentó la “Commenda”, o sociedad en virtud de la cual el capitalista recibía el beneficio por el riesgo derivado de las operaciones que su deudor y asociado realizaba.⁵⁴

El *préstamo* era una actividad común. Los judíos detentaban el monopolio de esta actividad porque el préstamo con interés no estaba permitido y ellos no se hallaban sometidos a las normas eclesiásticas que condenaban la usura. Pero la concentración creciente de capitales entre las manos de los grandes negociantes, en particular italianos, y la constante demanda de fondos casi obligaban a los comerciantes a dedicarse a esta actividad, aunque los contratos fuesen generalmente redactados en términos que ocultaban su verdadera naturaleza.⁵⁵

4.4 Bolsa de valores

El origen de la Bolsa como institución data de finales del siglo XV en las ferias medievales de la Europa Occidental. En estas ferias se inició la práctica de las transacciones de valores mobiliarios y títulos. El término “bolsa” apareció en Brujas, Bélgica, concretamente en la familia de banqueros Van der Bursen, en cuyo palacio se organizó un mercado de títulos valores. En 1460 se creó la Bolsa de Amberes, que fue la primera institución bursátil en sentido moderno. Posteriormente, se creó la Bolsa de Londres en 1570, en 1595 la de Lyon, Francia y en 1792 la de Nueva York, siendo ésta la primera en el

54 TORRES, op. cit. pg. 115.
55 CUELLAR y PARRA, op. cit. pg. 115.
56 JUMBO (Bolivar). La Bolsa de Valores y los principales índices del mundo. Universidad Católica de Loja, www.gestiopolis.com.
57 CUELLAR y PARRA, op. cit. pg. 110.
58 REHME, op. cit. pgs 80.81.

continente americano. Estas se consolidaron tras el auge de las sociedades anónimas.⁵⁶

4.5 El comisionista o intermediario

La figura del *courtier*, comisionista o intermediario, está datada de muy antiguo; existen incluso intermediarios entre los *rouliers* o carreteros y los negociantes. Los lombardos abrían sus mostradores, o sucursales, e iniciaban las operaciones de cambio. Los viajes de los especuladores y transportistas se fijan y llevan a cabo en la estación del año más favorable, cuando los caminos son transitables.⁵⁷

4.6 Mediador o corredor

Los mediadores son casi siempre nombrados por la corporación, y en general, se distinguen entre sí según la clase de negocios en que se ocupan. El mediador es guardián de la legalidad mercantil: a todas luces, la institución está íntimamente relacionada con el cuidado e inspección del comercio por las autoridad pública, característicos de la Edad Media. Es además perito para la tasación y verificación de los desperfectos o la mala calidad de la mercancía.⁵⁸

4.7 Sociedades de comercio

Las hubo de los tres tipos que el derecho moderno tiene como fundamentales. El solidario, que fue sin duda el tipo primitivo, inspirado en la mutua confianza y en el cual lo esencial es la condición personal de

los socios; y el comanditario y el anónimo, en que lo principal y de sustancia es el capital aportado.⁵⁹

4.8 El cheque

El Tesoro Real emplea tarjas de forma análoga al crédito para evitar los pagos al contado. Un mercader que presenta su nota al tesoro no recibirá dinero efectivo, sino la *mitad de una tarja*, que es, de hecho, un *cheque* extendido contra uno de los recaudadores de impuestos oficial, que detenta el dinero efectivo y entregará la suma indicada en la tarja o *taille*; finalmente, el recaudador o *collecteur* devuelve la *taille* al tesoro como garantía o prueba de que la deuda está saldada.⁶⁰

Los viajeros no negociantes utilizaron también la *letra de cambio*, como si fueran los *traveller’s chèques* o *cheques de viaje* actuales. Para simplificar los pagos, se adquirió muy pronto la costumbre de *domicilier* las letras de cambio en una misma feria y proceder a establecer *compensations*; de esta forma sólo quedaba por pagar en *monnaie de poids* un saldo por lo general reducido. Pronto, incluso el pago del *saldo*, en lugar de hacerse en efectivo, se liquidó mediante una letra de cambio girada contra otra feria.⁶¹

4.9 Libros del comerciante (balances e inventarios)

La práctica de los libros del comerciante, que tiene antecedentes muy antiguos, se perfila

y perfecciona al introducirse los números árabes y, posteriormente, la llamada partida doble. Constituyen esos libros una verdadera institución jurídica: existe el deber de llevarlos, y cuando se llevan debidamente, tienen fuerza probatoria.⁶²

Para obtener buenos resultados, a los comerciantes les es necesaria una *contabilidad* muy precisa y afinada. La *tenue des livres en partie double* o contabilidad por partida doble se practica por las firmas italianas a partir del s. XV. Los cálculos aún complicados por la persistencia de las cifras romanas, se ven facilitados con el empleo de los *bouliers compteurs* o tablas divididas en columnas que representan las diferentes unidades de los precios; los resultados de estas operaciones se trasladan a una especie de *grand livre*; para el pequeño comerciante se reducirá a un simple *carnet de transactions*, pero las grandes empresas con varias filiales e intereses múltiples, necesitan unas técnicas contables complicadas que llevarán a la realización del balance exacto de inventario.⁶³

4.10 Seguros

L’assurance à prime se generaliza en el siglo XIV, sobre todo para los envíos por mar; el seguro para el transporte por vía terrestre y el seguro de vida son poco usuales, si bien la venta de *rentes annuelles* es una práctica habitual. Las primas son elevadas, dependiendo de la estimación de los riesgos de la travesía.⁶⁴

59 FARRERA, op cit. pg. 283
60 CUELLAR y PARRA, op cit. pg. 112.
61 Ibid, pg. 114.
62 REHME, op cit pg. 79.
63 CUELLAR y PARRA, op cit. pg. 116.
64 Ibid, pgs 115-116.

4.11 Operaciones de descuento

Las *operaciones de descuento* de efectos mercantiles fueron inventadas también en esta época: a veces, el banquero entregaba inmediatamente al beneficiario de una letra aún no vencida contra el tesoro real el total de la misma, previa deducción de un *agio*.⁶⁵

4.12 Tablas de conversión

La diversidad, ya aludida, de pesos y medidas utilizados en el medievo plantea problemas al comerciante que debe recurrir a las *tables de conversion* o equivalencia, pues las medidas del lugar de compra difieren frecuentemente con las del punto de venta.⁶⁶

5. Conclusión

Durante la Edad Media, el Derecho Mercantil fue predominantemente subjetivo. Fue esencialmente profesional: los comerciantes eran los únicos vinculados por las costumbres nacidas y difundidas por ellos. Entre los principales perfiles de este período podemos mencionar: a) El nacimiento del Derecho Comercial como fruto de necesidades sociales e históricas, en donde las ferias

65 Ibid, pg. 114.
66 Ibid, pg. 112.

medievales jugaron un papel fundamental. b) Su carácter de derecho especial frente al derecho común. c) Su concepción predominantemente subjetiva, como derecho de los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional. d) La elaboración de normas específicas en la materia.

Los comerciantes se separaron del Derecho Romano, canónico y común y crearon sus propias normas, que de consuetudinarias devinieron estatutarias y finalmente por obra de los monarcas absolutos se convirtieron en manifestación del derecho legislado, por estas necesidades aparece el Derecho Mercantil como derecho especial para el comercio. Especialidad que se mantiene con variaciones, más o menos profundas hasta nuestros días.

Aquellos instrumentos o institutos a los que aludíamos antes no han desaparecido. Tampoco éstos nos son ajenos y ni siquiera lejanos; por el contrario, los efectos de comercio creados a lo largo de la Edad Media en el marco de las Ferias, no sólo han pasado a la posteridad sino que desempeñan un papel muy importante en nuestra civilización actual y están presentes en nuestra vida cotidiana.

6. Bibliografía

BERCOVITZ (Alberto), CANO (Rodríguez). Origen histórico del Derecho mercantil. Antología de Derecho Comercial 1, UCR, San José, 2011.

CADENA (Walter). La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la Globalización del Derecho. <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf>

CERTAD (Gastón). Evolución histórica y función económica de la letra de cambio. Antología de Derecho Comercial 3, UCR, San José, 1999.

CUELLAR (Ma del Carmen), PARRA (Concha). Las ferias medievales, origen de documentos de comercio. http://www.uv.es/dpujante/PDF/CAP1/A/Carmen_Cuellar_C_Parra.pdf

FARRERA (Celestino). El Derecho Internacional en la Antigüedad y en la Edad Media. Lit. y Tip. Vargas, Caracas, 1927.

FERNÁNDEZ (Sonia), MARTINEZ (Erik), MENEDEZ (Aleyda). El Derecho mercantil como Derecho de empresa. Monografía para optar por el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, El Salvador, 2008. <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/346.07-F363d/346.07-F363d.pdf>

JUMBO (Bolívar). La Bolsa de Valores y los principales índices del mundo. Universidad Católica de Loja. <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/bolsasmundo.htm>

REHME (Paul). Historia universal del Derecho mercantil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

TORRES (José Luis). Desarrollo histórico del Derecho Comercial. Revista Espiga, UNED, San José, Costa Rica. <http://www.uned.ac.cr/sociales/publicaciones/documents/09Espiga3.pdf>

ZAMORA (Jesús). Proceso mercantil (pasado, presente y Futuro). <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/639/9.pdf>

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE ADUANAS EN EL ADPIC Y EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

*Lic. Carlos Cartín
Lic. Juan Diego Elizondo*
Lic. Juan Pablo Morales*

Responsabilidad de los funcionarios de Aduanas

El presente artículo consistirá en hacer un análisis acerca de las normas vigentes en Costa Rica que rigen la responsabilidad de los funcionarios aduaneros al momento de ordenar una suspensión de despacho de mercadería, cuando estos se encuentren ante situaciones de posible violación a derechos de propiedad intelectual.

El objetivo de este estudio consiste en esclarecer si existe alguna concordancia entre la responsabilidad genérica que poseen los servidores públicos por disposición de la LGAP, la existente en el ADPIC y en la Ley de Observancia para los funcionarios aduaneros.

Para esto tomaremos en cuenta 3 cuerpos normativos: El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC), la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante Ley de Observancia),

y la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

Ahora bien, como primer punto, es importante tener en cuenta lo plasmado en la LGAP en cuanto a la responsabilidad genérica de los servidores públicos. A partir del artículo 199 se regula el tema de la responsabilidad del servidor público ante terceros. Citamos textualmente:

Artículo 199.-

1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiera actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.

3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se

*especialista en derecho comercial, UCR

llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.

4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.

Se puede observar, para lo que nos interesa, que, de manera genérica, un servidor público llega a ser responsable si actúa con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes. Esto es esencial para lo que más adelante se estudiará.

Como segundo punto, el ADPIC, en su artículo 58, hace referencia a la actuación de oficio de los funcionarios de aduanas. Específicamente, el ADPIC menciona 3 incisos dentro de los cuales las autoridades aduaneras pueden actuar. El inciso a) se refiere a la facultad de las autoridades competentes de solicitar al titular de un derecho, cualquier información que puede ser útil para suspender el despacho de mercancías. Por otra parte, el inciso b) se refiere a que, dicha suspensión de mercadería debe de notificarse al importador y al titular del derecho. Por último, el inciso c) expresa que los Miembros del ADPIC eximirán a las autoridades competentes y a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras, únicamente en los casos llevados a cabo o proyectados de buena fe.

Citamos textualmente el inciso c) de dicho numeral:

Artículo 58: Actuación de oficio.- Cuando los Miembros pidan a las autoridades competentes que actúen por propia iniciativa y suspendan el

despacho de aquellas mercancías respecto de las cuales tengan la presunción de que infringen un derecho de propiedad intelectual:

- a) ...,*
- b) ...,*
- c) los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe.*

Se ve aquí como el ADPIC plasma como requisito de las actuaciones de los funcionarios públicos que éstas hayan sido llevadas a cabo o proyectadas de “buena fe”. Este aspecto sería, por decirlo así, el eximente de responsabilidad de los funcionarios de aduanas al momento de suspender el despacho de las mercancías dudosas. Claramente, el concepto de “buena fe” presenta un alto nivel de indeterminación y en la práctica las conductas catalogadas como tales son de difícil, sino de imposible comprobación. Creemos que esto es una deficiencia de este numeral 58 del ADPIC.

También se ha discutido si la incertidumbre de este artículo se origina de la traducción del inglés al español de este artículo. En este sentido la redacción en inglés del artículo 58 se lee de la siguiente forma:

*58:
Ex Officio Action
Where Members require competent authorities to act upon their own initiative and to suspend the release of goods in respect of which they have acquired prima facie evidence that an intellectual property right is being infringed:*

- (a) ...;*
- (b) ...;*
- (c) Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith.*

De lo que se citó en inglés y lo que fue traducido, se puede establecer que no existe diferencia sustancial entre una versión y la otra, por lo que puede concluirse en este sentido que la traducción no es la que origina el problema, sino que deviene de una técnica de redacción no muy acertada y poco precisa.

Por otro lado, tenemos el artículo 16 de la Ley de Observancia, el cual se refiere a la actuación de oficio de los funcionarios aduaneros para poder retener y no despachar mercancías importadas, exportadas o en tránsito, donde existan sospechas de violación a derechos de propiedad intelectual.

Dice textualmente el artículo:

Artículo 16.- Actuación de oficio.-

Quando las autoridades aduaneras tengan suficientes motivos para considerar que se vulnera un derecho de propiedad intelectual, deberán actuar de oficio y retener el despacho de las mercancías importadas, exportadas o en tránsito, que se sospeche que infringen un derecho de propiedad intelectual, sin requerir solicitud formal por parte de un privado o del titular del derecho. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la retención de las mercancías, las autoridades de aduana deberán denunciar, ante el Ministerio Público,

la comisión de alguno de los delitos contemplados en la presente Ley. De lo contrario, la mercancía deberá ser devuelta y la autoridad aduanera será responsable por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con las normas de la Ley general de la Administración Pública. En la medida de lo posible, las autoridades de aduanas informarán al titular sobre los derechos que puedan estar infringiéndose.

(Así reformado por el artículo 1° aparte c) de la Ley 8656 de 18 de julio de 2008.)

Derivado del artículo anterior se genera una duda acerca de que el funcionario deberá retener aquella mercadería que sospeche que infringe un derecho de propiedad, lo que resulta muy difícil de comprobar, y podría originarle al funcionario responsabilidad de pagar los daños y perjuicios por retener esa mercadería. Es decir, si suponemos que el funcionario retuvo una mercadería porque sospechaba que podía infringir un derecho de propiedad, pero luego se determina que no infringía nada, quedaría el funcionario respondiendo por los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar. La sospecha resulta ser muy indeterminada y difícil de precisar en el aspecto práctico, ya que como podría establecerse que el funcionario podía tener una presunción de que se infringía el derecho de propiedad intelectual. Inclusive existen casos que se ubican en una zona gris, donde el producto está muy bien logrado y no es posible determinar su verdadero precio en el mercado, lo que deja al Agente en indefensión. Lo que nos lleva a pensar que sería mejor para el funcionario no retener nada, y si luego se le quiere responsabilizar por no retener la mercadería,

podría indicar que él no tenía la capacidad de sospechar que dicha mercadería podía estar infringiendo un derecho de propiedad intelectual.

Vemos en dicho numeral la existencia de un deber de los funcionarios para actuar de oficio, no una potestad, para proceder a retener el despacho de las mercancías que puedan infringir un derecho de propiedad intelectual. Este es un punto clave a tener en cuenta. Asimismo, este artículo de la Ley de Observancia exige también, que se proceda dentro de los siguientes diez días hábiles, denunciar ante el Ministerio Público la comisión del delito. Si esto no se llega a realizar, la autoridad aduanera llegará a ser responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

Ahora bien, luego de haber analizado brevemente los 3 artículos precedentes, es lógico que lleguen a presentarse dudas, o bien, contradicciones entre dichas normas. Veamos los 3 puntos esenciales:

- 1- Por un lado, la LGAP, de manera general, le achaca responsabilidad a un servidor público cuando haya **actuado con dolo o culpa grave** en el desempeño de sus deberes,
- 2- El ADPIC le achaca responsabilidad a un funcionario cuando, al momento de suspender despacho de mercaderías, sus actuaciones **no sean llevadas a cabo o proyectadas de buena fe**,
- 3- La Ley de Observancia no les achaca responsabilidad a las autoridades aduaneras cuando retienen el despacho de mercaderías sospechosas de infringir derechos de propiedad intelectual,

siempre que tengan suficientes motivos para considerar que se vulnera un derecho de propiedad intelectual. Pero bien podría suceder que el importador de la mercadería lograra demostrar que no se infringían derecho de propiedad intelectual, lo que igualmente le originaría responsabilidad al funcionario.

La siguiente pregunta es de suma importancia: ¿Cuál norma se debe de seguir y aplicársele al funcionario de aduanas? Aunque la LGAP estipula de manera general, que es responsable el servidor que actúa con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes, pareciera que, mediante el ADPIC y la Ley de Observancia, se le quiso dotar de ciertas facultades al funcionario aduanero al momento de verse envuelto en el ámbito específico de propiedad intelectual. La LGAP es una normativa general, estipulando regulaciones amplias, que bien pueden dejarse de lado por ley especial. Es a partir de aquí, que el tema se vuelve algo confuso por lo que se dirá.

Siguiendo esta tesis, encontramos por consiguiente el ADPIC y la Ley de Observancia. El ADPIC se basa únicamente en la existencia de “buena fe” para que los funcionarios de aduanas puedan actuar de oficio, y sin conllevar consigo responsabilidad en sus actuaciones. No se estipula algo más como requisito. Hasta aquí tenemos que únicamente un concepto amplio e indeterminado, difícil de probar, como la “buena fe” se convierte en el único requisito para que los funcionarios puedan retener el despacho de mercadería.

Es así como posteriormente, llega la Ley de Observancia con su artículo 16, especificando que las autoridades aduaneras no tendrán

responsabilidad en la retención del despacho de mercadería cuando tengan “suficientes motivos” para considerar que se vulneran derechos de propiedad intelectual.

Con este artículo 16 de la Ley de Observancia, se crea confusión. El ADPIC especifica que basta la “buena fe” para hacer dicha retención, y la Ley de Observancia llega a estipular que se tienen que tener “suficientes motivos” para hacerlo. A nuestro gusto, ninguna de las dos normativas son claras en sus requisitos. Es más, podríamos atrevernos a decir que ambas normas chocan y no llegan a una misma idea. Esto en la práctica sin duda alguna genera confusión sobre cual norma aplicar, por lo que los funcionarios aduaneros no llegan a tener claro el panorama al momento de retener el despacho de mercadería en temas de propiedad intelectual.

El ADPIC no hace un detalle de lo que puede significar algo tan indeterminado como la “buena fe”. Asimismo, la Ley de Observancia en ningún momento aclara qué se entiende por “suficientes motivos”.

A nuestro juicio, existe incertidumbre en ambas. Es decir, no bastaría la “buena fe” del funcionario, sino que, es necesario también, que existan “suficientes motivos” por parte del funcionario aduanero, para poder hacer la retención de mercadería, de lo contrario, le será achacada responsabilidad. Estos “suficientes motivos” para considerar que se vulneran derechos de propiedad intelectual, no se especificaron en la Ley de Observancia, y es un tema que permite la discrecionalidad, lo que puede dar lugar a confusión e interpretación. Para empeorar las cosas, no existen en el país votos o resoluciones reiteradas, ni siquiera aisladas,

sobre el tema aquí desarrollado, que pueda aclararnos el panorama.

Conclusiones y Recomendaciones

En síntesis, la problemática planteada hasta el momento presenta dos aspectos básicos. Como primer aspecto podemos señalar una aparente falta de concordancia y claridad presente en las normas que rigen la responsabilidad de los funcionarios aduaneros ante posibles infracciones de derechos de propiedad intelectual que son conocidas en el ejercicio de sus funciones, lo que dificulta su aplicación y acatamiento en la práctica. Como segundo aspecto, resalta que legislador nacional genera un aparente énfasis (focus) entre la norma de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual que regula responsabilidad del funcionario de aduanas (artículo 16) creando una diferencia de criterios que pueden dar surgimiento a dicha responsabilidad con respecto a lo planteado en el artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública.

En cuanto al primer aspecto señalado cabe preguntarse ¿Existe un verdadero choque de normas entre el artículo 16 de la LPOPI y el artículo 58 inciso c) del ADPIC? Si bien es cierto no puede afirmarse categóricamente que la actuación conforme a una norma infringe lo dispuesto en la otra, puesto que la existencia de “suficientes motivos” no excluye una actuación de “buena fe” o, a la inversa, el actuar con ésta última no podría excluir la posibilidad de que deban existir motivos suficientes. Más bien, pareciera que, en el amplio margen de posibilidades que términos indeterminados como éstos

proveen, ambas conductas podrían exigirse si se hiciese un ejercicio de integración.

El principal problema radica en que hay una norma que incentiva la actuación de oficio (artículo 16 LPOPI) bajo un criterio (existencia de motivos suficientes de sospecha) que crea responsabilidad por la omisión de actuar en un plazo determinado (10 días) y, por otro lado, existe una norma que exige la exención de responsabilidad en los casos en que existe una actuación de buena fe. Ambos artículos parecen pretender incentivar la actuación del funcionario mediante dos métodos opuestos, a saber: la atribución de responsabilidad por una acción omisiva cuando existe una condición (motivos suficientes) y, por otro lado la exención de responsabilidad cuando existe una condición (buena fe) no excluyente con respecto a la de la otra norma. La primera pretende incentivar la actuación de oficio so pena de responsabilidad y la segunda pretende incentivar la misma al conceder un eximente que permita actuar sin temor de ser responsabilizado por sus actos, siempre que éstos se lleven a cabo de buena fe.

Entonces, al momento de aplicación surgen cuestionamientos cruzados sobre el decir de cada norma, *i.e.*: ¿El actuar con motivos suficientes puede considerarse como una actuación de buena fe? ¿Es necesaria la existencia de motivos suficientes y de la actuación de buena fe para estar exento de toda responsabilidad?, ¿Quedo exento de responsabilidad si actúo de oficio y de buena fe al detener un embarque de mercadería pero no hago la denuncia correspondiente en el plazo establecido por la norma?, ¿Existe la posibilidad de actuar con motivos suficientes sin actuar de buena fe?

La duplicidad de criterios y medios para el tratamiento de un mismo supuesto fáctico presentado por dos normas distintas, termina por dificultar y desincentivar el acatamiento de la norma ante la falta de claridad en cuanto a la conducta que se espera ante un determinado supuesto.

A todo lo anterior, se suma la existencia de una norma previa que establece una responsabilidad genérica para el funcionario público en sus actuaciones (artículo 199 de la LGAP), y sobre la cuál una de las normas específicas hace mención y énfasis (artículo 16 de la LPOPI).

Tomando en cuenta todo lo anterior, resulta pertinente que se planté una reforma al texto del artículo 16 de la LPOPI que señale claramente los supuestos que generarían responsabilidad por parte del funcionario y aquellos que le eximirían. Una posibilidad es que tanto la existencia de motivos suficientes como la actuación de buena fe sean tenidas como condiciones eximentes de responsabilidad, siendo que deban darse ambas simultáneamente (con las dificultades probatorias que eso implica). Otra posibilidad es que la actuación de buena fe sea tenida como condición única para eximir de responsabilidad al funcionario. Otra posibilidad es que se tipifiquen de forma más específica las conductas que pueden generar responsabilidad, *i.e.*:

“Recaerá responsabilidad al funcionario de aduanas cuando éste, conociendo sobre del trasiego de mercaderías que infrinjan de forma evidente derechos de propiedad intelectual, omita confiscar o llevar a cabo las acciones necesarias

para evitar que dichas mercaderías ingresen y se comercialicen en el territorio costarricense. Queda exento el funcionario de toda responsabilidad cuando actuando diligentemente y de buena fe, no pudiere detectar tales infracciones en virtud de la calidad

de las reproducciones ilegítimas o de cualquier otro subterfugio haga imperceptibles las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, o cuando el ingreso de estas mercancías fuere autorizado por el titular del derecho”.

EL CONTRATO DE FACTOREO: SU RELACIÓN CON EL CONTEXTO SOCIAL Y UTILIZACIÓN EN COSTA RICA

Licda. Irina Sibaja López¹

La situación del comercio actual y sus relaciones, se caracteriza porque uno de los rubros de los estados financieros de las empresas son las cuentas por cobrar, convirtiéndose en recursos inmóviles. Sin embargo, esto es consecuencia de la competencia y de la necesidad de capturar la mayor porción del mercado en el que trabajan, de ahí que la mayoría de las empresas han tenido que recurrir al ofrecimiento de créditos. Estas cuentas por cobrar implican, tanto costos indirectos como directos para las distintas entidades, pero a la vez generan un aumento en las ventas directas de sus negocios.

Con ello, se afecta el ciclo de conversión del efectivo, siendo el plazo de tiempo que transcurre entre los pagos que hace la empresa por los recursos productivos, hasta que reciben la entrada de efectivo. Periodo de tiempo que dependiendo de la empresa de que se trate, afecta la productividad de la misma, así como su liquidez.

Por lo anterior, las condiciones mercantiles han llevado a la configuración de nuevas relaciones contractuales con el fin de reducir dicho ciclo, y garantizar en un menor periodo de tiempo mayor efectivo, sin perder la comercialización de sus productos o servicios por medio de los

sistemas crediticios. Una de estas soluciones, es el Factoreo o también conocido como Factoring, siendo un costo de oportunidad para la empresa que hace uso de este tipo de mecanismo comercial, que les permite disponer de fondos al momento en que realizan las ventas por medio de la cesión de sus créditos.

1- Concepto

El Factoreo es una operación mediante la cual una empresa comercial, industrial, de servicios, o bien persona física que desarrolla una actividad lucrativa, llamada cliente, cede a la empresa de factoreo, llamado factor, sus cuentas por cobrar vigentes de terceros deudores (créditos), a cambio de un precio previamente estipulado.

Dicho acuerdo supone además, la atención financiera, administrativa y contable de la cartera de créditos del cliente, así como la administración de las cuentas, la evaluación e investigación de clientes y la cobranza de los créditos. El factor es el responsable del cobro de las correspondientes deudas; y con ello, el cliente recibe por anticipado los dineros de los créditos acordados, con la deducción del descuento, comisiones o intereses, de acuerdo con lo pactado.

¹ Licenciada en Derecho y Sociología de la Universidad de Costa Rica.

Los créditos generalmente se instrumentan mediante facturas u otros efectos comerciales por cobrar que cede la empresa vendedora (cliente) que es titular de los mismos, al factor. Estos pueden corresponder a ventas dentro del propio país o fuera de este, según sea el caso².

Esta figura combina el descuento de la factura y crédito, con el servicio de cobro de ellas, lo cual permite especialmente a las pequeñas y medianas empresas enfrentar mejor la competencia sin necesidad de invertir exceso de recursos en el manejo de su cartera crediticia, o bien a las empresas ya consolidadas, contar en un menor tiempo con un mayor flujo de efectivo, convirtiéndose con ello, en un mecanismo de financiamiento a corto plazo, sin que se confunda con un préstamo garantizado por cuentas por cobrar.

El Factoreo se caracteriza por adaptarse a las necesidades particulares de cada cliente, al ofrecer una amplia gama de servicios adicionales al descuento de las facturas.

En suma, del Factoreo emerge una relación de colaboración entre el factor y el cliente, *“por cuanto el primero se dedica y se ha especializado en brindar el cobro de los créditos pendientes y demás servicios, (...) y el cliente no sólo se ve únicamente favorecido con el pago de los mismos por parte del factor, sino que la figura comprende una gama mucho más amplia de servicios o complejo funcional que lo beneficiará, esto es lo que constituye la triple finalidad del factoring: gestión y contabilización de los créditos, asunción del riesgo*

*de insolvencia de los deudores de los créditos, cuando esto se pacte, y financiación mediante la movilización o pago anticipado de esos créditos”*³.

Por otra parte, esta figura opera cuando el interesado del servicio recurre al factor en busca, principalmente de financiamiento, con el requerimiento de una serie de elementos básicos antes del inicio de los estudios crediticios. Los documentos mínimos necesarios que debe presentar el cliente al factor son:

- Carta de Solicitud de Crédito donde comente la actividad de la compañía, reseña histórica, productos y principales empresas o clientes con los cuales tiene relación comercial (listado de deudores).
- Documentos legales: copia del acta constitutiva, personería jurídica original, copia de la cédula jurídica y de los apoderados para firmar, si se trata de una persona jurídica; o bien si es una persona física, documentación que indique el giro comercial que efectúa y la existencia de su negocio.
- Información Financiera; dos periodos fiscales anteriores.

Una vez efectuada esta investigación y revisada la documentación, se procede a formalizar la relación mediante un contrato general, que dependiendo del tipo de Factoreo del que se trate, se constituyen todos los términos y deberes de las partes.

2 Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo, en www.factorero.co.cr
3 Arauz, Ellen y Vargas Eugenio. El descuento bancario de facturas y el Factoreo. Diferencia y similitudes. Situación actual en Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Tesis de Licenciatura en Derecho. 2003. Pág. 96-97.

1.1 Partes del Factoreo

Las partes o sujetos intervinientes en el Factoreo corresponden, en sentido estricto, al factor y al cliente. Sin embargo, suele considerarse parte en el mismo, por su importancia en el vínculo entre los mencionados, al tercero deudor. De manera específica éstas se caracterizan por los siguientes elementos⁴:

1.1.1 El Factor

Constituye la entidad que cuenta con recursos financieros y una estructura técnica contable que le permite manejar la facturación desde la investigación hasta su recuperación. En la práctica generalmente son empresas financieras como bancos o sociedades de factoring, así como asociaciones solidaristas⁵.

Las obligaciones típicas del factor que dependen de los servicios pactados en el contrato, son:

- Asunción del riesgo o garantía del crédito, en aquellos casos en donde éste lo asuma.
- Pago del precio de los créditos, previa deducción de los intereses y de la comisión pactada por sus servicios.
- Notificación a los terceros deudores, que se configura en un requisito esencial para la efectiva cesión de los créditos, si así se acuerda.
- Gestión de cobro, que actúa en interés propio.

4 Ver: Arauz, Ellen y Vargas Eugenio. El descuento bancario de facturas y el Factoreo. Diferencia y similitudes. Situación actual en Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Tesis de Licenciatura en Derecho. 2003.
5 En la actualidad la Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo cuenta con 21 asociados, más todas aquellas asociaciones solidaristas y empresas que no se adscriben a esta organización.

- Confidencialidad, dado que revisa al efectuar el contrato los estados financieros y detalles de sus clientes.
- Información, deber de mantener informado al cliente de la gestión de cobro.

1.1.2 El Cliente

Puede ser una persona física o jurídica que por su giro comercial ostenta créditos a su favor a cargo de sus compradores, por lo que contrata con una empresa de Factoreo la labor de cobrar sus acreencias, así como el financiamiento y otra serie de servicios.

Se tiene como presupuesto que esta empresa o persona física tiene una cartera de clientes importante, de lo cual es prueba sus estados financieros de venta, información comercial sobre sus deudores, indicadores económicos, etc. Con esa información, se acuerda celebrar el contrato, obteniendo el servicio fundamental de liquidar al contado, todo o parte de su cartera, según lo convenido.

Parece existir en doctrina uniformidad en cuanto a que el cliente típico lo constituyen las pequeñas y medianas empresas, ya que les permite financiación para mantener un adecuado nivel de capital de trabajo y flujo de caja. A pesar de ello, en la actualidad las empresas más consolidadas lo suelen utilizar para garantizarse mayor liquidez en razón del alto número de ventas que suelen utilizar el crédito.

Dentro de sus obligaciones están:

- Transmisión de los créditos.
- Garantía de la existencia y legitimidad de los créditos, lo que significa que sea vigente y se haya constituido bajo la normativa jurídica que rige en el país, sea civil o mercantil.
- Pago de la tasa de intereses o comisiones pactadas.
- Notificación a los terceros deudores, que se configura en un requisito esencial para la cesión de los créditos, si así se acuerda.
- Información de lo requerido para que el factor realice la gestión de cobro.
- Garantía del crédito en caso de incumplimiento del tercero deudor, ello según el tipo de Factoreo pactado (tipos que se explicarán más adelante).

1.1.3 El Tercero Deudor

Se configura como la persona física o jurídica que por adquirir mercancías o servicios del proveedor se obliga a pagarlas en un plazo determinado. En suma, es el titular de la deuda cedida al factor.

Si bien no se le puede considerar parte del contrato en sentido jurídico, tiene un papel fundamental en el desarrollo del mismo. En tanto, su capacidad económica es de suma importancia para el factor, en tanto que el

deudor es quien debe asumir el pago de los créditos objeto del contrato de Factoreo.

1.2 Naturaleza Jurídica

El Factoreo lo podemos ubicar en la Teoría del Contrato Jurídico Autónomo, ya que se basa en un contrato jurídico atípico, que cumple diferentes funciones jurídicas y económicas que no se pueden entender con un solo contrato, sino que comprende varios, tomando características de ellos para materializar el acuerdo de las partes.

Dicho contrato se caracteriza por la pluralidad de actos con dependencia recíproca, que persiguen un fin económico concreto. Cada uno adquiere sentido en relación con los demás, lo que implica que en la práctica económica se ha dado nacimiento a un negocio jurídico distinto de las figuras típicas, con autonomía propia y naturaleza jurídica específica, y con ello se configura la función económica y social que se le ha otorgado⁶.

Es por tanto, un contrato atípico y complejo, siendo bilateral, consensual, oneroso, de co-operación empresarial, y cuya naturaleza se caracteriza por ser administrativa- financiera.

2- Tipologías de Factoreo

Con respecto a las tipologías⁷ de esta figura existe un amplio número de clasificaciones, dentro de las más comunes y relevantes en la práctica comercial actual encontramos:

2.1 Según su evolución histórica

- Colonial Factoring: en este tipo el factor, además de asumir funciones de gestión, garantía y financiamiento, tiene el papel de la distribución de la mercancía del cliente. Este no es muy utilizado.
- Old Line Factoring: la prestación primordial que brinda el factor es la adquisición de los créditos del cliente, con la eventual prestación de los otros servicios. Este tipo es el más utilizado en Europa.
- New Style Factoring: en este tipo el factor presta una amplia y más compleja gama de servicios de los hasta ahora mencionados, dando mayor financiamiento, por lo que en algunos casos se equipara la labor del factor a una actividad bancaria.

2.2 Según la existencia o no de la notificación a los terceros deudores

- Factoreo con notificación: en este tipo el cliente se obliga con el factor a notificar a todos sus deudores la existencia de la cesión de los créditos, por lo que una vez notificados deben cancelar lo adeudado al factor. Este es el que rige nuestro país, ya que nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la cesión de créditos, establece la obligación de notificar a los correspondientes deudores, ello según lo estipulado en el numeral 1104 del Código Civil.
- Factoreo sin notificación: en este caso para los deudores el contrato de Factoreo

pasa inadvertido, y el cliente se obliga a transferir los dineros recibidos de los deudores de manera inmediata al factor.

2.3 Según la existencia o no del servicio financiero:

- Factoreo al vencimiento: se caracteriza porque no hay asistencia financiera por parte del factor al cliente, pues el primero se obliga con el segundo al pago de las facturas en la fecha de su vencimiento. Este tipo no responde al Factoreo practicado en nuestro país, ya que se desdibuja la utilidad económica para las empresas que contratan este tipo de servicios.
- Factoreo a la vista: este tiene como elemento central que el factor paga los créditos al cliente en el momento del acuerdo, sin importar la fecha de vencimiento de los mismos. Siendo éste muy utilizado en el país.

2.4 Según el ámbito territorial del desarrollo del contrato:

- Factoreo nacional: remite a los casos en donde el cliente como sus compradores residen en el mismo país.
- Factoreo internacional: refiere a cuando el cliente y sus compradores se encuentran en diferentes países, sea Factoreo de exportación (se encuentran en el mismo país el factor y el cliente, quienes están en el extranjero son los terceros deudores) o de importación (aquí se encuentra en el extranjero el cliente, y en un mismo territorio el factor y los terceros deudores).

⁶ Arauz, Ellen y Vargas Eugenio. El descuento bancario de facturas y el Factoreo. Diferencia y similitudes. Situación actual en Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Tesis de Licenciatura en Derecho. 2003. Págs, 116-117.

⁷ Ídem, págs. 101-107.

2.5 Según la responsabilidad asumida por el factor en caso de incumplimiento de los terceros deudores:

- Factoreo sin recursos: en este caso el factor se hace responsable en caso de que el deudor cedido no cumpla con su obligación, en este caso no puede realizar ningún reclamo al cliente. El traspaso se realiza “pro soluto”, es decir el cliente no responde por el no pago del tercero cedido al factor.
- Factoreo con recurso: aquí si se presenta la responsabilidad del cliente con respecto a los pagos que deba hacer el tercero deudor, la transmisión de los créditos se hace “salvo buen fin”. Esta solidaridad por parte del cliente, se traduce en la firma de un documento colateral de garantía, como una letra de cambio o un pagaré, por el monto del crédito descontado. Garantía, que se ubica como una cláusula dentro del mismo contrato en el que se acuerda el Factoreo.

La elección de una u otra tipología, o bien la combinación de ellas en el Factoreo es resultado del acuerdo entre las partes. Sin embargo, por las características del sistema económico y jurídico en el país, se utiliza con mayor frecuencia el Factoreo con notificación (por requerimiento legal), a la vista, y con recurso; siendo estos los más seguros en procura de los intereses de las partes contratantes.

3- Regulación Jurídica en Costa Rica

El Factoreo no se encuentra regulado de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que se considera una figura atípica, tal y como se indicó, situación que ocurre en la mayoría de los países donde se desarrolla. Por este motivo, cuenta con escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el país.

A pesar de ello, su reconocimiento jurídico responde y es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, regulado en el artículo 1022 del Código Civil; al establecer que las partes contratantes pueden hacer y pactar todo aquello que no se encuentre prohibido en la ley, además de todas aquellas regulaciones que pueden estar vinculadas con las cláusulas pactadas, sean en el Código Civil o en el Código de Comercio.

En este sentido, para garantizar la realización del Factoreo, se ha tenido que recurrir a figuras contractuales típicas, para utilizarlas como mecanismo de actuación y así poder desarrollar todos los efectos deseados por las partes en este tipo de acuerdo, dentro de la normativa vigente.

Siendo la cesión de créditos, la figura contractual base para el Factoreo, el factor adquiere la titularidad de los créditos cedidos, contenidos principalmente en las facturas, lo cual da inicio a los distintos efectos de esta figura de acuerdo a la voluntad de las partes. Se debe dejar claro que el Factoreo es más que un contrato de cesión de créditos, ya que puede contener otro tipo de cláusulas relacionadas con la financiación,

la administración, y el cobro de los mismos; así como la inclusión dentro de éste de una cláusula de garantía, para el factor en caso de incumplimiento de los terceros deudores.

Al respecto de la factura y la forma de transmisión de sus derechos, que se realiza por medio de la cesión de los créditos, se debe tener claro que para que ésta tenga validez debe cumplir con ciertos requisitos, a saber:

- Se debe originar con motivo de una compraventa mercantil.
- Especificar la cantidad, características, calidad y precio de las mercancías transadas.
- Consignar una suma y fecha, las cuales se presumen ciertas.
- Estar debidamente firmada por el deudor, sea el apoderado de una empresa o una persona física, para que se configure en título ejecutivo.

Ello a partir de lo indicado en el artículo 460 del Código de Comercio, el cual determina que *“la factura será título ejecutivo contra el comprador por la suma en descubierto, si está firmada por éste, por su mandatario o por su encargado, debidamente autorizado por escrito y siempre que se le agregue timbre fiscal en el acto de presentarla al cobro judicial. (...) La suma consignada en una factura comercial, se presume cierta y las firmas que la cubren, auténticas”*.

Al ser la cesión de créditos una operación básica dentro del proceso total de factorización, es importante saber que es un contrato por medio del cual un acreedor

transfiere su crédito a un tercero. Este se realiza entre el acreedor y ese tercero, en el cual el deudor permanece sujeto a la nueva relación contractual. Si bien lo ubicamos en un acuerdo comercial, por disposición del artículo 490 del Código de Comercio, *“la cesión de un crédito no endosable se sujetará a las reglas establecidas por los artículos 1101 a 1116 del Código Civil”*. Si se trata de algún crédito que se rige por el endoso, aplican las regulaciones respectivas del Código de Comercio, será el Código Civil el que rige el acuerdo de cesión.

Por ello, este contrato debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 627 del Código Civil, el cual establece que *“para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1º.-Capacidad de parte de quien se obliga. 2º.- Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3º.- Causa justa”*.

Específicamente la cesión de créditos, como se indicó se encuentra estipulada entre los artículos 1101 y 1116 del Código Civil. Con respecto a esta regulación se debe tener claro que, la relación entre cedente (quien cede su crédito) y el cesionario (quien lo recibe) se da directamente al configurarse el contrato, con la sola cesión se transmite el derecho sobre los créditos al cesionario, tal y como lo establece el artículo 1104 del Código indicando que *“la propiedad de un crédito pasa al cesionario, en sus relaciones con el cedente, por el solo efecto de la cesión (...)”*.

Por otro lado, el cedente garantiza la cesión sin necesidad de cláusula especial, *“la existencia y legitimidad del crédito, así como también su derecho de propiedad al tiempo del traspaso (...)”*, según el artículo 1113 del Código en mención. Sin que ello, impida la

existencia de garantías en caso del impago del deudor de los créditos, tal y como se indica en el artículo 1114 del mismo Código, al plantear que el cedente no es responsable de la solvencia del deudor, salvo que se hubiere obligado a ello. En este sentido, dentro del Factoreo en sus cláusulas se establecen garantías adicionales.

Sin embargo, se requiere para garantizar la eficacia del acuerdo, la notificación de la cesión al deudor, según el artículo 1104 del Código Civil, al plantear que “(...) *con respecto al deudor sólo es eficaz la cesión por la notificación que se le haga del traspaso; y respecto de terceros, sólo será eficaz desde la fecha cierta de la cesión (...)*”. Antes de esta notificación, al deudor no le afecta la cesión, si éste cancela sus créditos queda descargado por el pago que haga al cedente (artículo 1106 del Código Civil). Una vez notificado, desaparece la relación de crédito original para deudor, y ahora le corresponde pagar al cesionario, que en este caso sería al factor, con el fin de efectuar un buen pago. De ahí la importancia de la notificación de la cesión como un elemento central del Factoreo, siendo el principal interesado en la misma el factor, ya que hasta antes de la comunicación el deudor de los créditos hará buen pago al cedente (cliente).

Al respecto de la notificación el artículo 491 del Código de Comercio establece que *“la cesión de un crédito debe notificarse al deudor, y en tanto no se le notifique el traspaso es ineficaz en cuanto a él. Esa notificación puede hacerse por diligencia notarial, carta certificada u otra forma auténtica o de fácil comprobación”*.

En suma, es necesario que se cumplan todos los requisitos mencionados con el fin de garantizar al factor la recaudación de los créditos que le fueron cedidos, y garantizándose con ello, en caso de que el deudor incumpla su obligación de pago, la posibilidad de ejecutar la factura o bien la garantía adicional que ha sido otorgada a su favor.

En lo que respecta al ámbito jurisprudencial, como ya se indicó ha sido poco su desarrollo, por no decir inexistente. Si bien es cierto, que en un amplio número de resoluciones judiciales se hace mención del Factoreo, estas no refieren directamente a la existencia y validez de la figura misma, sino remiten a elementos que integran el acuerdo de dicho contrato pero de manera aislada, tales como los requisitos de las garantías adicionales: la letra de cambio⁸ o los cheques⁹, así mismo hay resoluciones que refieren a fraudes y estafas¹⁰ que se gestan alrededor de las facturas.

4- **Ventajas del Factoreo**

Dentro de las ventajas que presenta este tipo de figura, tanto para el factor como para el cliente encontramos las siguientes, según el tipo de beneficio obtenido¹¹:

4.1 **Beneficios financieros**

- El tipo de garantía no graba los activos del cliente.
- Las empresas pequeñas y medianas gozan de más margen de crédito, que en el sistema bancario.

- Mejora el flujo de efectivo de las empresas que utilizan el Factoreo.
- La empresa que utiliza el Factoreo puede soportar mejor posibles atrasos de cobro a sus clientes.
- Si se trata de empresas que importan materias primas, el Factoreo le permite adquirir divisas anticipadamente y así compensar el efecto devaluación.
- Al estar las cuentas por cobrar administradas por una empresa especializada, es de esperar que su recuperación sea más eficiente.

4.-2 **Beneficios administrativos**

- Al ejercer la empresa de Factoreo toda la gestión de cobro, el cliente se ahorra todos los costos que esto involucra.
- El cliente puede destinar los recursos empleados en el cobro en otros campos como: ventas, promoción, desarrollo, entre otros.
- A raíz de los informes, el cliente tiene una valiosa asistencia e información comercial, para ser utilizada en una mejor gestión de negocios.
- La empresa de Factoreo se puede convertir en un asesor comercial para el otorgamiento de créditos.

4.3 **Beneficios contables**

- El Factoreo supone para el cliente una simplificación considerable en las tareas

contables al darle seguimiento al cobro y registro de las cuentas por cobrar.

- Las empresas en crecimiento necesitan de financiamiento a corto plazo y sobre todo, que puedan hacerlo por medio de una alternativa ágil, económica y sencilla como es el sistema de Factoreo.
- El sistema es un instrumento financiero que le permite a las empresas acudir en busca de financiamiento o anticipo de dinero, que convierta sus cuentas por cobrar, en efectivo.

5- **El Factoreo y su situación en Costa Rica**

El Factoreo tiene antecedentes que lo ubican en actividades realizadas por los pueblos fenicios e incluso en la civilización babilónica. En la época moderna, como consecuencia de las colonias desarrolladas en países como Inglaterra, Francia y en menor grado en España, los exportadores europeos tuvieron dificultades en sus negocios, por lo que contrataban los servicios de representantes-depositarios en los lugares a los que debían arribar la mercancía, para luego distribuirla a América. A estos depositarios se les denominó “factors”¹².

Más adelante se desarrolla y adquiere importancia en Estados Unidos, a mediados del siglo pasado, siendo el factor un distribuidor, pero con funciones de gestión, asunción de riesgos y financiación.

En Costa Rica, podemos ubicar la figura en el mercado nacional en los últimos

8 Por ejemplo ver: Sentencia N° 00816 del Tribunal Primero Civil del 24 de setiembre del 2008.
9 Por ejemplo ver: Sentencia N° 00519 del Tribunal Primero Civil del 05 de abril del 2011.
10 Voto N° 00791 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia del 23 de julio del 2007.
11 Según la Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo, en www.factorero.co.cr

12 Ver: Arauz, Ellen y Vargas Eugenio. El descuento bancario de facturas y el Factoreo. Diferencia y similitudes. Situación actual en Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Tesis de Licenciatura en Derecho. 2003.

quince años, siendo un contrato atípico de cooperación empresarial. Precisamente por la relevancia que ha adquirido en las relaciones comerciales para el año 1996 se crea la Asociación Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo, siendo un conjunto de empresas que se dedicaban al Factoreo en Costa Rica, hoy agrupan a veintiuna, sean estas intermediarias financieras o no. La principal función de esta Cámara es estimular y promover el fortalecimiento del Factoreo en el país.

Además, de las empresas asociadas a la Cámara, no se cuenta con un claro registro del número de empresas que se dedican a este tipo de actividad, ya que la afiliación a esta agrupación no es de carácter obligatoria, sin embargo, se conoce que éstas empresas

proviene de diferentes sectores, sean instituciones bancarias públicas y privadas, financieras y asociaciones solidaristas.

A pesar de lo anterior, en los últimos meses, el fuerte impulso de esta figura proviene de las pequeñas y medianas empresas (pymes) que empezaron a vender más servicios al Gobierno y a compañías transnacionales. Telecomunicaciones, construcción de infraestructura (en lo referente a puentes, carreteras y clínicas) y otra inversión privada también en el área de servicios de salud, se cuentan como los principales clientes en el 2010 y los primeros meses del 2011¹³.

Según la Cámara para sus asociados la distribución del sector de donde proceden los clientes para el año 2010, fue el siguiente:

Sector / Porcentaje (2010)		
Comercio		69.3%
Servicios		11.44%
Construcción		10.3%
Industria		6.3%
Transporte		2.13%
Turismo		0.53%

Fuente: Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo, 2010.

13 Revista Summa. El factoreo se duplica. 12 de abril del 2011.

Se estima que la tasa de interés que cobran a sus clientes las entidades oscilan en colones, ente una tasa mínima de 15% y una máxima de 29,7%. En dólares, descontar facturas puede costar desde un 8,2% hasta a un 19,2% del monto de los créditos¹⁴.

Consecuencia de lo anterior, existe en la corriente legislativa actualmente el proyecto de Ley N° 3284, denominado Ley que Adiciona el Contrato de Factoreo al Código de Comercio, tiene como propósito regular la parte sustantiva del contrato ahora analizado.

Por lo tanto, el objetivo de este proyecto de Ley es regular el contrato de Factoreo, que es omitido por el sistema jurídico costarricense. Los principales aspectos que se norman en el proyecto son¹⁵:

- La introducción del concepto de factura cambiaria que consiste en emitir la factura original por duplicado, con el fin de que el segundo original denominado -factura cambiaria- sea objeto de negociación. Esto se justifica por el hecho de que una de las situaciones que más dificultades ha generado en la práctica, es la inseguridad jurídica en que se encuentran las empresas de factoring para ser reconocidas pacíficamente por terceros, como legítimos titulares de los créditos que le son traspasados por sus clientes.
- Se regulan otros aspectos relativos a las características de las facturas, obligaciones y atribuciones del factor, contratante y deudor, así como la extinción del contrato de Factoreo.

- Por último, se incluye una reforma al artículo 460 del Código de Comercio, cuyo objetivo es garantizar que la factura adquiera la característica de un título ejecutivo transmisible por endoso y consecuentemente, goce del régimen de transmisión establecido.

Su objetivo último, es dotar a la factura en general con las características de los títulos valores, permitiendo la transmisión de las mismas sin recurrir a la cesión de créditos, lo que permitiría la configuración del Factoreo de una forma más expedita y con mayores garantías para las partes intervinientes.

Esta figura, entonces se ha constituido en un mecanismo de financiación altamente utilizado en el mercado nacional, lo que ha generado un amplio desarrollo en nuestro contexto y con ello, la creación de consensos sobre la utilización de la misma.

6- Recomendaciones Generales

De manera puntual, establecemos los siguientes aspectos a tomar en cuenta, para garantizar una buena y exitosa gestión del Factoreo:

- Se aconseja utilizar dentro de la clasificación del Factoreo, el tipo con recurso, ya que en este a pesar de que se da la cesión, en ningún momento el cliente se desliga de la responsabilidad en caso del no pago por parte del deudor. Lo que garantiza el vínculo del factor y el cliente, íntimamente relacionados con la buena gestión del cobro de los créditos.

14 Ídem.
15 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente N° 14.687, correspondiente al Proyecto de Ley N° 3284.

- Asimismo, se aconseja concebir el Factoreo como un contrato complejo, lo que supone dentro de un mismo pacto, incluir la cesión de los créditos, las garantías adicionales y las demás cláusulas, sean administrativas, gestión o cobro que se acuerden entre las partes.
- Para que el factor tenga mayor certeza del cobro de los créditos, se recomienda incluir dentro del contrato una cláusula de garantía, que se materializa mediante algún título valor, como una letra de cambio o un pagaré, siendo la primera de uso más frecuente en las relaciones mercantiles actuales.
- Por otro lado, se recomienda la utilización de las facturas comerciales, tal y como se indicó, cuidando que tengan todos sus requisitos; las cuales en caso de incumplimiento se tramitan como títulos ejecutivos dentro de la vía correspondiente. Sin embargo, dicha práctica, no es necesariamente usual en la realidad comercial del país.
- Además, se recomienda que la notificación al tercero deudor, por las implicaciones que esta tiene, debe estar a cargo del factor, con el fin de garantizarse el buen pago de los créditos, se le comunica al deudor la cesión de los créditos y su deber de cancelarlos de forma exclusiva al factor. Notificación que debe realizarse a través de un medio de fácil comprobación, con copia para ambas partes y con la razón de recibida por parte del tercero deudor.
- Es recomendable incluir dentro del Factoreo una cláusula que libere al factor de toda responsabilidad en caso de reclamos por daños y perjuicios, provenientes del incumplimiento de la obligación del cliente para con sus compradores, en relación con el crédito cedido al factor. Asimismo, que el cliente se comprometa a comunicar en forma inmediata cualquier variación que introduzca a sus habituales condiciones de venta, en tanto esto tenga relación con los créditos cedidos.
- Por último, se recomienda realizar el contrato del Factoreo en escritura pública, si bien no es un requisito indispensable para su existencia y validez, otorga certeza a las partes y a los terceros interesados en el mismo.

7. Reflexiones Finales

Resulta importante dejar claro, que si bien el Factoreo no encuentra regulación específica en el ordenamiento jurídico costarricense, es totalmente legal su establecimiento en el país; al existir los mecanismos legales necesarios, como la cesión de créditos, o bien la regulación de la factura comercial. Lo que permite garantizar la protección de las partes intervinientes, y lograr los efectos buscados con este tipo de figura mercantil.

RÉGIMEN DE ADECUACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LEY 8642) Y SU REGLAMENTO.

Licda. Alina Guadamuz Flores

Resumen: Con la apertura del mercado de las Telecomunicaciones en Costa Rica, fue necesario realizar un cambio normativo para que hubiera un ajuste de situaciones jurídicas a la nueva realidad del país. Los Transitorios IV y VII de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley marco para este sector, mencionan los términos “*adecuación*” o “*adecuar*”, para hacer referencia al procedimiento al cual se someterán los títulos preexistentes al año 2008, momento en que entra en vigencia dicha normativa. Sin embargo, no se indica ni el contenido, ni el alcance, ni el procedimiento de tal *adecuación*, por lo que existe un vacío legal en la LGT, que da paso a interpretaciones diversas. Llevando a cabo una investigación, se determina que el mal llamado procedimiento de adecuación de Títulos Habilitantes, consiste en un procedimiento de **Reasignación de bandas de frecuencias (Artículo 21 LGT)**. Lo anterior se desprende de un estudio detallado de la Disposición Transitoria IV, de la Ley.

Palabras claves: Apertura comercial, Aprovechamiento del espectro radioeléctrico, Autorización, Bandas de Frecuencia, Bien Demanial, Concesión, Derechos Reales Administrativos, Disposiciones Transitorias, Espectro Radioeléctrico, Interés Público, Licencia, Permiso, Reasignación de Bandas de Frecuencia, Régimen de Adecuación, Servicio de Acceso Universal, Telecomunicaciones, Título Habilitante, Uso eficiente y Vacío legal.

RÉGIMEN DE ADECUACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LEY 8642) Y SU REGLAMENTO.

Licda. Alina Guadamuz Flores

1- Introducción

Las telecomunicaciones siempre han sido un elemento sumamente importante para lograr mantener la comunicación entre las personas.

Inicialmente, cuando lo que se utilizaban eran medios de comunicación como el télex o el correo convencional, aunque eran lentos, lograban mantener en contacto a las personas y era un sistema útil, dentro de su contexto, ya que permitía a la población, mantenerse informada de los aconteceres, tanto públicos, como de asuntos personales.

Hoy más que nunca, las telecomunicaciones se han vuelto un instrumento si se quiere vital, del cual dependen las personas, no solo para su entretenimiento, sino para mantenerse en contacto con sus seres queridos, para ámbitos académicos, comerciales y laborales.

Las telecomunicaciones van de la mano con la tecnología, ya que es esta quien determina el ritmo de las primeras. Conforme se llevan a cabo los avances tecnológicos, se proveen los medios necesarios para que se den las telecomunicaciones. Desde utilizar materiales que permitan un mejor tránsito

de información (v.gr.: fibra óptica), hasta aparatos que desarrollen de forma idónea su difusión (p.ej.: nuevos móviles que permiten la convergencia de servicios).

El avance tecnológico en telecomunicaciones, es un fenómeno que se está dando a nivel mundial y Costa Rica, no es la excepción.

Pero dicho avance en la materia, no solo se da de forma tecnológica, sino también, de forma jurídica, por lo que el Derecho debe tratar de regular todos los aspectos que se involucren en este sector, siendo que el Estado debe emitir ordenanzas indicando cómo deben realizarse los procedimientos pertinentes; debe crear los órganos necesarios para que estos se encarguen de la dirección del sector; se deben establecer sanciones, penas y demás, de forma tal que se alcance una normativa bastante completa, que no dé lugar a múltiples interpretaciones, como resultado de una norma oscura u omisa.

Para dar una guía a los Estados sobre el manejo que debe darse a este tema, la UIT emite “recomendaciones” que son documentos que tratan aspectos técnicos, tanto jurídicos como ingenieriles, lo cual facilita el trabajo a los diferentes países sobre cómo debe de ser regulado el

espectro radioeléctrico¹, cómo debe ser utilizado y cómo se pueden evitar problemas, entre otros.

Con base en esos lineamientos, los diferentes países emiten leyes, reglamentos, planes de atribución de frecuencias, etc., para mantener el adecuado control del bien, permitiendo, a la vez, que los administrados, quienes son parte de la Nación, también puedan hacer uso y disfrute del bien demanial, teniendo presente, siempre, que todos aquellos bienes que administra el Estado, solo pueden ser “usados” por los administrados y nunca adquiridos, dado que estos bienes son inembargables, inalienables e imprescriptibles.

Costa Rica ha venido regulando este ámbito desde los años de 1800, cuando se instauran las telecomunicaciones en el país, pero es con la Ley 1758 del año 1954, que se regula de forma específica a las telecomunicaciones, en cuanto a servicios inalámbricos. Dicha ley quedó, parcialmente, derogada al entrar en vigencia la Ley 8642. Esta última es una exigencia de la apertura comercial, por lo que, al abrirse el mercado, es necesario cambiar de normativa y ajustar las situaciones jurídicas existentes, al marco normativo vigente.

Evidentemente, ambas leyes, tanto la de Radio y Televisión, como la LGT, fueron creadas en contextos diferentes, por lo que es necesario que las situaciones jurídicas pre-existentes a la LGT, sean sometidas a un procedimiento de adecuación, para que queden conforme con el ordenamiento jurídico, tanto en derechos, como en obligaciones.

Los parámetros desde los cuales se llevan a cabo este tipo de procedimientos, se encuentran explicados, sea en la ley marco o en algún decreto que emita el Poder Ejecutivo, esto para no dejar por la libre, la regulación del sector.

2- Problemática

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público y se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico costarricense, tanto en la Carta Magna, en su numeral 121, inciso 14), subinciso c), como en la actual LGT, en su artículo 7. Dicho bien pertenece a la Nación y es el Estado el que se encarga de velar por su correcto uso, control, administración y planificación.

En Costa Rica, las telecomunicaciones se mantuvieron bajo un monopolio de hecho, llevado a cabo por el ICE y la regulación correspondiente al ámbito de comunicaciones inalámbricas, era la Ley 1758. Al darse la apertura comercial en la década de los noventas (Artículo 46 concordado con el numeral 50, ambos de la Constitución Política), la normativa costarricense debe adaptarse al nuevo contexto, lo cual origina situaciones jurídicas previas y su inmediata definición de acuerdo al nuevo ordenamiento. La LGT, indica un procedimiento de “adecuación” para llevar a cabo el ajuste de situaciones a la nueva ley. Dicho procedimiento, se encuentra regulado en los Transitorios IV y VII de la LGT. Sin embargo, este cuerpo normativo tiene un vacío legal y el mismo consiste en que solo se hace la mención de dicho procedimiento,

1 “El espectro electromagnético es infinito, mientras que el radioeléctrico-comprendido entre las bandas 9 KHz a 3000 GHz-es limitado”. Cullel March, Cristina. (2011) La Regulación del espacio radioeléctrico. Editorial Bosch S.A. Barcelona.

pero no se explica en qué consiste el mismo y cómo debe ser llevado a cabo. Por otro lado, el Transitorio IV, hace remisión expresa y específica al numeral 21 de la ley, es decir, al procedimiento de Reasignación de bandas de frecuencias, lo cual determinaría la situación jurídica de cada concesionario.

3- Espectro Radioeléctrico

El Espectro Radioeléctrico, catalogado como bien demanial y delimitado desde los 9 KHz, hasta los 3000 GHz, es un bien trascendental en la actualidad, debido a la importancia que cobran las telecomunicaciones² con el avance de la tecnología, avance que se lleva a cabo, día con día.

Como es sabido en Costa Rica, los bienes demaniales, no son susceptibles de apropiación por parte de los particulares, esto, como consecuencia directa de las características propias de los bienes que son propiedad de la Nación: inalienables, inembargables e imprescriptibles. De ahí que la administración que el Estado haga sobre ellos, deba ser clara, concreta y minuciosa, para que se evite que los administrados vayan a hacer un uso indebido de estos bienes tan valiosos, generando así, una daño que afecte a la generalidad de las personas.

Tal y como se mencionó antes, el espectro radioeléctrico es un bien demanial, así lo estipula la Carta Fundamental y de igual forma, la ley marco en temas de telecomunicaciones, es decir, la Ley General de Telecomunicaciones, lo refuerza en su

numeral 7, donde indica que para llevar a cabo la administración de este bien, deben tomarse en cuenta, tanto la Constitución Política, como la ley marco y su reglamento, el documento técnico en telecomunicaciones, cual es el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias “y los demás reglamentos que al efecto se emitan”, acota la misma norma.

La falencia que se presenta en la LGT y sus Disposiciones Transitorias, específicamente, la IV y la VII, es que por su ambigüedad, no se indica de forma clara y concreta, el alcance, contenido y procedimiento de la adecuación de títulos, lo cual genera interpretaciones diversas, como las de MINAET, que es el órgano Rector y la SUTEL, correspondiente al órgano Regulador, en temas de telecomunicaciones.

De toda la normativa en Telecomunicaciones en el país, solamente el Reglamento de Radiocomunicaciones del año 2004 (ya derogado) y la LGT, mencionan en sus cuerpos normativos, el término “adecuación” o “adecuar”, por lo que no puede entenderse, entonces, que exista un antecedente que ayude a despejar la vicisitud planteada sobre el vacío legal, presente en la nueva normativa. Es claro que este fallo en la técnica legislativa utilizada en la elaboración de estos dos transitorios, no fue la óptima (respecto al tema de la “adecuación”) y debido a esto, se desvirtúa la función de la Ley, la cual es, ser clara y precisa, de forma tal, que no se interprete la norma, sino que solo se aplique.

2 La LGT, en su numeral 6, inciso 29), las define como “toda transmisión, emisión y/o recepción de signos, señales, escritos, datos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, conductores, ondas radioeléctricas, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”

Dado que no existen, sobre este tema específico, antecedentes doctrinales, normativos o jurisprudenciales que den una luz sobre cómo debe llevarse a cabo el ajuste de situaciones jurídicas, deben estudiarse todos los temas relacionados al central, para tratar de encontrar una solución, al vacío legal.

4- **Adjudicación de Títulos Habilitantes**

Cuando hablamos de Títulos Habilitantes, debemos saber que los mismos consisten en distintas clases de actos administrativos, tales como autorizaciones, permisos, concesiones y licencias, estas últimas existían conforme con la normativa derogada, pero con la entrada en vigencia de la LGT, las mismas deben entenderse como concesiones, tal y como lo indica el artículo 76 de la ley de marras: *“Modifícase la Ley de Radio N° 1758, de 19 de junio de 1954, en las siguientes disposiciones: ..., donde se menciona “licencias” se lea “concesiones”...”*

El término licencia para telecomunicaciones, es utilizado, principalmente, para mercados más liberalizados; es un término propio de Estados Unidos y no tanto para el sistema de Derecho costarricense, de ahí que se aclare que este título, deba ser entendido como una concesión.

Con la apertura comercial, las telecomunicaciones inalámbricas pasan de ser un servicio público, a un servicio económico de interés general y, es la LGT, la que se encarga de establecer sobre cuáles principios se va a basar este ámbito, teniendo al Universal y al de Solidaridad, como transversales a toda la materia, lo cual asegura un buen servicio,

de calidad, que respeta la privacidad de los usuarios, pero a la vez mantiene un precio asequible, para que todas las personas tengan acceso a él, de manera tal, que no existan discriminaciones de tipo económico-sociales, lo cual prive del servicio a ciertos sectores de la población. Con base en lo anterior, es que se le denomina “Servicio de Acceso Universal de las Telecomunicaciones”.

Por ser este, un ámbito de Derecho Público, los Principio Doctrinales de Contratación Administrativa, que se manejan en Derecho Administrativo, se mantendrán incólumes en cuanto a la adjudicación de Títulos Habilitantes para uso del espectro radioeléctrico, centrándose la importancia, en las concesiones otorgadas para prestar servicios a terceros, donde hay de por medio, un interés general.

Además de la LGT y su reglamento, en el momento de adjudicación de los títulos, se tomarán en cuenta: la LCA, la LGAP, propiamente, por la influencia del Derecho Administrativo, pero también esos títulos, serán otorgados, conforme lo que indique el PNAF, ya que este determina cuál banda de frecuencia es la más apropiada para brindar servicios específicos. Esto contribuye con la administración y correcta planificación del espectro, lo cual genera un uso óptimo del mismo, todo con miras a evitar interferencias.

Las concesiones, son los títulos que han sido sometidos al “procedimiento de adecuación” que se indica en la ley, esto según personeros del MINAET. El otorgamiento de las concesiones, se va a regir de acuerdo con las disposiciones indicadas a partir del artículo 11 de la ley. En el RLGT, se establecen desde el numeral 21.

5- **Derechos Reales Administrativos**

El MINAET indica, que dentro del procedimiento de adecuación de títulos habilitantes, se pueden incluir “derechos adquiridos” a favor de los administrados que son titulares para hacer uso del bien demanial. De ahí la importancia de referirnos concretamente sobre este tema.

Los Derechos Reales Administrativos, son aquellos derechos de uso y disfrute que pueden llevar a cabo los administrados sobre el bien demanial. Jamás podrán ejercerse derechos de propiedad sobre los mismos, dado que en nuestro ordenamiento jurídico, se establece de manera clara y expresa, que los bienes demaniales no saldrán de los dominios de la Nación. Excepción a esta regla, lo son los derechos que adquirieron algunos habitantes de la Zona marítimo terrestre, ya que para cuando se crea la Ley N° 6043, del año de 1977, los administrados habían comprado estos terrenos, porque se encontraban dentro del comercio de los hombres. No sucede así, con el espectro radioeléctrico, donde es sabido y así consta constitucionalmente, que el mismo forma parte de los bienes de la Nación; por eso es que de él, solo puede hacerse un uso y disfrute y, para explotarlo, se debe contar con el título habilitante, pertinente.

En el dictamen 151-2011 de la PGR, se indica que la inercia administrativa no puede interpretarse como silencio positivo a favor de los administrados, cuando se habla de bienes demaniales, ya que si la Administración no ha creado expectativas en aquellos y, los mismos saben que si

Si las redes de telecomunicaciones que son utilizadas, resultan ser públicas, el concesionario será libre de prestar todo tipo de servicio que esté disponible al público, siempre y cuando su título así lo estime; el administrado solo podrá prestar aquellos servicios que estén estipulados en el contrato de concesión, que firmó con la Administración. La zona de acción de la concesión, será para un área geográfica determinada, ya que de esta manera, se logra hacer un uso eficiente del bien demanial.

La SUTEL, será el órgano encargado de instruir estos procedimientos de concesión, además de los procedimientos atinentes a la adjudicación de permisos. La Superintendencia se encargará de otorgar directamente, las autorizaciones. El órgano regulador, por ser el órgano técnico en telecomunicaciones, tendrá como labor realizar los estudios que determinan la factibilidad de otorgar un segmento del espectro. Con base en sus informes, es que se estableció que el mercado costarricense estaba preparado para recibir a tres operadores de telecomunicaciones, más el operador incumbente, que en este caso es el ICE (*“Informe técnico sobre el uso y la asignación del espectro radioeléctrico en Costa Rica”*). Por medio de estos estudios, la SUTEL emite recomendaciones sobre cómo debe hacerse la prestación del servicio, poniendo como ejemplo el mecanismo de otros países, para que, por cada MegaHertz, se le preste el servicio a un millón de usuarios y que por cada segmento del espectro que se otorgue, la explotación sobre el mismo sea llevada a cabo por varios operadores y no por uno solo, así, el servicio llegará a millones de usuarios finales.

hacen uso y explotación del espectro sin contar con un título habilitante, sin pagar el canon respectivo o, si están haciendo un uso ilegal del bien, no solo no tienen un derecho adquirido, sino que, más bien, se encuentran en las causales de faltas muy graves, del artículo 67 LGT, lo cual conlleva a una sanción.

Asimismo, en el dictamen 280-2011, la PGR vuelve a indicar que no hay lugar para los derechos adquiridos, en el siguiente supuesto: habiéndosele adjudicado un título al administrado, para que preste servicios de manera privada, se procede a asignársele un sector específico del espectro, pero tiempo después, llevando a cabo otro estudio técnico (el cual se realiza de manera periódica), se determina que ese segmento del espectro, otorgado al beneficiario, ahora es apto para prestar servicios comerciales, es decir, servicios al público, no puede desprenderse de este hecho, que el administrado tenga derechos para prestar servicios a terceros, porque es en ese sector del espectro en el cual se encuentra ubicado, aunque esa ubicación fuera señalada por la Administración. Esto se debe, a que su título fue adjudicado para prestar un servicio específico, en este caso, para servicios privados. Lo que procede en este caso, indica la Procuraduría, es llevar a cabo la *Reasignación de Bandas de Frecuencias* que indica la LGT y no que el administrado haga con su título, lo que le convenga. Señala la PGR, que no hay derechos adquiridos bajo estos supuestos.

A nuestro parecer, el derecho adquirido que debe respetársele al administrado, es el hecho de que contaba con un título

habilitante, por lo que puede acogerse a la Reasignación.

6- **Derecho Transitorio**

Esta rama del Derecho, es sumamente importante, sobre todo cuando es la base de la definición de situaciones jurídicas. Mario Rotondi, concibe al Derecho Transitorio así: *“no es más que una determinación de la extensión o alcance de las normas en el tiempo; digamos que es una de las dimensiones ideales de la norma jurídica, acorde con la ponderación del tiempo como cuarta dimensión.”*³

Debido a la existencia de la Ley de Radio y Televisión, como normativa vigente, desde el año 1954, se necesitó un tiempo de acoplamiento de situaciones, las cuales eran existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 8642, pero que deben adaptarse a esta, ya que la misma es posterior y será la que regule el tema desde el año 2008, dentro del área costarricense.

A continuación, se hará la transcripción de los transitorios que mencionan, dentro de su redacción, el “Procedimiento de Adecuación”:

“Transitorio IV.-

*En el plazo máximo de tres meses, contado desde la integración del Consejo Sectorial de Telecomunicaciones, los **concesionarios** de bandas de frecuencia, públicos o privados, deberán rendirle un informe en el que indiquen las bandas de frecuencia que tienen*

*asignadas, así como el uso que estén haciendo de cada una de ellas. Mediante resolución fundada, el Poder Ejecutivo resolverá lo que corresponda para **adecuar** su condición a lo establecido en esta Ley.*

Los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privados, excepto los concesionarios indicados en el artículo 29 de esta Ley, deberán devolver las bandas de frecuencias que el Poder Ejecutivo determine que deben ser objeto de **reasignación, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 21 de esta Ley.****

*En el caso de los concesionarios de bandas de frecuencia de radiodifusión, deberán rendir un informe en el que indiquen las bandas de frecuencias que tienen asignadas, así como el uso que estén haciendo de ellas. Mediante resolución fundada y siguiendo las reglas del debido proceso, el Poder Ejecutivo resolverá la **devolución** de las bandas que no se estén utilizando, **de conformidad con la legislación vigente y el respectivo contrato de concesión.** (El resaltado no es del original)*

Transitorio VII.-

Una vez que los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privados, cuenten con la adecuación del correspondiente título habilitante, deberán satisfacer las tasas, los cánones y las contribuciones especiales que fije la presente Ley general de telecomunicaciones.”

Solo en las disposiciones transcritas, se menciona la figura de la “adecuación” de Títulos Habilitantes. El resto de la ley, el

reglamento y la normativa en general, no lo menciona y tampoco lo desarrolla. También, puede observarse claramente, que es el Transitorio IV, el que menciona de forma más explícita que el Transitorio VII, el proceso de reasignación de bandas de frecuencias, procedimiento al que deben someterse todos los concesionarios, para determinar en cuál frecuencia quedarán ubicados para seguir prestando el servicio específico que brindaban, esto, en caso de que, efectivamente, tengan derecho a continuar usando el bien demanial.

Como resultado de lo anterior, puede observarse que en el propio cuerpo normativo de la LGT, no consta qué debe entenderse por “Adecuación de Títulos Habilitantes”, cómo debe realizarse, etc., creando, de esta manera, un vacío legal, tal y como se ha insistido, ambigüedad que da paso a múltiples interpretaciones, lo cual resulta sumamente peligroso, dado que legalmente no se indica de manera clara y concreta cómo debe de realizarse el procedimiento referido, así como qué contenido y alcance tendría el acto administrativo respectivo. Esto puede dar cabida a que cada quien busque la solución que más le favorezca, dejándose de lado que el problema gira en torno a un bien de carácter demanial, que debe ser protegido de los intereses privados. Esto podría desvirtuar, completamente, el fin de la norma, ya que no es la idea que los operadores y usuarios del Derecho, entren a interpretar la misma. Esta debe ser lo suficientemente clara, como para que no exista margen de errores de esta clase y, la misma, sea simplemente aplicada.

Para el caso específico de las disposiciones transitorias, estas deben regirse de acuerdo con dos reglas principales, la cuales son:

3 Lewin, Ivan y van Nierop, Bárbara. *Disposiciones Transitorias*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003. Pág. 127

- a- “Deben indicar la vigencia del nuevo texto, la pervivencia de la ley antigua o el establecimiento de un régimen transitorio con las bases para facilitar la aplicación de la nueva ley.
- b- Las disposiciones transitorias serán explícitas, detalladas y precisas en lo relativo al régimen aplicable a las situaciones jurídicas pendientes.”⁴

Este último aspecto que señala el Doctor Hugo Alfonso Muñoz, fue el que afectó directamente a la LGT, ya que no se indicó dentro de sus disposiciones transitorias, aunque fuera de forma breve, qué debía entenderse por proceso de adecuación de la condición de los títulos. La insistencia en cuanto a la concepción concreta de la figura jurídica de la adecuación, dentro de las disposiciones transitorias, es porque es allí en donde dicha figura se menciona, no sucede así, en el resto de la normativa.

Es de destacar que, a la vez que el transitorio IV nos indica la palabra “adecuación”, el mismo remite de manera expresa, al artículo 21 de la LGT, donde después de haber realizado los estudios pertinentes, si así procede, lo que se llevará a cabo es una reasignación de frecuencias y, los adjudicatarios de las concesiones, podrán seguir brindando el servicio que venían prestando, tal y como lo establece su Título Habilitante, pero en la banda de frecuencia apropiada, conforme lo establezca el PNAF. Dicho esto, se entendería que el cambio al que se someterían los concesionarios, apegándonos a la disposición transitoria IV, es a la “Reasignación” de bandas de

frecuencias y, el término de “adecuación”, ya innecesario desde nuestra perspectiva, solo vendría a opacar la norma, produciendo confusión. Para evitar esta, se podría haber indicado en la ley, que la “adecuación” de títulos, consiste en realizar un estudio previo y si procede, continuar con una reasignación, a favor del administrado.

7- Planificación, gestión, control y administración del espectro radioeléctrico.

La gestión del espectro, se toma en cuenta de manera relevante a nivel mundial, para lograr una buena administración nacional de dicho bien. Esto, para lograr una coordinación eficiente y la optimización del bien demanial, a nivel internacional.

Cuando se habla de temas atinentes al espectro radioeléctrico, no puede dejarse por fuera el de la Planificación, al cual, la misma Unión Internacional de Telecomunicaciones, le suma preeminencia y que, además, se encuentra fuertemente ligado a la reasignación de bandas de frecuencias, que menciona el Transitorio IV de la LGT, al remitir de manera expresa al numeral 21 de la ley de marras.

Este, es un tema sumamente relevante a nivel mundial y, Costa Rica, lo regula en los artículos 7 y 8 de la LGT; artículos 6 y 8 del RLGT y en los numerales 11 y siguientes del PNAF.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones, regula el tema de gestión y control del espectro, dándole mucha importancia,

4 Muñoz, Hugo Alfonso. (2000) Manual Centroamericano de Técnica Legislativa. San José, Costa Rica. Diseño Alternativo S.A. Pág. 90

ya que una buena administración del bien, implica la optimización del uso del mismo y disminuye la posibilidad de que existan interferencias en las telecomunicaciones. Documentos como el “*Manual de Gestión Nacional del Espectro*”, emitido justamente, por esta organización internacional, perteneciente a Naciones Unidas, indica que deben llevarse a cabo los estudios técnicos pertinentes, para determinar cuáles son las bandas de frecuencias apropiadas para llevar a cabo la prestación de servicios específicos. Datos que se indica en los Cuadros nacionales de atribución de frecuencias, en cada uno de los países.

La UIT indica, que el espectro debe considerarse como un bien demanial y que su asignación debe hacerse con cautela y apegarse a la normativa, tanto nacional como internacional. Según nuestro ordenamiento jurídico, la Reasignación de bandas de frecuencias, encuentra fundamento en esa optimización que se quiere hacer sobre el uso del bien. El tema de la Reasignación, es traído a colación, ya que el Transitorio IV de la LGT, hace una remisión expresa y clara al numeral 21 de la misma Ley, todo con la finalidad de utilizar de manera apropiada un recurso que es escaso y, como consecuencia, suficientemente, caro.

8- Fenómeno tecnológico de la Convergencia

El tema de la Convergencia, es uno de los pilares donde se cimenta la tendencia del MINAET, en cuanto al reconocimiento de derechos adquiridos por parte de los

5 <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/34282/Doc30.pdf> 6 de diciembre de 2010 20:07
6 *Ibidem*.

administrados, en el procedimiento de ajuste de situaciones al nuevo ordenamiento jurídico. A continuación, una breve explicación sobre el mismo.

Con el uso masivo de la Internet a través de redes de mayor capacidad (banda ancha), se ha intensificado el fenómeno de la convergencia y su impacto económico y social.⁵ Inicialmente, la Internet de banda ancha era asequible para las grandes empresas, exclusivamente, pero ahora la accesa cualquier persona, porque se ha vuelto un servicio de consumo masivo, pudiendo tener a su alcance, la generalidad de la población, servicios “*de voz, datos y video por intermedio de la plataforma IP (Internet)*. En términos prácticos, estos servicios son denominados *IP enabled services*”⁶.

La convergencia, necesariamente, va de la mano de los avances tecnológicos. Es esa la base de su existencia. De tener un solo servicio, como era la telefonía inicialmente, se pasa a un sistema de bienes, donde se brindan multiservicios. Esto, como resultado del interés existente por parte de las grandes empresas especializadas en tecnología, en alcanzar mayor eficiencia con un solo aparato, que pueda soportar varios servicios, pero a un costo más y más bajo.

No existe una única definición de Convergencia, tal y como pasa con los Derechos Adquiridos, pero podemos hacer referencia a la aproximación que hace la UIT, sobre la misma. Este organismo internacional define el fenómeno tecnológico de la convergencia de las telecomunicaciones,

“como la “evolución coordinada de redes que antes eran independientes hacia una uniformidad que permita el soporte común de servicios y aplicaciones” (UIT, 2004), es decir, como la tendencia a que una amplia gama de contenidos (audio, video, texto e imágenes) y servicios se distribuyan a través de distintas redes (fija, de banda ancha, infraestructura móvil, satélite, cable terrestre) a una variedad de dispositivos de consumo (PC, TV, teléfonos móviles) (OFCOM, 2008, 61).”⁷ Es en el período 2002-2003, cuando surge el fenómeno de la Convergencia, tal y como es concebido actualmente, esto como resultado directo, del final de la crisis de las telecomunicaciones, la cual se dio en esos años.

En Costa Rica, el tema de la convergencia se regula en la LGT, en su numeral 6, inciso 8). Uno de los principios fundamentales que se ha tomado en cuenta en este aspecto, es el de “Neutralidad tecnológica”⁸. Asimismo, se les permite a los concesionarios que brinden múltiples servicios, con el fin de llegar a ser un país desarrollado tal y como lo indicaron los legisladores, durante le redacción de la Ley. De estos beneficios gozarán, todas aquellas personas que gestionen un Título Habilitante, después de la entrada en vigencia de la LGT.

El PNDT vigente, indica la definición del fenómeno tecnológico:

“Concepto de Convergencia: “Posibilidad de ofrecer mediante una misma red diversos servicios, simultáneos o no, de telecomunicaciones,

información, radiodifusión o aplicaciones informáticas.”⁹

La gran ventaja con la redacción de la norma referente a la Convergencia, se debe a que por ser números apertus, permite la introducción de nuevas tecnologías dentro de la figura tecnológica, sin tener que estar reformando el artículo número 6 LGT.

En las actas de la Asamblea Legislativa, se indica que la idea es hacer un trámite expedito, donde se evite la burocracia, teniendo que hacer un doble proceso para obtener, mediante concurso público, los beneficios de la Convergencia. La idea es que con un solo concurso público, se adjudique la concesión y los beneficios de la Convergencia, es decir, todo, en un solo proceso concursal. Al cumplir con los requisitos del cartel, se le está otorgando un título compatible con la prestación de servicios al público, por lo que puede acogerse a los beneficios de este fenómeno. Se entiende que todo esto, aplica para los títulos obtenidos después del año 2008, cuando empieza a regir la nueva normativa, que rige la arena de las telecomunicaciones.

9- Divergencias en cuanto al Procedimiento de adecuación.

Con la Ley 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de las Telecomunicaciones, se pretende fortalecer el ICE, se crea el Viceminis-

terio de Telecomunicaciones que se agrega al MINAET, siendo el Ministro, el Rector del Sector y, finalmente, se crea la SUTEL. Al eliminarse la Oficina Nacional de Control de Radio, sus funciones pasan al Ministerio de Ambiente y Energía, añadiéndosele, de esta forma, la cartera de Telecomunicaciones.

Algunas personas, son partidarias del traslado del Viceministerio de Telecomunicaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología, ya que este es especializado en la materia, justamente, de Tecnología, la cual se encarga de definir a las telecomunicaciones. De ocurrir el traslado, el MINAET, otra vez tendría como tarea exclusiva, el cuido del medio ambiente y la creación de energía amigable con la naturaleza. Mientras ocurre el eventual traslado del Viceministerio, podemos indicar que, el MINAET, se encuentra conformado por varias direcciones y, entre ellas está, la de Espectro Radioeléctrico, integrado por tres dependencias. Una de ellas es la de Concesiones y Permisos, que tiene entre otras, las siguientes atribuciones:

- Analizar los carteles de los concursos públicos para el otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico;
- Analizar las ofertas y recomendar la adjudicación de los concursos públicos, para el otorgamiento de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico;
- Participar en la elaboración de proyectos de normas, reglamentos e instructivos para la aprobación de las autoridades.

La importancia de este despacho, se debe a que, es aquí, donde se han llevado a cabo los procedimientos de adecuación de las concesiones.

La posición del Viceministerio al respecto, concluye que la adecuación de títulos es un proceso que se realiza a instancia de parte y que, por el hecho de que el administrado contara con un título antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, le genera derechos adquiridos, en cuanto a la explotación del bien, por lo que los titulares, pueden beneficiarse de los avances tecnológicos de la Convergencia, dado que, indican ellos, lo que se concesionan son redes y no servicios.

La SUTEL, por su parte, es un órgano que cuenta con desconcentración máxima, va a pertenecer a ARESEP, junto con otros tres órganos: la Junta Directiva, un regulador general y un regulador general adjunto y la Auditoría interna. (Artículo 45, Ley 8660). Algunas de sus funciones son las siguientes (Artículo 60 Ley 8660):

- a- *Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.*
- b- *Administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.*
- c- *Promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones y la introducción de nuevas tecnologías.*

7 <http://www.economiainstitucional.com/pdf/No23/aaldana23.pdf>26 de mayo de 2011 10:39

8 Posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley. **Artículo 3, inciso h), LGT.**

9 Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 2009. Pág. 93.

d- *Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.*

La Superintendencia se conformará por un Consejo, que consta de tres miembros propietarios y uno suplente y tendrá entre sus funciones (Artículo 73):

- a- *“Someter a la aprobación de la Junta Directiva de la Aresep las estrategias institucionales, los planes anuales operativos, los estados financieros y la rendición de cuentas de la entidad.*
- b- *Proponer a aprobación de la Junta Directiva de la Aresep los reglamentos técnicos que se requieran para la correcta aplicación del marco regulatorio de las telecomunicaciones.*
- c- *Dictar las normas técnicas para la operación de redes y prestación de los servicios de telecomunicaciones, publicarlas, administrarlas y fiscalizar su cumplimiento.*
- d- *Dictar las normas técnicas que definan los estándares mínimos de calidad para las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, publicarlas, administrarlas y fiscalizar su cumplimiento.*

La SUTEL, es partidaria de la siguiente tendencia: la adecuación de títulos es obligatoria, no a instancia de parte, por lo que todos los títulos deben ser adecuados, ya que así los señala la ley. Además, para llevar a cabo la adecuación de títulos, debe tomarse en cuenta el título habilitante en concreto y corroborar, que dicho título, sea compatible con la prestación de servicios a terceros y ver si puede otorgársele, a sus titulares, las prerrogativas a las conlleva la Convergencia. La adecuación, no puede “usarse” para transformar un título que fue

adjudicado para la prestación de servicios de forma privada, para que ahora se preste un servicio comercial. No es esa la naturaleza jurídica del título habilitante. Así lo ha señalado la PGR, en sus dictámenes 151 y 280, ambos del año 2011.

10- Legislación Extranjera

Puede tomarse en cuenta, a la legislación extranjera, para tratar de encontrar una solución al problema presente en la LGT, de forma tal, que, mediante la analogía, pueda determinarse en qué consiste el procedimiento de adecuación de títulos habilitantes, en materia de Telecomunicaciones.

a- Bolivia

Esta nación cuenta con autorizaciones, concesiones, licencias y registros como títulos habilitantes para la regulación de las telecomunicaciones. El plazo existente para realizar la adecuación es de seis meses, a partir del momento cuando la nueva norma entre a regir.

Se indica que, una vez que la nueva ley entre en vigencia, los títulos deben adecuarse a lo que esta disponga, pero no se indica en qué consiste ese proceso de “adecuación” al cual ellos se refieren, no indican ante quién debe realizarse y tampoco se indica cómo es que debe llevarse a cabo este procedimiento. Se deduce que quienes deben someterse al proceso de ajuste de títulos, son todos aquellos administrados que tengan adjudicado uno de estos títulos, a su favor.

No se habla ni de la ganancia de nuevos derechos, ni de la pérdida de derechos con los que se contara, antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Los títulos habilitantes sujetos al procedimiento de transformación en España, son mencionados de forma general, es decir, de la norma se desprende que es cualquiera de los títulos (aquel que lo ocupe), el que se someterá al procedimiento de adecuación.

b- España

El ordenamiento jurídico español indica, que los títulos vigentes antes de la entrada en vigor de la nueva ley, se mantienen válidos y efectivos, siempre que no contraríen el ordenamiento jurídico. Establece plazos específicos para llevar a cabo la transformación de títulos, dependiendo del servicio que brinden los titulares.

No se indica qué es el proceso de transformación de títulos, ni cómo ha de realizarse. Sí indica que el procedimiento de adecuación, será llevado a cabo por el órgano del Estado, que tenga dentro de sus funciones, la modificación de títulos. Este órgano sería el mismo que concedió el título inicialmente, con la ley derogada.

En caso de que alguno de los beneficiarios tuviera que cancelar su título, debido a la entrada en vigencia de la nueva ley y eso le generara daños o perjuicios, no le serán reconocidos, ya que la normativa ibérica, no menciona dentro de su cuerpo, alguna circunstancia donde se reconozcan derechos adquiridos por parte de los usuarios. Solo para el caso de los concesionarios, será reconocida la indemnización, si resulta ser que con la transformación del título, pierden derechos de los cuales gozaban, como resultado de la adjudicación anterior.

Un aspecto particular de esta normativa, es que transforma los títulos habilitantes, pero

no para hacerlos equivalentes en sentido estricto. En Costa Rica, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico anterior, se le otorgó a una persona una autorización, de acuerdo con la nueva normativa, esa autorización se transforma de manera tal, que siga siendo una autorización, pero que esté acorde a las disposiciones vigentes. En el caso de España, una autorización general, podría convertirse en una licencia individual con la nueva normativa, una vez que se haya valorado el caso en concreto.

c- México

Las solicitudes de concesión que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la ley mejicana, deben someterse a las disposiciones de la nueva legislación. Sin embargo, si ya se realizaron los estudios técnicos y de acuerdo con la normativa derogada, esta le resulta más beneficiosa al adjudicatario, se registrá por las disposiciones de la normativa antigua, pero en lo que respecta al procedimiento administrativo. Esto se llevará a cabo, siempre y cuando se haya publicado el resultado del estudio técnico. Si quieren brindar los servicios que estipula la nueva normativa, deben gestionarlos ante la Secretaría, ya que no son considerados como derechos adquiridos, por tener adjudicado un título, anteriormente.

Los demás títulos se manejarán, de acuerdo con las disposiciones con las que fueron otorgados, en el pasado.

No llega a mencionarse un proceso de modificación de Títulos, tal y como lo hace la LGT de Costa Rica, sino que, si un beneficiario quiere brindar los servicios estipulados en la nueva normativa y que no está autorizado para desempañarlos, dado que su título fue

otorgado mediante otra regulación, entonces deben acudir a la Secretaría, para que esta determine si les permite llevar a cabo los nuevos servicios, utilizando la misma banda de frecuencia, adjudicada con la normativa anterior.

d- República Dominicana

El proceso de “ajuste”, que se menciona en la ley dominicana, no indica qué significa este.

Aplica para los beneficiarios, quienes posean un título habilitante antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa.

El encargado de llevar a cabo el ajuste normativo, es el órgano regulador, pero no existe descripción de cómo es ese procedimiento. Se entiende que no es la ley la que debe describir este procedimiento, sino que es el órgano regulador, quien emitirá directrices inferiores a la ley, pero que será por medio de esos actos, como se llevará a cabo la adecuación.

Con el estudio realizado a la legislación extranjera en telecomunicaciones, puede desprenderse que, ninguna de las leyes, define lo que es el proceso de adecuación de títulos y cómo debe ser llevado a cabo. Si se lee la normativa de estos países, no se logra concluir, qué es el proceso de adecuación.

Si se echa un vistazo a la Directiva N° 462 de la Comunidad Andina, podrá verse que el tipo homologación del cual se habla es de títulos habilitantes, pero de país a país y no a lo interno del mismo, por lo que dicha normativa, tampoco sirve de aporte para esta investigación.

Igualmente, la Unión Europea regula el tema de las telecomunicaciones, pero sin

ahondar sobre la adecuación u homologación de títulos.

No puede obtenerse aporte por parte de las legislaciones analizadas, dado que se encuentran con el mismo vacío legal, del cual sufre Costa Rica en la actualidad.

11- *Análisis del transitorio IV de la Ley General de Telecomunicaciones y su aplicación práctica*

Hemos observado que, efectivamente, existe un vacío legal en la actual LGT, que deja sin precisar el Contenido, Alcance y el Procedimiento de la adecuación de concesiones y lo dispuesto por el transitorio IV de la misma ley, aspectos que fueron introducidos en el ordenamiento jurídico costarricense y que se encuentran desamparados en su definición.

Ciertamente, era necesario que la figura de la adecuación, introducida en el citado transitorio IV, fuera implantada en la legislación costarricense, dado que se necesita un procedimiento donde las situaciones previas se ajusten al nuevo ordenamiento jurídico. El desatino legal se encuentra, en que los legisladores no definieron dicha figura en la ley, lo cual implica una posible solución, mediante decreto, donde el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, aclare “lo que se quiso decir” con “adecuación” de títulos, lo cual no es óptimo de acuerdo con la naturaleza jurídica de la ley, tal y como se explicó en el apartado de Derecho Transitorio.

La falencia existente en la LGT, da paso a múltiples interpretaciones sobre cómo

debe llevarse a cabo tal Procedimiento. Un ejemplo claro y concreto de ello, son las posiciones contrapuestas que sostienen el MINAET y la SUTEL, donde la primera, además de reconocer los Derechos Reales Administrativos (para ellos “Derechos Adquiridos”) de los adjudicatarios, esto como fruto de la Seguridad Jurídica que debe imperar en cualquier Sistema de Derecho, también son de la tesis de variar las condiciones previamente establecidas en su concesión, para permitir un uso comercial donde había sido establecido un uso no comercial y autorizar más servicios, pese a que su concesión solo había autorizado el uso del espectro, para un servicio específico. De esto, se deriva una serie de beneficios que adquieren los adjudicatarios, solo por el hecho de poseer un título otorgado por la Administración, pese a términos y condiciones establecidas, antes de la entrada en vigencia de la actual ley de telecomunicaciones.

Por su parte, la SUTEL indica, que, si bien es cierto, que los derechos adquiridos deben reconocerse, estos derechos son los que se derivan de las condiciones y términos que se establecieron en las respectivas concesiones originariamente otorgadas; de modo tal que la adecuación es para ajustar esos derechos y la actividad del concesionario al nuevo PNAF y, donde sea necesario, recuperar las bandas de frecuencias para asignarlas eficientemente y reasignarles otras bandas que, igualmente, sean útiles para los propósitos de la clase de uso y el servicio autorizado, que señalan las respectivas concesiones.

El espectro radioeléctrico, como bien demanial, está destinado al beneficio de la colectividad y no puede entrabarse el manejo y control de este, otorgando prerrogativas, por

medio del transitorio IV, que el ordenamiento no incluye dentro de la ley, aunque los beneficios de la convergencia se puedan disfrutar y por ello flexibilizar la asignación y gestión del espectro, ello requiere que se realice en las *nuevas* concesiones y no a través del transitorio IV, para las antiguas. Utilizando, de esta manera, dicha disposición transitoria, se desvirtúa el fin que persigue la norma y se ocasionan lesiones a los principios de no discriminación y eficiencia, favoreciendo a los concesionarios anteriores, a los cuales nunca se les otorgó ningún derecho de uso del espectro, con semejantes facultades y derechos, los cuales permite ahora el ordenamiento jurídico. Si pretenden esas ventajas y nuevos derechos, entonces, deben someterse a las mismas reglas que cualquier interesado debe seguir y competir en igualdad de condiciones. De otro modo, resultaría contrario a derecho y solo estaría permitiendo que los particulares, obtengan un lucro a expensas de un bien que pertenece a la Nación. Incluso pudimos ver también, como la SUTEL cree firmemente en los parámetros establecidos por la UIT donde, si debe haber reasignación de frecuencias con tal de sacar el mayor provecho posible del espectro radioeléctrico (el cual es un bien escaso y el mismo tiene un valor económico muy elevado a nivel mundial) debe hacerse, esto como resultado del bien común, el cual es el que impera sobre el bienestar de los particulares, tal y como se explicó en el apartado atinente a “Derechos Adquiridos” (Derechos Reales Administrativos).

Si bien es cierto, podríamos deducir, que parte del problema acaecido en el momento de la elaboración de la ley, fue por razones políticas y económicas, como es común que suceda en el Poder Legislativo, tampoco podemos afirmarlo. Y es que no

se encuentra plasmada la voluntad del legislador en las actas legislativas. No se indicó, expresamente, nada respecto de la figura de Adecuación. De ahí la necesidad de incluir dentro de este estudio, aspectos como la Convergencia, que no solo se encuentran relacionados directamente dentro el tema de la Adecuación, sino que sí existe constancia de lo que pensó el legislador en el momento de la elaboración de la ley, indicando que la idea es que se puedan brindar varios servicios a través de una misma red, lo que hace pensar que, beneficios como la convergencia, sí proceden a favor de los administrados, dentro del Procedimiento de Adecuación, *siempre y cuando se trate de un título que sea apto para brindar servicios a terceros.*

12- Recomendaciones

A la hora de realizar un procedimiento de adecuación, deben tomarse en cuenta varias circunstancias, entre ellas, podemos mencionar las siguientes, las cuales han sido resultado de un análisis llevado a cabo, por el Consejo de Estado español:

“Con carácter general, en todas las resoluciones de transformación de títulos habilitantes es preciso examinar cada una de las obligaciones impuestas (y los derechos reconocidos) al operador en el título preexistente e incluirlas en alguna de las siguientes categorías:

a- *Las condiciones del título incompatibles con la nueva legislación, que deben*

eliminarse en todo caso. Por ejemplo, las que establecen derechos especiales o exclusivos o lesionan los derechos que la nueva Ley reconoce a otros competidores. Es obvio que tales condiciones deben suprimirse.

- b- *Las condiciones del título que, no siendo incompatibles con la nueva legislación, sin embargo deben igualmente suprimirse porque solo tenían sentido en un contexto no liberalizado, o no habían sido asumidas o impuestas con la finalidad de ser exigidas tras la liberalización.*
- c- *Las condiciones que deben conservarse como condiciones específicas del nuevo título.”¹⁰*

Al igual que lo indica la PGR, lo hace la doctrina y nosotros compartimos estos criterios y lo que se señala es que, cualquier modificación que se lleve a cabo sobre un Título Habilitante, debe hacerse de acuerdo con un debido proceso (Artículos 39 y 41 de la Constitución Política) y basándose en razones de planificación, control, gestión y administración del espectro, tal y como lo ha indicado la UIT:

“La modificabilidad de autorizaciones y concesiones sólo se justifica en las necesidades de la planificación y el uso eficiente y de la disponibilidad del espectro radioeléctrico...la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se derivan de la modificación de un concreto título habilitante, siempre

10 Torre de Silva y López de Letona, Javier. (2005) La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información: un estudio de derecho administrativo económico. Consejo de Estado: Boletín oficial del Estado. Madrid. Pág. 160

y cuando no medie causa imputable a su titular y dejando a salvo los supuestos en los que las modificaciones vayan impuestas por normas internacionales o comunitarias o que las modificaciones encuentren ocasión en la renovación del título y vengan exigidas para su adaptación...”¹¹

Es importante resaltar lo que apunta la doctrina, en cuanto al hecho de que una eventual indemnización procederá siempre y cuando se demuestre que el administrado es sujeto de resarcimiento, ya que, de demostrarse que el beneficiario hizo un uso ilegal de un bien que pertenece a la Nación, no cabrá indemnización alguna y, en los casos de reasignación, a criterio nuestro, tampoco procederá resarcimiento económico, ya que de igual manera, se le está adjudicando al administrado una banda de frecuencia, lo cual le permite continuar utilizando el bien, para su beneficio personal, sea privado o comercial, por lo que no se le está perjudicando o causando agravio, de ninguna forma.

A nuestro parecer, el mal llamado Procedimiento de Adecuación de Títulos Habilitantes en Costa Rica, en la LGT, consiste en una **Reasignación de bandas de frecuencias** que se basa en el PNAF y en la normativa internacional, de forma tal, que lo que se busca es utilizar de la mejor forma posible, el espectro radioeléctrico, eliminando posibles *interferencias*, como consecuencia de un uso inapropiado del mismo y dicho Procedimiento de Reasignación, se hará en armonía con el Título Habilitante que posea el concesionario, asignándole a este, la

banda apropiada, de acuerdo con el servicio que tiene como permitido prestar, de acuerdo con su título, concreta y específicamente adjudicado. La PGR se ha pronunciado al respecto, argumentando lo siguiente:

“...la circunstancia de que las frecuencias sobre las que recayó el permiso permitan hoy la prestación de servicios disponibles al público, no es causa que justifique que deban mantenerse las frecuencias y que se le deba dar una concesión. Como indicamos, lo procedente es que se le reasignen las frecuencias, de modo tal que puedan contar con las frecuencias para operar la red privada que le permita proveerse de los servicios de comunicación que requiere para sus propias necesidades. Consecuentemente que a las frecuencias que son propias de la operación de redes públicas y de prestación de servicios disponibles al público se le dé el uso más eficiente posible, el cual obviamente no corresponde a una solicitud para servicios privados”¹².

Cuando a un administrado se le adjudica una banda de frecuencia por primera vez, la Administración se interesa por darle la idónea al mismo, tomando como parámetro, el servicio que va a prestar, es decir, el uso que va a hacer del bien. En el caso de los beneficiarios que ya tenían adjudicada una frecuencia para cuando entra a regir la nueva legislación, deben someterse a un estudio que realiza la Administración, ya que si están usando una banda que no

11 González García, Julio V. y otros. (2009) Derecho de los Bienes Públicos. Valencia. Guada Impresores, S.L. Pág. 1177
12 Dictamen **C-280-2011**. 11 de noviembre de 2011. Procuraduría General de la República. Pág. 22, último párrafo.

es la más adecuada, deben, entonces, y como consecuencia directa, someterse al “Procedimiento de Reasignación de Bandas de Frecuencia”, mediante el cual se va retirar la banda que disfrutaban (puesto que existe la obligación de devolverlas, según transitorio IV LGT), durante la vigencia de la antigua normativa y, si así corresponde, se les otorgará una nuevamente, para que sigan utilizando el bien demanial, de la manera que les fuera autorizado en su concesión original, en la banda que corresponda.

Deben tomarse en cuenta diversos aspectos, como ya se indicó, el realizar los estudios pertinentes y determinar si el adjudicatario está haciendo un uso personal del bien, es decir, no comercial, ya que de ser así, procede la mencionada Reasignación de Frecuencias. Pero si del estudio hecho resulta, que el administrado desea prestar servicios a terceros, o sea, hacer un uso comercial del espectro y no cuenta con la respetiva concesión de uso comercial, entonces no cabe la Reasignación, sino que el administrado debe someterse al procedimiento de Concurso Público, tal y como lo indica la normativa administrativa en Costa Rica y tal y como se explica en el dictamen de la PGR, número 151, con fecha 5 de julio del año 2011.

Lo anterior se debe a que, en Costa Rica y, tomando en cuenta a la doctrina patria, “no hay posibilidad de un mercado secundario de derechos de propiedad sobre el espectro y el modelo de exención de licencias cubre muy poco espectro... Lo que hace suponer y concluir que nuestro modelo de gestión del espectro radioeléctrico viene de un modelo

de comando control, el cual se conserva en la actualidad con el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, y los mecanismos de asignación mediante concurso público o en forma directa, excepcionalmente.”¹³ Todo esto, es resultado de que, por ser el espectro un bien de dominio público, el administrado debe adaptarse, principalmente, a lo que indique el ordenamiento jurídico y como lo aclaró la Procuradora Adjunta, para prestar servicios a terceros, debe el interesado, haberse sometido a un procedimiento concursal, ya que así lo estipula la normativa costarricense y, el titular, no puede disponer libremente de su habilitación, para hacer lo que le genere más beneficio, sin tomar en cuenta las disposiciones específicas, del acto administrativo.

Conclusiones

- 1- Salvo que se trate de un administrado que se encuentre realizando actos o usos indebidos, como lo es el no pago de los cánones correspondientes o, usar el espectro sin contar con un título o, utilizar la frecuencia teniendo los títulos vencidos o, realizar un uso no correspondiente a ese título, la frecuencia la va a conservar el adjudicatario. Si el uso dado es indebido, lo que procede es el retiro de las bandas, sin indemnización;
- 2- Si el adjudicatario ha hecho un uso adecuado de la frecuencia, pero esta no es apta para llevar a cabo la prestación de un determinado servicio, le será **reasignada** una banda apropiada para que lleve a cabo el uso respectivo del bien

13 Brealey Zamora, Jorge. Generalidades de la regulación del espectro radioeléctrico y los servicios inalámbricos de telecomunicaciones en Costa Rica, San José, 2011, págs. 10. [obra inédita].

demanial, manteniendo el administrado, exclusivamente, el derecho adquirido de uso y disfrute sobre el bien demanial y nunca un derecho de disposición sobre el bien. (Derechos Reales Administrativos). Ya dijimos en repetidas ocasiones, que no se pueden alegar derechos adquiridos de propiedad, frente a bienes que son propiedad de la Nación. Por eso estos no llegan a incorporarse al patrimonio del particular. Lo que procede a Reasignarse, son las frecuencias para títulos existentes, antes de la entrada en vigor de la LGT;

- 3- Todo aquel administrado que desee prestar servicios a terceros de manera comercial, deberá tener adjudicada una concesión de uso comercial. Si en el momento de la entrada en vigencia de la LGT, no contaban con dicho Título Habilitante, deberá: 1) someterse a un concurso público y participar de la licitación respectiva, si le interesa ser el titular de una concesión, para realizar un uso comercial del espectro, tal y como corresponde, en materia de Contratación Administrativa. Entonces, si un administrado cuenta con un permiso o una autorización, no procede la prestación del servicio a terceros, dado que no es esa la naturaleza de estos títulos, los cuales eran otorgados única y exclusivamente, para probar equipos (permisos) y de uso personal o, 2) Si al administrado no le interesa adjudicarse la titularidad de la concesión,

pero quiere realizar algún contrato con una persona física o jurídica, que sea concesionaria para poder, aunque sea de forma indirecta, hacer uso del bien, obteniendo lucro de ese contrato realizado entre el interesado en usar el bien demanial y la concesionaria, que es quien cuenta con el Título Habilitante, para usar y aprovechar el espectro, debe ser revisado por la SUTEL, esto porque el servicio de telecomunicaciones y, por tanto, el uso del espectro radioeléctrico, se encuentra regulado, en la normativa costarricense.

- 4- En el caso particular de los nuevos concesionarios, los mismos podrán beneficiarse de la convergencia, mientras su Título Habilitante lo manifieste expresamente, por lo que no deben someterse a un doble proceso para adquirir los beneficios de la figura. Para el caso de los concesionarios que obtuvieron su título con la legislación derogada, no pueden beneficiarse de este fenómeno tecnológico, como resultado del cambio normativo, ya que deben apegarse a lo que indique su contrato de concesión y sujetarse a las disposiciones del PNAF, tal y como lo indica el Transitorio IV de la LGT. Indica la PGR:

“Es decir, la aplicación de la convergencia no permite que en las redes privadas se presten servicios disponibles al público”¹⁴

14 Dictamen C-280-2011. 11 de noviembre de 2011. PGR. Pág. 24, párrafo segundo.

Bibliografía

Brealey Zamora, Jorge. *Generalidades de la regulación del espectro radioeléctrico y los servicios inalámbricos de telecomunicaciones en Costa Rica*, San José, 2011, págs. 10. [obra inédita].

Cullem March, Cristina. (2011) La Regulación del espacio radioeléctrico. Editorial Bosch S.A. Barcelona.

Dictamen **C-280-2011**. 11 de noviembre de 2011. Procuraduría General de la República. González García, Julio V. y otros. (2009) *Derecho de los Bienes Públicos*. Valencia. Guada Impresores, S.L.

Lewin, Ivan y van Nierop, Bárbara. *Disposiciones Transitorias*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

Ley N° 1632 Ley de Telecomunicaciones de Bolivia. Publicada el 5 de Julio de 1995.

Ley General de Telecomunicaciones de España de 1998.

Ley Federal De Telecomunicaciones de Méjico de 1995.

Ley General de las Telecomunicaciones de República Dominicana de 1998.

Muñoz, Hugo Alfonso. (2000) *Manual Centroamericano de Técnica Legislativa*. San José, Costa Rica. Diseño Alternativo S.A.

Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 2009.

Torre de Silva y López de Letona, Javier. (2005) *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información: un estudio de derecho administrativo económico*. Consejo de Estado: Boletín oficial del Estado. Madrid.

1 <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/34282/Doc30.pdf> 6 de diciembre de 2010 20:07

<http://www.economiainstitucional.com/pdf/No23/aaldana23.pdf> 26 de mayo de 2011 10:39

NUEVOS HORIZONTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dr. Víctor Pérez Vargas

Introducción

Hace algunos años escribí sobre la tendencia expansiva del Derecho de Daños. Hoy, éste ha sufrido una ampliación de fronteras en diversos sentidos, como la ha revelado la mejor doctrina nacional ¹. Entre ellos, especial mención merecen las acciones preventivas y no únicamente reparatorias, los daños en tema de consumo (y la responsabilidad objetiva del productor, proveedor y comerciante), la pérdida de chance, el daño social, los daños a los intereses colectivos y difusos (como el daño ambiental), la lesión a los intereses legítimos y otros daños relacionados con la nueva tecnología, como el daño a la intimidad mediante bancos de datos y los fraudes informáticos.

No hace mucho, la materia de la responsabilidad civil se limitaba a la lesión de derechos absolutos; se hablaba de daños a los derechos fundamentales de la personalidad o a la propiedad, pero nunca de daños a los derechos relativos ², los cuales, como lo ha demostrado la

jurisprudencia y doctrina italiana, también son “erga omnes” (frente a todos), pues al igual que los derechos absolutos, deben ser respetados por todos. Lo que interesa es que en ellos el sujeto, cuya conducta satisface el interés tutelado, no es el mismo sujeto que el titular de ese interés (a diferencia de lo que ocurre con los derechos absolutos); esta es la esencia real objetiva de la doctrina de la lesión al derecho de crédito. La lesión a un derecho relativo también puede generar responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios debían ser ciertos. A nadie se le ocurría pensar que una pérdida de una oportunidad (o chance, como lo ha denominado la jurisprudencia francesa y argentina) pudiera ser indemnizable. La verdad es que el chance, en cuanto chance, es también cierto.

En aquel tiempo, en Costa Rica, solamente don Eduardo Ortiz afirmaba la posibilidad de indemnización para la lesión a intereses legítimos ³ (incluso se llegó a derogar el artículo 193 de la Ley General de Administración Pública que la autorizaba). Hoy, sin

1 TORREALBA, Federico, *Responsabilidad Civil*, Editorial Juricentro, San José, 2011, sin duda, la obra más completa sobre el tema.

2 “ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales”. “N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos

3 ORTÍZ, Eduardo, *Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica*, Revista Judicial, N° 39, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1986 p. 20

embargo, como veremos, la indemnizabilidad de intereses legítimos ha sido admitida en la vía arbitral, en un laudo no anulado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a la cual fue sometido mediante el recurso (más bien acción) respectivo.

No se hablaba de una responsabilidad objetiva del Estado, como hoy lo hace la Ley General de Administración Pública, en su artículo 190 ⁴/: “1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”.

El daño moral apenas se comenzaba a admitir en algunos delitos contra el honor ⁵. No existía una disposición genérica, como la del actual del artículo 59 del Código Civil, según la cual: “Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad”.

A ningún político se le reclamó jamás indemnización en casos de corrupción (ni siquiera a don Tomás Guardia, cuando recibió del contratista del ferrocarril, Henry Meiggs, cien mil libras esterlinas, como gratificación⁶); tal posibilidad ni siquiera

existía en el Ordenamiento (pues fue la figura del daño social fue introducida por el Código Procesal Civil, más recientemente).

A nadie se le ocurría pensar que un menor de edad pudiera tener legitimación directa para el acceso a la justicia constitucional.

Tampoco recuerdo casos de asociaciones ejerciendo la defensa de intereses difusos (como los ambientales o los relativos al consumo).

No existían los problemas generados por las nuevas tecnologías, frente a las actuales modalidades de lesiones a intereses jurídicos, como la piratería informática, los fraudes bancarios informáticos⁷/ o la violación a la intimidad mediante bancos de datos.

La visión del tema era excesivamente patrimonialista. Los aspectos relacionados con la tutela de la persona eran apenas mencionados y no se pensaba en acciones inhibitorias o preventivas, para evitar la producción del daño, más que en pocos temas de orden pecuniario, como los interdictos para la defensa de la posesión, o los embargos preventivos para la tutela del derecho de crédito, pero nunca para la tutela de la salud o del ambiente.

4 Artículo 190 de la LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978
5 AGUILAR, John; El Daño Moral Resarcible, Tesis, 1976
6 El General se sintió obligado a dar explicaciones, lo cual hizo en un memorable documento que dirigió a los miembros del Congreso. Citamos de él: “El contratista del ferrocarril, Mr. Henry Meiggs, sin previa convención y por un acto de pura generosidad, siguiendo los usos establecidos en estas negociaciones, puso a mi disposición por medio del Ministro don Manuel Alvarado, la suma de L.100.000 para que le diese la inversión que tuviese a bien...En todas partes se hacen siempre estas gratificaciones después de una negociación; en todas partes estas sumas se las reparten entre sí y sus íntimos amigos, las personas a quienes se las obsequian...” ¿No se hubiera beneficiado más la patria si el precio del contrato para construir el ferrocarril se hubiera reducido en L.100.000?” (STEWART, Watt, Keith y Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1967, p. 12).
7 RIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN CUARTA ANEXO A, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. SENTENCIA 802-2008, entre otras.

En la evolución de la materia debe reconocerse un papel muy activo de la jurisprudencia, sin duda, el principal factor vivo en la creación de nuevas respuestas jurídicas, ante las nuevas realidades ⁸.

Estos nuevos desarrollos no son solamente nuestros. Análoga evolución podemos observar en los diversos ordenamientos que constituyen el subsistema Latinoamericano de Derecho Romano. En ellos se han propuesto soluciones y estas tienden a ser concordantes. De ahí que el Derecho Comparado se constituye en importante elemento para la búsqueda de soluciones a las nuevas realidades.

1- La ampliación de fronteras del daño resarcible

El concepto de daño resarcible ha experimentado una marcada extensión de fronteras. Así como, hace un siglo (con el advenimiento del maquinismo), surgieron los criterios del riesgo creado (para la responsabilidad objetiva), en el amanecer del tercer milenio, hemos sido espectadores (y de algún modo también protagonistas) de un desarrollo jamás vislumbrado por nuestros legisladores, en el campo de la responsabilidad por daños.

Las causas eficientes de esta transformación son de diverso orden:

a- una perspectiva más amplia de la doctrina y de la jurisprudencia sobre

8 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit., p.17
9 PUGLIATTI así lo afirmaba desde hace muchos años.. PUGLIATTI, Salvatore, Responsabilitá Civile, II, Giuffré, ed., Milano, 1968, p. 49. En este aspecto la perspectiva de la doctrina anglosajona es más limitada, pues exige la violación de un derecho. DONALDSON, op. cit., p 21.
10 TORREALBA, op.cit., p. 17.

los intereses merecedores de tutela (que no se refieren solamente derechos subjetivos absolutos);

- b- una ampliación de la esfera de legitimación para reclamar el daño causado;
- c- nuevas situaciones de la vida, en particular derivadas de la nueva tecnología que presentan nuevos interrogantes jurídicos;
- d- una nueva conciencia personalista del Derecho (superando la estrecha visión patrimonialista de nuestros legisladores).

1- La ampliación en cuanto a los intereses tutelables

Una primera superación de límites se refiere a la lista de las situaciones jurídicas que, al ser lesionadas, generan responsabilidad. De la original perspectiva que ligaba inconscientemente la atribución de responsabilidad a la violación de los derechos absolutos (y, en especial, de los derechos reales), en el sistema romano viviente de nuestro tiempo se ha pasado a generalizar su referibilidad a toda situación jurídica subjetiva ⁹.

Particular función normativa de la jurisprudencia ¹⁰/ hemos presenciado en la rama del Derecho del Consumo y la responsabilidad objetiva de las empresas en aplicación de la disposición según la cual “el productor, el proveedor y el

comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño”^{11/}.

Hoy, se considera “daño” toda lesión a un interés jurídicamente relevante, no solamente a un derecho absoluto, pues también son daños las lesiones a derechos relativos (como lo ha demostrado, desde hace ya bastante tiempo, la doctrina de la lesión del

crédito por parte de terceros)¹², lo mismo que las lesiones a intereses legítimos (como lo admite en buena medida la jurisprudencia europea y lo propugna la doctrina y ya se ha manifestado en la jurisprudencia arbitral costarricense¹³. En un arbitraje, se aplicó la resarcibilidad de daños a los intereses legítimos. El laudo fue ratificado por la Sala Primera de la Corte.

También son indemnizables los daños a expectativas, potestades e, incluso (también desde hace décadas, particularmente en Italia, Francia y Argentina) al denominado

“chance”, donde se busca la reparación de una posibilidad de éxito frustrada¹⁴. En la jurisprudencia arbitral internacional se considera que la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización ^{15/}.

En nuestro país, en un arbitraje, cuyo laudo fue ratificado por la Sala Primera de la Corte se aplicó por vez primera la doctrina de la pérdida de chance¹⁶, con base en las

siguientes consideraciones: “Aplicando la sana crítica, el Tribunal considera que el perjuicio resarcible no es el monto total de la pérdida sufrida o ganancias dejadas de percibir tal y como las actoras lo reclaman, no el valor global de la ganancia o pérdida, sino la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la “chance” que es atribuible al agente según las circunstancias del caso. En caso de pérdida de “chance”, la reparación de un daño no

11 Botella de Coca Cola que estalló y lesionó un ojo: SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del año dos mil uno. Daños a un vehículo en el estacionamiento del Hotel San José Palacio. RES: 000460-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres. Robo de vehículo en Price Smart de Zapote, RES: 000655-F-2007 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas cinco minutos del diecinueve de setiembre de dos mil siete. Robo de vehículo en Hipermás de San Sebastián. RES: 000295-F-2007 SALA PRIMERA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de abril del dos mil siete. Caso del resbalón en Mc Donald’s de Guadalupe RES: 000575-F-03 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las diez horas del diecisiete de octubre del año dos mil tres. Caso del trapo en una hamburguesa en el Mac Donald del Parque de Laa Paz. Caso del restaurante Mc Donald’s del Parque La Paz. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas quince minutos del veintitrés de enero del año dos mil ocho. Caso de la cucaracha en KENTUCKY FRIED CHIKEN en el Mall Real Cariari. N°486-N- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas quince minutos del dos de junio de dos mil diez. Y diversas sentencias sobre responsabilidad de los bancos por fraudes informáticos. 2008 Fraudes informáticos: Sentencia c. Banco de Costa Rica. Transcripción de sentencia oral. 15:00 del día 19 de septiembre del año 2008. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Sentencia 743-08 de las 14 horas 10 minutos del 26 de setiembre de 2008. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. TRIBUNAL PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN CUARTA ANEXO A, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. SENTENCIA 802-2008. Quince horas del día 9 de octubre del 2008. También en el campo de llamado “turismo aventura” (V. Tesis así denominada de Esteban Carranza, U.C.R.).

12 V. BUSNELLI, Francesco Donato, La Lesione del credito da parte di terzi, Giuffré-ed. , Milano, 1963, p.7, BUSNELLI, F.D. Un caso dubbio di lesione del credito da parte di terzi, Estratto da Il Foro Padano, N. 7.8. Julio, agosto, 1965 y recientemente: STIGLITZ, Gabriel, ECHEVESTI, Carlos, El daño resarcible en casos particulares, en el volumen: Responsabilidad Civil, op. cit., p 286 RINESSI, Antonio Juan, Lesión al crédito, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p 251. El propio Código de Bello, en el artículo 2315 admite la legitimación de terceros específicos (arrendatario, usufructuario, heredero, habitador, usuario, etc.); la perspectiva, como puede verse es, sin embargo, patrimonial, no personalista.

13 V. PUGLIATTI, Salvatore, Sulla risarcibilità del danno da lesioni di interessi legittimi, Responsabilità Civile, II, p. 118 y en Costa Rica: ORTIZ, Eduardo, Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, Revista Judicial, N.39, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1986 p. 20. Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA E JUSTICIA, RES: 000766-F-01).

14 V. BUSNELLI, Francesco D. Perdita di un chance e risarcimento del danno. Il Foro Italiano, Roma, Vol. LXXXVIII, fasc. III-IV. 1965. ORGAZ, Alfredo, El Daño Resarcible, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 95. STIGLITZ, Gabriel, ECHEVESTI, Carlos, El daño Resarcible, en el volumen Responsabilidad Civil, bajo la dirección de Jorge Mosset Iturraspe y la Coordinación de Aída Kemelmajer de Carlucci, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 224. ALTERINI, LOPEZ CABANA AMEAL, Derecho de Obligaciones, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 259. Sobre el tema véase el excelente desarrollo realizado por TORREALBA, Federico, Responsabilidad Civil, Juricentro, 2011. . ORGAZ, Alfredo, El Daño Resarcible, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 95. BUSNELLI, Francesco D. Perdita di un chance e risarcimento del danno. Il Foro Italiano, Roma, Vol. LXXXVIII, fasc. III-IV. 1965.

15 “Dado que el actor incumplió sus obligaciones de ejercitar sus mejores esfuerzos... dado que el daño sufrido por el demandada, a este respecto, no puede ser precisamente determinado debido al hecho de que se basa en presunciones sobre lo que “hubiera sido” el beneficio...el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta los artículos 7.4.3. y 7.4.9. de los Principios de UNIDROIT, decide que el actor debe compensar al demandado por la pérdida de oportunidades (chance) de disfrutar el probable beneficio de los proyectos abortados” (ICC p 68, caso C.C.I. 8331, diciembre de 1996). “...en razón de la actitud de la parte actora, la demandada ha perdido un chance de rentabilizar convenientemente las instalaciones... la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. Así lo expresan los principios de UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional (artículo 7.4.3. al 2), que consagra como se sabe reglas ampliamente admitidas a través del mundo en los sistemas jurídicos y en la práctica de los contratos internacionales”(Caso C.C.I. 8264 de 1997, Bulletin p 64). El actor se había obligado a diseñar, producir y poner en marcha unas instalaciones industriales. Se había pactado, además, la transmisión del actor al demandado de la propiedad industrial requerida. El demandado había aceptado pagar sumas fijas y proporcionales. El actor reclamó al demandado haber dejado de pagar las sumas proporcionales sin justificación y haber dejado de enviar informes. El demandado justificó su falta de pago debido al incumplimiento del actor de proporcionar las mejoras necesarias, por lo cual pidió compensación. El tribunal consideró que el demandado había cumplido sus obligaciones de informar Determinó luego el monto de las sumas proporcionales debidas y luego consideró la contrademanda basada en el alegado incumplimiento del actor en cuanto a proporcionar los cambios relativos al diseño, manufactura uso y mantenimiento del equipo cubierto por el contrato. El tribunal consideró que no había incumplimiento total del actor, en consecuencia rechazó la contrademanda, pero admitió que el actor faltó en el cumplimiento al deber de proporcionar información, lo que condujo a una pérdida de oportunidad para el demandado, de acuerdo con el artículo 7.4.3. de UNIDROIT. Se estimó el daño en un décimo de la suma reclamada. Decidió no ordenar el pago de intereses de las sumas debidas en vista de que las omisiones del actor justificaban esta falta de pago entonces (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

16 Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. RES: 000766-F-01 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- V. TORREALBA, Federico, La pérdida de oportunidad o chance. Revista Judicial, N. 98, Corte Suprema de Justicia, quien aclara: Cuando parecía que la figura de la pérdida de oportunidad había adquirido carta de ciudadanía en nuestro Derecho positivo, la misma Sala Primera de la Corte, en el caso Hampton y Hampton vs. I.C.E, insinúa sutilmente –sin llegar a un rechazo explícito–tener dudas sobre la adecuación de dicha figura al ordenamiento costarricense.

puede ser sino parcial. Así, la jurisprudencia francesa ^{17/}, puesto que en la pérdida de “chance” u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible. El resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que se aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia” ^{18/}.

Agréguese a lo anterior el surgimiento de nuevas categorías de daños como el daño social, junto a los daños individuales y de grupo ¹⁹, “Esta figura, a pesar de estar prevista en nuestro ordenamiento, tuvo muy poco desarrollo doctrinario hasta el año 2010 ^{20/} y un escaso análisis jurisprudencial ^{21/}. Sin embargo, en los últimos años, la Procuraduría ha decidido utilizar la figura al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con la afectación al ambiente, por asuntos tributarios; y recientemente por

temas relacionados con la corrupción en la función pública”.²² Del daño social, en nuestra legislación, solamente se encuentran referencias directas en el Código Procesal Penal, pero ya la doctrina se ha referido a la posibilidad de una más amplia legitimación. Esta ampliación de la esfera de tutela frente al daño social, tiene fundamento constitucional y pueden referirse a la lesión de intereses difusos o colectivos (ellas nos hablan de “afectaciones a los intereses difusos y colectivos como lesiones indemnizables”). De lo anterior surge la necesidad de ensanchar la esfera de los sujetos legitimados para reclamarlo por “otros medios en los cuales podría aplicarse también la figura, como por ejemplo, por medio de un recurso de amparo, o su utilización y cobro en otras vías jurisdiccionales” ^{23/}.

En síntesis: El concepto de daño resarcible ha venido paulatinamente ampliando sus fronteras, para referirse en general a toda lesión de intereses jurídicamente relevantes.

“En cuanto al perfil subjetivo —pregonaba PUGLIATTI—, será suficiente que se

pueda individualizar cualquier interés digno de tutela”²⁴. Nuestra Sala Primera lo ha expresado así: “Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo”^{25/}.

Es de interés mencionar que se ha admitido que los jueces puedan rectificar o modificar las peticiones de las partes a la hora de identificar el interés tutelable, siempre y cuando no se modifique realmente la *causa petendi*, que resulta del cuadro fáctico de la demanda. En un laudo nacional se expresó: “Ya se ha afirmado, particularmente en la jurisprudencia española, que la congruencia no puede implicar una conformidad rígida y literal a las peticiones de las partes, sino que esta debe ser racional y flexible, en acatamiento a la sustancia (no a la forma) de lo solicitado; el vicio de incongruencia no se comete cuando en el fallo no se emplean

las mismas palabras de la demanda y contestación, puesto que el juzgador no ha de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que debe atenerse a la realidad de su contenido. La concordancia, sanamente entendida, permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias del tema planteado y que se encuentran implícitas en la controversia y le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada” ^{26/}.

2. La ampliación de las barreras tradicionales de la legitimación

Al mismo tiempo, las fronteras del daño resarcible se han ampliado en otros sentidos, como lo revela, en materia de daño moral, el paso de las tendencias originalmente restrictivas hasta las posiciones actuales²⁷,

17 Civ. 1re, 27 mars 1973: JCP 1974. II. 17643, note R. Savatier; Gaz. Pal. 1973. 2. 630, note Doll 9 mai 1973: eod. loc.) por ejemplo, el daño resultante para la víctima de la pérdida de un “chance” de obtener un mejoramiento está en función directa con la gravedad de su estado (Civ. 1re, 7 juin 1989: D. 1991. 158, note J.-P. Couturier; Defrénois 1990. 746, obs. Aubert 8 juill. 1997: Bull. civ. I, n° 239; JCP 1997. II. 22921, rapp. Sargos 2e esp.
18 v. TRAZEGNIES, Fernando de, La responsabilidad extracontractual, U. Católica del Perú, 1988 .
19 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit., p. 85
20 Año en que se publicó: LINEAMIENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO COTARRICENSE, ANA LUCIA AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, U.C.R., 2010
21 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006. Pág. 161- 163.
22 LINEAMIENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO COTARRICENSE, ANA LUCIA AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, U.C.R., 2010
23 AGUIRRE GARABITO, IRINA SIBAJA LOPEZ, op.cit.

24 PUGLIATTI, Salvatore, op. ult. cit., p. 120 o, lo que es lo mismo, a cualquier bien jurídico: “El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos. Llama la atención que en algunos artículos, el Proyecto de Código Civil Argentino establece limitaciones a la responsabilidad, propuesta de cuya constitucionalidad tenemos dudas. Así: En el artículo 1634se dice : “En los casos previsto en los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666”. “Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple”.
25 N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.
26 Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A. (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA E JUSTICIA, RES: 000766-F 2001
27 Nuestro ordenamiento jurídico admite el resarcimiento del daño moral, así el artículo 1045 del Código Civil habla de “daño” en un sentido general, sin distinguir entre daño patrimonial y daño moral, ante lo cual debe entenderse que ese artículo prescribe el deber de reparación también del daño moral, interpretación que resulta consecuente con la máxima o aforismo latino que reza “ubi lex non distingui, nec non distinguere debemus”, y con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico costarricense. Así, de la lectura del artículo 1048, párrafo 5, Ibídem, puede extraerse la indemnización del daño moral en el supuesto de la responsabilidad objetiva ahí previsto, y el numeral 59 Ibídem estatuye con claridad meridiana “... el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad”. Debe, igualmente, tomarse en consideración en cuanto a la reparación civil derivada de un hecho punible, que la “Ley para Regular la Aplicación del Nuevo Código Penal”, N° 4891 de 8 de noviembre de 1971, artículo 13, mantuvo en vigencia los artículos 122 a 138 del Código Penal anterior (del año 1941), y precisamente el artículo 125 de ese cuerpo normativo dispone que cabe la reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad “o en otros casos de daño a intereses de orden moral”, norma ésta que utiliza una (Continúa en la siguiente página)

en cuanto al daño moral sufrido por los que tengan un vínculo afectivo cercano con la víctima de un homicidio, que no necesitan ser herederos^{28/}.

También en materia de legitimación activa, hemos presenciado en diversos ordenamientos una apertura, por cuanto se otorga la posibilidad de hacer prosperar una pretensión a entidades representantes de intereses colectivos²⁹, intereses de los cuales no son titulares los individuos como tales, sino en cuanto integrantes de una colectividad;

enejemplo se encuentra en la legitimación de las Cámaras ³⁰; se trata de la tutela de grandes categorías de seres humanos.

Es significativa la reforma constitucional costarricense de conformidad con la cual “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos...”³¹.

fórmula amplia dándole cabida de esa forma a la reparación del cualquier daño moral; por su parte el canon 127, inciso 4, del mismo texto legal está referido a la reparación del daño moral derivado de los hechos punibles contra la salud o integridad corporal. También la Ley General de la Administración Pública se ocupa del daño moral al preceptuar en su artículo 197 “... la responsabilidad de la Administración por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente”. Finalmente la norma de linaje constitucional (artículo 41 Constitución Política), estatuye con claridad meridiana que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales ... N° 57 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas treinta minutos del once de julio de mil novecientos noventa y siete. La jurisprudencia costarricense se ha manifestado proclive a la indemnización del daño moral, partiendo de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, al respecto pueden consultarse las sentencias: Sala de Casación de las 24 horas 55 minutos del 19 de febrero de 1925; voto salvado del Magistrado Evelio Ramírez en la sentencia de la Sala de Casación de las 10 horas del 18 de octubre de 1949; Sala de Casación, número 7 de las 15 horas y 30 minutos del 15 de enero de 1970; Sala de Casación, número 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 49 de las 15 horas 30 minutos del 22 de mayo de 1987; Sala Primera de la Corte número 22 de las 15:40 del 3 de mayo de 1989)”. N° 112 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas quince minutos del quince de julio de mil novecientos noventa y dos.

28 Así N° 10 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. TORREALBA, op.cit, p. 82

29 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales del Cincuentenario, Córdoba, Argentina, 1991, p. 177 V. SALA CONSTITUCIONAL, Voto No 1631-91 de las quince horas con quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno, N° 2243-97 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas dieciocho minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. SALA CONSTITUCIONAL, Sentencia de 14 y 32 horas del 19 de setiembre de 1998.

30 Sala Constitucional. N. 770 de 15 y 51 hs. De 16 de febrero de 1993. -... se trata de la defensa de intereses corporativos. El interés que tiene la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras y que la legitima para interponer esta acción, lo es su carácter de entidad corporativa, caracterizada por la representación y defensa del núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de determinada colectividad o actividad común. De tal manera que estamos frente a un interés de esa Cámara y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, pero individualizable, lo que constituye un interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada, razón por la que esta acción es admisible en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Sala Constitucional, N°De 14 y 32 hs. de 19 de setiembre de 1998 -... es indiscutible que la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras defiende a la colectividad de empresarios que representan firmas extranjeras y que frente a este interés colectivo de la entidad, se encuentra el de cada uno de los miembros que la forman”.

31 Ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996.

Igualmente, en materia de intereses difusos, las propias constituciones se han venido modificando. Se trata de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas.

En muchos casos la salud, la calidad de vida y el ambiente han sido declarados como verdaderos principios y derechos humanos³², mediante reformas constitucionales, tal como ha ocurrido en Argentina con la reforma de 1994 al artículo 41³³ y en Costa Rica, con la reforma al artículo 50, también de 1994³⁴ que, en lo que aquí interesa, ahora establece: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan este derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará este derecho. La Ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”. Muchos recursos de

amparo ya han sido declarados con lugar sobre la base de estas disposiciones³⁵; en algunos casos, se ha aceptado la legitimación de asociaciones³⁶.

Destacamos también, como ya lo hemos hecho anteriormente, en materia de situaciones jurídicas, que se ha admitido la legitimación de menores de edad en materia de amparo³⁷, por ejemplo, en la sentencia N° 3705-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres:

“La contaminación, que se refiere específicamente a la impugnación que hace el menor recurrente, puede considerarse como la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes, o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud o el bienestar del hombre, la flora o fauna, o produzcan en el hábitat de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante... Tratándose de

32 PERLINGIERI, Pietro, Il diritto alla salute quale diritto della personalità, Rassegna di diritto civile, N. 4/82, p. 1022. V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Introducción al daño ambiental. Voces Jurídicas, Mendoza, Vol. 2, p. 17.

33 V. BUSTAMANTE ALSINA, op. cit., p. 21

34 Ley 7412 de 3 de junio de 1994. -Hoy día el accionar del Estado encuentra un fundamento de mayor jerarquía jurídica en cuanto el artículo 50 de la Constitución Política contempla el derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. -. N° 38 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas del diecinueve de abril de mil novecientos noventa y seis.

35 3231-98 .SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con veinticuatro minutos del quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

36 00132-99 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas dieciocho minutos del ocho de enero de mil novecientos noventa y nueve

37 Sentencia N° 3705-93 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres

la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero “derecho reaccional”, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para “reaccionar” frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos... POR TANTO: Se declara con lugar el recurso y se restituye al recurrente en el pleno goce de sus derechos fundamentales. Se ordena el cierre inmediato del botadero municipal adyacente a la quebrada...”

II. Los factores condicionantes de la ampliación de fronteras del derecho de daños

1- Las nuevas situaciones y la conciencia creciente “del reclamo”

Las nuevas situaciones de la vida (y, entre ellas, especialmente la nueva tecnología) han llevado al pensamiento jurídico a responder ante nuevas formas de daños; la lista sería interminable, basta recordar los daños por actividades espaciales (como los ya causados por satélites)³⁸, los daños ambientales en sus mil formas,³⁹ incluso modalidades “transfronterizas” (como el ejemplo de la lluvia ácida)⁴⁰ y nucleares , los daños al consumidor por deficiente información, por productos peligrosos⁴¹ y por publicidad engañosa⁴², los daños producto de la biotecnología y, en particular de los productos genéticamente modificados⁴³, los daños resultado de la informática, por ejemplo el que se produce a la intimididad, mediante el abuso de bancos de datos, donde se cumple claramente la doble función de la doctrina del abuso del derecho: indemnizatoria y preventiva de la persistencia el abuso ⁴⁴/, particularmente en tema de

38 V. ROJAS, Jorge Responsabilidad internacional por actividades espaciales, Revista Judicial, N. 40, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, p. 39

39 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, op. cit., p. 176. En Costa Rica V.: SALAZAR, Roxana, El derecho a un ambiente sano, Editorial Libro Libre, San José, 1993, p. 14.

40 V. en especial GOMEZ ROBLEDO, Responsabilidad internacional por daños transfronterizos, UNAM, México, 1983, p. 13 (tendencia a la objetivación; -strict liability-)

41 No puede dejar de recordarse la obra pionera de CARNEVALLI, Ugo, La responsabilit  del produttore, Giuffr , ed., Milano, 1979, p 351 V. tamb. GORASSINI, Responsabilidad del productor... Roma e America, Diritto Comune, Rivista di Diritto di Integrazione e Unificazione... N. 1997, p. 233, Sobre el tema del tabaco V. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, N. 3, año 1. Junio 1999, p. 257.

42 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, Publicidad y consumidores. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.5, Rubinzal-Culzoni, p. 63 y ss

43 V. ANTOS; Valeria, Responsabilidad civil por daño genético, Revista Judicial, N. 73, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, p. 21.

44 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit.,p. 12.

información sobre salud, ADN o genoma, pero igualmente en cualquier campo, como el financiero (seguros, cuentas, tarjetas de crédito, etc.) ⁴⁵/.

Los hechos de la vida han planteado nuevos retos, pero el factor determinante de las transformaciones jurídicas ha sido **la toma de conciencia**; por ejemplo: la toma de conciencia ambientalista de los años sesenta (los años “hippies”) da inicio a todo un movimiento que ha llevado a la búsqueda de nuevas formas jurídicas para la protección del medio⁴⁶ como derecho humano.

La llamada de atención de Kennedy al decir que “consumidores somos todos”, fue uno de los factores importantes que contribuyeron a favor de una **toma de conciencia** que ha llevado en diversos Ordenamientos a la promulgación de disposiciones sobre el tema, pero es el propio consumidor, cuando toma conciencia de sus derechos, quien mejor puede accionar el sistema jurídico para que le sean protegidos⁴⁷. El incremento de denuncias (por ejemplo, en la Comisión Costarricense para la Defensa Efectiva del Consumidor, adscrita al Ministerio de Economía de Costa Rica) es un índice evidente del aumento de conciencia de lo que

la doctrina alemana ha llamado “situaciones objetivas de desigualdad o injusticia” (con todas las limitaciones prácticas de esta perspectiva⁴⁸).

La materia de seguros es ejemplo claro del incremento en lo que se denomina “conciencia del reclamo” en el campo de responsabilidad médica por malpraxis, con el consiguiente incremento en las indemnizaciones y en los costos de las primas de seguros respectivas⁴⁹, al punto que en Estados Unidos, muchas compañías aseguradoras promovieron reformas legales para limitar los derechos de las víctimas de los médicos (por ejemplo en cuanto a ausencia de vía penal, caducidad corta para el ejercicio de la acción de responsabilidad profesional, limitaciones máximas de responsabilidad y no indemnizabilidad del daño moral), las cuales han venido, poco a poco, siendo declaradas inconstitucionales, como era de esperarse. La impericia profesional es una.  Acaso los médicos negligentes, imprudentes o imperitos, deben ser tratados en forma diferente al ingeniero que con su impericia causa muertes en un edificio? En Costa Rica el tema llegó a lo anecdótico, cuando en un debate en la sede de la Caja del Seguro Social, en relación con un dictamen de la

45 V. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, El Derecho a la intimidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, LORENZETTI, Exclusión. Op. Cit., p . 71 y en Costa Rica: CAJIAO JIMENEZ, María Virginia, Protección al derecho a la intimidad frente al uso de bancos de datos de carácter personal, Facultad de Derecho, UCR. 1995, CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Informática y Derecho a la Intimidad. Revista Judicial, N  53, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica 1991, p. 133.

46 -A partir de la toma de conciencia universal se ha producido un movimiento generalizado en los países más desarrollados para institucionalizar la protección del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al Profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 21.

47 v. las ideas de IHERING en su Lucha por el Derecho. TOR, Buenos Aires, sin fecha, PASSINI, Dino, saggio Sul Jhering, Giuffr . Milano, 1959 y PARESCE, Enrico, Jhering, Novissimo Digesto Italiano, VII, UTET, Torino, 1957, p. 151

48 RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos,  Quo Vadis. Derecho del Consumidor? Dike, Medellín, 1997 p. 144

49 V. PEREZ VARGAS, Víctor, El Seguro de Responsabilidad Civil Profesional. Revista Judicial N. 33, Corte Suprema de Justicia, san José, Costa Rica.

Corte sobre la inconstitucionalidad de una normativa especial para la responsabilidad civil de los médicos (por atentar contra la igualdad), un prominente médico propuso que se reformara el principio de igualdad en la Constitución Política, así: “Todos son iguales ante la Ley, excepto los médicos en el ejercicio de su profesión, en materia de responsabilidad civil y penal

2- La conciencia creciente de la dignidad humana

Tal vez el factor de mayor peso en la ampliación de fronteras del daño resarcible ha sido la creciente **toma de conciencia** de la dignidad de la persona humana. Frente a las atrocidades de la segunda guerra mundial se levantan voces humanistas de autores como Mounier y Maritain. La humanidad proclama entonces diversas declaraciones y convenciones sobre derechos humanos (muchas veces, ciertamente, disfrazando el “humanismo de pacotilla” de muchos, a que se refiere Alterini⁵⁰), las que han tenido, en muchos casos, reflejos concretos (legislativos o jurisprudenciales) en el tratamiento de las lesiones a los valores fundamentales de la personalidad (como son por ejemplo, la libertad, la imagen, el nombre y el valor jurídico del concebido no nacido desde el momento de la fecundación)⁵¹.

Algunos Ordenamientos, como el costarricense⁵² establecen la posibilidad general

de obtener indemnización por la violación a los mal llamados “derechos de la persona”, derechos personalísimos” o de la personalidad, pues no se trata solamente de derechos, como lo plantea la doctrina individualista, sino de valores reales que son socialmente objetivos, que son fundamentales (vida, libertad, honor, etc.) y que se instrumentan mediante diversos tipos de situaciones jurídicas subjetivas, las que constituyen su instrumento de realización, tales como prohibiciones, potestades, obligaciones, etc. y no solamente mediante derechos subjetivos, lo que no parece haber sido bien comprendido por alguna doctrina⁵³. En palabras de Carlos A. Gherzi: “...el derecho de tutela se amplió porque el hombre ganó espacio como ser humano, con independencia de lo que hace o del patrimonio que posee. Hemos dejado de priorizar lo que el hombre tiene o hace para apuntar a lo que el hombre es”⁵⁴. Es de gran interés que un concepto fundamental de las perspectivas personalistas como el de dignidad del ser humano haya sido incorporado en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, cuyo artículo 1640 habla de lesiones a la dignidad personal.

Esta transformación axiológica personalista claramente ha superado la perspectiva tradicional meramente patrimonial e individualista. Esto es cierto, especialmente en el Código Civil Peruano, con la introducción de la categoría del daño a la persona⁵⁵.

50 V. LORENZETTI, Ricardo, Gordos, Flacos y Fumadores: Modelos culturales, exclusión social y responsabilidad, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 68)
51 V. Sobre el tema STIGLITZ, Gabriel, La Responsabilidad Civil, Nuevas formas, La Ley, Buenos Aires, 1984, p.
52 Código Civil, Artículo 59: -Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad -.
53 Como la expuesta por CIFUENTES, Santos, Derechos Personalísimos, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 166.
54 GHERSI, Carlos A. Los presupuestos del deber de reparar, en el volumen Responsabilidad Civil, op. cit., p. 42.
55 Sobre el tema, en Costa Rica, El daño a la persona. Inés Fernández y Melania Cubero, U.C.R. y TORREALBA, op.cit., p 657

III. Las respuestas jurídicas

1- La Legislación

No hace muchos años, el tema de la responsabilidad civil por daños en Costa Rica, como en muchos países de América Latina, se encontraba regulada en unos pocos artículos, dentro de un título del Código Civil, mal llamado “Delitos y Cuasidelitos” y a algunas pocas leyes, como la Ley de Ferrocarriles.

Hoy tenemos muchas nuevas disposiciones legislativas en varias materias como el transporte terrestre y en campos tan específicos como la contaminación sónica generada por bares y por ciertos cultos (⁵⁶). Contamos con novedosas normas sobre los derechos del consumidor (⁵⁷). La Ley de Jurisdicción Constitucional ha extendido la esfera de la legitimación en materia de recursos de amparo para la prevención de daños. La Ley General de la Administración Pública ha desarrollado la responsabilidad objetiva del Estado.

Asistimos a lo que se ha llamado el envejecimiento de la disciplina de los Códigos. En muchos casos la misma ley ha sido más bien un freno para esta ampliación. Así ocurre con la disposición del Código Civil

costarricense que limita la responsabilidad objetiva a daños a las personas y solamente en ciertos casos (máquinas motivas, establecimientos industriales, etc.). Cabe destacar aquí el mérito del artículo 1970 del nuevo Código Civil Peruano, según el cual: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Se establece así un principio general, pero residual⁵⁸ en relación con el principio general de la culpa⁵⁹, respecto de muchos casos donde no es posible identificar, demostrar o atribuir culpa a un sujeto. Algunas leyes especiales, por ejemplo en materia de Derecho del Consumo son una muestra más del envejecimiento de los Códigos.

2- La influencia de la doctrina

Como es propio de la tradición romana, ha sido la voz de los juristas la que ha despertado conciencia sobre la necesidad de reparación de todo interés jurídicamente relevante (no sacrificable por un interés de rango superior).

Ha sido, por ejemplo, la doctrina peruana la que se adelantó a la ley propugnando la reparación del daño a la persona, siguiendo los esquemas teóricos de la doctrina y jurisprudencia italianas en materia de daño

56 En la Ley de Licores y sus reglamentaciones, en el Reglamento para el control de la contaminación por ruido –Decreto Ejecutivo #28718-S de 15 de junio del 2000–, consolidado por la jurisprudencia constitucional: Res. Nº 2008-05692, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y ocho minutos del once de abril del dos mil ocho, Res. Nº 2008-018856 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y seis minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho y en muchas otras resoluciones
57 En la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472.
58 SCHIPANI, Una posible, p. 364
59 Sobre este carácter residual V. BUSNELLI, Francesco Donato, La parabola della responsabilità civile, Separata. ISBN 85-13-16775-X, La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. p. 33

a la salud⁶⁰. Ha sido la doctrina argentina, la que en muchos congresos ha proyectado transformaciones legislativas.

“La doctrina reivindica para sí la tarea de establecer los caminos más apropiados para mantenerse en contacto con los problemas, proyectando además, sobre el plano de la reforma legislativa un método basado sobre la interacción entre tónica y dogmática, entre pensamiento problemático y pensamiento sistemático...”⁶¹.

También la doctrina ha tenido una incidencia directa sobre la jurisprudencia. Son centenares los fallos de tribunales latinoamericanos donde la resolución, a falta de ley, se fundamenta en citas doctrinarias y razonamientos de juristas⁶².

3- El papel creador de la jurisprudencia

Gran parte de estas innovaciones que amplían el radio de acción del tema son producto de

la elaboración jurisprudencial ^{63/} y pocas veces resultado de reformas legales ^{64/}. Un elevado número de demandas judiciales está dirigido a la obtención de una indemnización por daños; frente a esta proliferación de situaciones dañosas encontramos, por lo general, una escasa regulación legislativa.

La jurisprudencia ha debido afrontar la ardua tarea de resolver la inmensa casuística con unos pocos textos en la ley, buscando en muchos casos reglas generales, como las diversas articulaciones del principio de la culpa (directa, indirecta, concurrente, solidaria, etc.), como la determinación de los factores que eliminan la antijuridicidad (causas de justificación, tales como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, el estado de necesidad, todas ellas dentro de sus límites), como la determinación de los hechos que rompen la causalidad, cuando no es la conducta del supuesto autor la causante del daño (sino un factor ajeno a él, como la conducta de la víctima⁶⁵, la de un

tercero o la fuerza mayor) o la ausencia de culpa por caso fortuito⁶⁶.

Las diversas reglas sobre estos temas son resultado de la elaboración jurisprudencial, pues la ley es muy parca al respecto ^{67/}; en palabras de Atilio Alterini y de Roberto López Cabana: “...el Derecho vivo, el que efectivamente aplican los jueces, ya ha incorporado los criterios actuales, aunque las leyes viejas no los hayan contemplado” ^{68/}.

4- Algunas respuestas institucionales

Dentro del cuadro de la defensa de los valores fundamentales de la personalidad dentro de un contexto de solidaridad social, hemos visto el surgimiento de diversos instrumentos institucionales como lo son la socialización de los daños mediante algunos seguros obligatorios ^{69/} las Defensorías

de los Habitantes, las Comisiones de Defensa del Consumidor, el desarrollo de la jurisdicción constitucional y su gran aporte en la tutela de los valores fundamentales de la personalidad, en particular imagen, nombre, honor, intimidad y salud ^{70/}. Mención especial merece, igualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica ^{71/}.

IV. LAS ACCIONES PREVENTIVAS

La toma de conciencia de la irreversibilidad de muchos daños, como el daño a la salud y el daño ambiental ha llevado a la afirmación cada vez más generalizada de la insuficiencia del mero sistema de responsabilidad civil resarcitoria⁷² y a la conciencia de la necesidad de impedir la producción de los daños (y no sólo repararlos una vez producidos),

60 V. BUSNELLI, Francesco Donato, Problemi di inquadramento sistematica del danno alla persona, Rivista critica del Diritto Privado, Anno V, 1, p.29. De conformidad con el artículo 1600 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 el Daño extrapatrimonial comprende el daño al proyecto de vida (equiparable al Daño a la persona de la doctrina peruana y al daño a la salud de la jurisprudencia italiana). Este texto debe entenderse en relación con el artículo 1642-c: -La responsabilidad por daño al proyecto de vida no puede ser excluida no limitada, salvo en los casos en que lo autoriza la ley -. V. tamb. ALTERINI, Atilio y LOPEZ CABANA, Roberto, en Temas de Derecho privado, IV, 93, Buenos Aires, p. 31 y ss.

61 BUSNELLI, Francesco Donato, Responsabilit  per danni. Rivista critica del Diritto Privato, a.II, N  3, setiembre 1984, p. 623.

62 Por ejemplo, en materia de responsabilidad objetiva, la sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis cita al Profesor Atilio Aníbal ALTERINI.

63 En Costa Rica, por ejemplo, a falta de claridad legal, muchas sentencias se basan en doctrina, comprendida la argentina; por ejemplo, el fallo de Casación de la Sala primera de la Corte, N. 61 de 14 horas cincuenta minutos de diecinueve de junio de 1996, cita al maestro Atilio Aníbal ALTERINI. Sería interminable la lista de ejemplos.

64 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit.,p. 17.

65 -Cuando la causa inmediata o determinante de un accidente radica en la imprudencia grave de la víctima o en su negligencia inexcusable, la parte demandada queda exenta de responsabilidad, ya que en uno y otro supuesto es el perjudicado quien ha determinado su propio daño. - Ver Sentencia de Casación N  38 de las 14:30 horas del 27 de marzo de 1991, Costa Rica -. N  15 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas treinta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

66 PUIG PEÑA señala que el caso fortuito -es la ausencia absoluta de la culpabilidad - en materia de responsabilidad civil (Voz -Caso Fortuito -, Nueva Enciclopedia Jurídica [...]) y en términos generales la doctrina coincide en que el caso fortuito exime de responsabilidad. Así, Henri CAPITANT apunta que el caso fortuito es un -acontecimiento debido al azar y que excluye toda culpa por parte del deudor o del autor aparente del daño - (Vocabulario Jurídico [...]). Para Andreas VON THUR el caso fortuito es en la terminología jurídica -todo suceso no culposo - y señala que como el deber de resarcimiento de daños presume fundamentalmente la existencia de una culpa, -los casos fortuitos no dan, en general, base a responsabilidad -, señalando como excepciones aquellas hipótesis en que el deudor puede asumir contractualmente la responsabilidad por los casos fortuitos y otros casos de responsabilidad objetiva que contempla la legislación suiza (Parte General del Derecho Civil, San José Editorial Juricentro, 1977, pág. 115). 1991. Sala Tercera de la Corte núm. 675 de las 16,15 h del 05 de diciembre.

67 ORDOQUI, Gustavo, Derecho Extracontractual, I, Ediciones Amalio Fernández, Montevideo, 1974, p. 57 nos muestra, por ejemplo, como (en Uruguay) ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado las diversas formas de exclusión de la responsabilidad.

68 ALTERINI, Atilio, LOPEZ CABANA, Roberto, En Prólogo al libro Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. VIII.

69 Dirigidos a la socialización de ciertos daños. V. TORREALBA, op.cit., p. 53.

70 V. FERNANDEZ, Aymar , Los valores de la personalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, UCR, San José, 1998

71 V. VENTURA, Manuel, Informes de la Secretaría General. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

72 ZELEDÓN LEPIZ, Ana Karina, Persona y Comunidad en el Derecho Privado de nuestros días: De la prevención a la reparación de daños, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994, BRENES, Tatiana, Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil, Facultad de Derecho, UCR, 1998. AGUILAR VIQUEZ, Irene, CASAFONT VILLALOBOS, Paola, La tutela preventiva de los valores de la personalidad, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994. V. Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros, La Ley, Buenos Aires, Año 1, N.3, junio 1999, p. 210 y KRAUT, Alfredo Jorge, La desprotección de la salud... y la insuficiencia del sistema de responsabilidad civil, En Responsabilidad por daños en el tercero milenio, op. cit., p. 747.

mediante las llamadas acciones inhibitorias. PUGLIATTI, desde hace mucho, había hecho notar que la lesión a los intereses se produce no solamente con el daño actual, sino también con el potencial o peligro⁷³. Todo ser humano potencialmente perjudicado debe tener el poder de reaccionar jurídicamente, con una acción sumaria, contra todo el que lesione su ambiente o lo ponga en riesgo. Cabe destacar el desarrollo de este tema en el Derecho Anglosajón, con la llamada “*injunction*”⁷⁴.

Debe reconocerse el mérito del Código Chileno que establece: “... se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas (art. 2333). “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas será el actor indemnizado de todas las costas de la acción y se le pagará lo que valgan el tiempo perdido y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados” (art. 2334).

Dentro de nuestro sistema romano ya algunos Ordenamientos han dado el paso.

La doctrina peruana es conteste en sostener que en caso de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la personalidad, el Juez puede ordenar la cesación de los hechos potencialmente susceptibles de causar un daño a la persona, o puede ordenar la paralización de la actividad generadora del daño,

siempre que este resulte verosímilmente acreditado, como lo ha propuesto Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO.

En Italia, ya desde 1974 (Génova), 1979 (Pisa) y 1981 (Casación) se introdujo en la jurisprudencia y doctrina la idea de que los daños a la salud deben ser indemnizados adecuadamente, pero, sobre todo, como lo exige Francesco D. BUSNELLI, han de ser prevenidos mediante una estrategia de defensa a ultranza contra toda iniciativa hostil. Estas ideas fueron corroboradas en 1983, por la Sección Segunda de la Suprema Corte italiana, la que afirmó dos proyecciones del derecho al ambiente sano: una indemnizatoria, la otra preventiva. De acuerdo con esta última, el Juez puede inhibir absolutamente la actividad contaminante, o bien, puede ordenar la adopción de las medidas más adecuadas, según las peculiaridades del caso concreto, para reducir las consecuencias del fenómeno a los límites de la tolerabilidad o de la “normal tolerancia”⁷⁵.

La doctrina ha criticado severamente una sentencia napolitana (de febrero de 1983) que consideró prioritaria la producción y permitió la actividad contaminante a cambio de una indemnización. Para BUSNELLI este es un ejemplo de como las argumentaciones jurídicas pueden enmascarar una impotencia de algunos jueces frente a los nuevos problemas.

Otro tema a considerar es la unidad sistemática del fenómeno resarcitorio,

particularmente evidenciada en el Derecho del Consumo (donde no interesa si el damnificado tenía un vínculo contractual)⁷⁶ y la consecuente superación de algunas distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual (salvando algunas diferencias esenciales), en la búsqueda de un régimen unificado⁷⁷.

En relación con los elementos constitutivos de la responsabilidad, en particular la antijuridicidad, cabe plantearse si siempre deberá ser pleno el resarcimiento en algunos casos de las llamadas “causas de justificación”⁷⁸, como lo es el estado de necesidad. En este campo deberá sin duda recordarse la ya mencionada “*Lex Rodia*” (incorporada en el Digesto) y los modernos principios de las Reglas York Amberes en materia de avería gruesa, cuya base es la equidad de la *Lex Mercatoria*, hoy en su reventar universalizante, al punto que se habla de una Nueva *Lex Mercatoria*. También en relación con la an-

tijuridicidad habrá de pasarse del concepto tradicional de lo ilícito como “lo prohibido” a una visión donde lo importante sea la lesión de intereses, el daño de la víctima, en sí mismo contrario a los valores del Ordenamiento⁷⁹. En este punto cabe reconocer otro acierto del proyecto argentino de 1998.

Algunos otros ejemplos de figuras interesantes del Common Law que conviene repensar además de la citada acción inhibitoria (“*injunction*”), son los daños ejemplarizantes (“*punitive damages*”) del Derecho Anglosajón⁸⁰, siendo conscientes de que la función punitiva de la responsabilidad civil no es del todo ajena a nuestro sistema civilista (como lo demuestra la cláusula penal, aunque no haya daño, o como se observa en el campo de la propiedad intelectual, así como con la connotación punitiva de ciertas condenas por daño moral ⁸¹/). Sería importante tomar en consideración las propuestas lanzadas sobre la indemnización

73 PUGLIATTI, Responsabilità Civile, op. cit., p. 52.
74 V. DONALDSON, James, Casualty Claim practice. Irwin, Illinois, 1984, p. 16. STIGLITZ, La Responsabilidad civil, op. cit., p. 86.
75 Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por el daño ambiental, op. cit., p. 181.

76 BANCHIO, Enrique Carlos, Principales reformas introducidas en materia de responsabilidad civil. En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 95 YZQUIERDO Tolsada, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea) En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 105. y TORREALBA, op.cit., p. 119
77 V. GOLDENBERG, Isidoro en temas de Derecho Privado, XII, Buenos Aires, 1999, p. 37 y 38.
78 Sobre el resarcimiento equitativo en estos casos v. PUGLIATTI, Responsabilità Civile, op. cit., p 78. GESUALDI, MARIANA, De la antijuridicidad a las causas de justificación, en Responsabilidad por daños en el tercero milenio, op. cit., p. 151.
79 LOPEZ CABANA, Roberto M. Ilícitud, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 156.
80 Injunction: “A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or injury. A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of an action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding tha latter from doing some act which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately rederessed by an action at law. - BLACK’s Law Dictionary. V. HINES CÉSPEDES, César. Virtudes y desafíos de la jurisprudencia de la Sala Primera. Revista Judicial, 101, septiembre 2011.
81 TORREALBA, Responsabilidad Civil , op.cit.,p.41

punitiva⁸² por su función preventiva y ejemplarizante. En ninguna de nuestras leyes aparece tal concepto, por lo que el juez no puede imponer actualmente este tipo de indemnización.

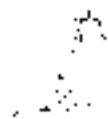
Podríamos, a lo expuesto, agregar una lista interminable de daños de nuestro tiempo, como lo serían los que son resultado de actividades turísticas peligrosas ⁸³, o de actividades deportivas, o los que generan responsabilidad profesional y muchos más.

El proceso de transformación constante de la realidad pronto nos mostrará otros. Por esta razón una nueva normativa no puede ser casuística, sino de principios.

De lo contrario quedaría rezagada al día siguiente de su promulgación. Es en la búsqueda orientadora de estos principios que se encuentran nuestra responsabilidad como juristas, si es que queremos seguir siendo protagonistas (y no meros espectadores) de las transformaciones.

82 ZAVALA-GONZALEZ, Indemnización punitiva, En Responsabilidad por daños en el tercer milenio, op. cit., p. 188 y ss. PIZARRO, Temas de Derecho Privado, Buenos Aires, 1999, p. 49 PUNITIVE DAMAGES: "Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct of the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong; or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called "punitive" or "punitory" damages or "vindictive" damages." BLACKS' LAW DICTIONARY.

83 Sobre el tema: CARRANZA KOPPER, Esteban., Responsabilidad Civil y Penal en Turismo Aventura. Tesis, U.C.R., San José, 2007.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 39448