

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 114**

**Diciembre 2014**

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 .....	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
ARBITRIO PERICIAL Y ARBITRAJE TÉCNICO .....	9
Dr. Roberto Yglesias Mora	
RIESGO LABORAL IN ITINERE EN LA DOCTRINA .....	17
Dra. Ma. Del Rocío Carro Hernández	
M.Sc Mg. Gabriel Espinoza C	
LA PRESCRIPCIÓN EN LOS TÍTULOS CAMBIARIOS ¿EXCEPCIÓN PERSONAL O EXCEPCIÓN REAL? .....	37
Dra. Melissa Rottier Salguero	
DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	53
M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños	
(IN)-JUSTIFICACIONES CONSTITUCIONALES QUE HAN PERMITIDO REGRESIONES AMBIENTALES .....	65
M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez	
LOS OTROS MODOS DE TERMINACIÓN DE LA QUIEBRA.....	99
M.Sc. Luis Albán Arias Sosa	
LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: ALCANCES Y PERSPECTIVAS.....	125
Lic. Federico Torrealba Navas	
EL REENVÍO DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS .....	145
A propósito de una mala práctica judicial	
Lic. Alberto Fernández López	
EL ELEMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD DE SOBRESERIMIENTO DEFINITIVO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE .....	163
Licda. Clarita Picado Pomart	
Lic. Javier Madrigal Navarro	
LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y TÍTULOS HABILITANTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE .....	181
Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón	
Lic. José Francisco Monge Fonseca	

## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

En esta entrega, la Revista Judicial ofrece colaboraciones sobre Arbitraje (arbitraje técnico), Derecho del Trabajo (riesgo *in itinere*), Prescripción (de títulos cambiarios), Derechos Fundamentales, Derecho Ambiental (Principio de no regresión), Quiebras, Garantías Mobiliarias, Derecho Procesal Penal (solicitudes de sobreseimiento definitivo) y Telecomunicaciones (títulos habilitantes).

El Dr. Roberto Yglesias Mora, Profesor de la Universidad de Costa Rica y Árbitro de diversos centros, nos brinda ARBITRIO PERICIAL Y ARBITRAJE TÉCNICO, un ensayo sobre la necesidad e importancia de identificar una modalidad arbitral, que bien se podría denominar arbitraje técnico o arbitraje de construcción, por ser este su principal manifestación. Su objetivo es señalar y advertir sobre la existencia de otros mecanismos paralelos o similares que no deben ser confundidos con esa modalidad arbitral, como son el llamado arbitrio de un tercero y las opiniones técnicas periciales. El autor propone formular un marco conceptual teórico jurídico que permitan caracterizarlos y distinguirlos del arbitraje técnico.

La Dra. Ma. Del Rocío Carro Hernández, Doctora en Derecho Del Trabajo, Università degli Studi di Pisa y Mg. Gabriel Espinoza C., Máster en Asesoría Jurídica de Empresa, Universidad Carlos III de Madrid, aportan

su trabajo titulado **RIESGO LABORAL *IN ITINERE EN LA DOCTRINA***. La importancia del tema radica en que el accidente *in itinere* sigue siendo uno de los institutos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que presenta mayores dificultades para su estudio y entendimiento, sobre todo debido al universo de hipótesis que son cubiertas por éste concepto, de ahí que un análisis detallado de su regulación deviene en imprescindible. El presente artículo responde a varios interrogantes de importancia: 1) ¿Qué es el riesgo *in itinere*?; 2) ¿Cómo se encuentra regulado en Costa Rica?; y 3) ¿Cuál ha sido la posición de los órganos jurisdiccionales con respecto a éste?

La Dra. Melissa Rottier Salguero, Profesora de la Universidad de Costa Rica, en materia de títulos valores, participa con **LA PRESCRIPCIÓN EN LOS TÍTULOS CAMBIARIOS ¿EXCEPCIÓN PERSONAL O EXCEPCIÓN REAL?** Ella discute la naturaleza de la prescripción como excepción real o personal, tomando en cuenta, los principios que gobiernan la materia y denuncia la falta de regulación en la legislación nacional. En su opinión, la excepción de prescripción tiene una naturaleza dual: por tanto podrá ser excepción real o excepción personal dependiendo del obligado cambiario que la oponga y de la situación fáctica en concreto. Lo anterior porque –sostiene–: “i) no podemos negar el carácter real (objetivo) cuando dicha

excepción la interpone el librado aceptante y no consta ningún acuerdo personal entre éste y el acreedor (la prescripción se obtiene de la lectura del título); ii) no podemos negar el carácter real (subjetivo) cuando dicha excepción es interpuesta por el librado aceptante, pero existen acuerdos personales entre el acreedor y otros obligados cambiarios que modifican cláusulas que impactan el plazo de prescripción y; iii) no le podemos negar el carácter personal en presencia de un acuerdo personal extra-cartular entre un obligado cambiario (incluyéndose el librado aceptante) y un acreedor, ya que sólo aquél obligado cambiario que pactó el acuerdo podrá oponer a aquél acreedor con quien lo realizó la excepción de prescripción”.

Desarrollo Histórico de los Derechos Fundamentales se titula el trabajo del M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños, Profesor de la Universidad de Costa Rica, relativo al reconocimiento de estos derechos a través de la historia y a las diversas fundamentaciones que se les han dado; reconoce que el lusnaturalismo les ha dado un fundamento importante; sostiene que la protección de los derechos fundamentales se encuentra en la existencia de principios jurídicos vinculantes para toda la comunidad internacional, a través de los diferentes instrumentos jurídicos y tratados internacionales. Menciona también la existencia de una moral colectiva internacional como fuerza vinculante en la realización de los valores y principios rectores de los derechos fundamentales consagrados en estos instrumentos internacionales.

El M.Sc. en Derecho Ambiental Álvaro Sagot Rodríguez participa con su ensayo crítico (In)-justificaciones constitucionales que han permitido regresiones ambientales. En él se refiere al principio de no regresión en materia

ambiental, que genera un blindaje a nuestro Ordenamiento Jurídico para no permitir que se promulguen nuevas normas, o interpretaciones de ellas, que lleven a retrocesos en los logros alcanzados en relación con la protección de la biodiversidad y los derechos asociados a su tutela. A su parecer, si bien el artículo 50 constitucional es de redacción limitada, ha servido para que la Sala haya dispuesto que esa norma comprende el derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente, el derecho al aire y el derecho a la evitación de la contaminación. También se ha reconocido el principio precautorio preventivo, el de progresividad, el de que quien contamina paga y otros más, hasta el más moderno principio de no regresión. Finalmente, el autor nos alerta sobre algunos casos particulares donde, en opinión, se nota el cambio de timón que evidencia regresiones de parte de los más llamados a defender los derechos humanos de tercera generación.

El M.Sc. Luis Albán Arias Sosa nos brinda LOS OTROS MODOS DE TERMINACIÓN DE LA QUIEBRA. Su estudio se propone explicar los modos singulares de finalizar anormalmente el proceso, exponer en qué consisten las modalidades extintivas anormales que se vinculan estrechamente a los acreedores, reseñar el desarrollo de las operaciones liquidadoras preliminares e indicar la manera en que se procura cumplir con las deudas del quebrado. Nos aclara que no es con la realización de los bienes que termina la quiebra sino que, salvo los casos anormales, el proceso acaba con el pago.

De acuerdo con la probabilidad de reabrir la quiebra, clasifica las modalidades extintivas en provisionales y definitivas También las clasifican, en normales y anormales, según que agoten el proceso, o corten su desarrollo natural.

Del Lic. Federico Torrealba Navas, Profesor de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica, publicamos la conferencia dictada el día 26 de agosto de 2014, en el marco del Simposio Internacional de Garantías Mobiliarias, organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, titulada La Ley de Garantías Mobiliarias: Alcances y perspectivas. En opinión del autor se trata de algunas de las reflexiones y conclusiones – hasta ahora muy provisionales–. Considera que se hace imperativo revisar y poner al día la legislación patria sobre procedimientos concursales curativos. Esa legislación es el complemento ideal que merece nuestra nueva Ley de Garantías Mobiliarias.

El Lic. Alberto Fernández López, Abogado y Arbitro, Socio de CJA Abogados, colabora con EL REENVIO DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS, artículo crítico que se basa en la conferencia impartida en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje celebrado en San José en setiembre del 2013. Como premisa de su argumentación, nos explica que el arbitraje no tiende a resolver controversias de interés público, sino que trata de resolver conflictos privados, de materia patrimonial y de libre disposición por los particulares, conforme un procedimiento regido por la voluntad de las partes, no por la voluntad del Estado o de los Jueces del Estado, quienes –en su opinión– no deben interferir o intervenir más allá de lo que la propia normativa especial de arbitraje permite. En su criterio, el reenvío y la ampliación del plazo para laudar reflejan una intromisión indebida, desmedida y carente de fundamento jurídico en el arbitraje, por ser una práctica ajena al proceso arbitral, donde un Poder del Estado es quien impone plazos y criterios al tribunal arbitral para que emita el laudo, obviando que la esencia del arbitraje está en la voluntad de las partes.

La Licenciada Clarita Picado Pomart y el Licenciado Javier Madrigal Navarro, en EL ELEMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE, nos aportan una referencia práctica para el diseño y la redacción de las solicitudes de sobreseimiento definitivo acorde con el ordenamiento jurídico costarricense. Aconsejan diciendo que es importante que, aunque la relación de hechos tenga la forma de imputación del verbo rector del tipo penal, ésta sea elaborada bajo un concepto objetivo, formal y descriptivo por parte del órgano fiscal. Advierten que se ha de tener en cuenta que no es posible, en la confección de una solicitud de sobreseimiento, una relación de hechos configurada de manera negativa o no imputativa, pues dicha relación de hechos no podría analizarse, bajo el criterio de un juzgador, como una acción de lo penalmente relevante. Indican que la relación de hechos tampoco puede referirse solamente a hechos probados, pues una relación de hechos elaborada de dicha manera no permitiría al juez identificar la existencia de un daño particular o social de conformidad al artículo 28 Constitucional (principio de lesividad) y en garantía también de los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, los cuales son los ejes principales de todo sistema democrático y social de Derecho.

LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y TÍTULOS HABILITANTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE es el documento elaborado en coautoría por la Licenciada Jennifer Isabel Arroyo Chacón y el Licenciado José Francisco Monge Fonseca. Este estudio explica los avances alcanzados en materia de regulación de las

telecomunicaciones en Costa Rica y plantea para futuras discusiones aquellos aspectos que aún están pendientes de resolver por los actores que participan en este proceso. En este trabajo se desarrollan aspectos tales como la regulación de telecomunicaciones en Costa Rica (a partir de la nueva normativa aprobada así como su impacto en el marco jurídico vigente), los títulos habilitantes (tales como la concesión, la autorización y el permiso), el procedimiento necesario para adquirir el derecho de explotar el espectro radioeléctrico en el país; incluye la

descripción del nuevo régimen aplicable a los servicios de radio y televisión, los derechos y obligaciones de los operadores de redes de telecomunicaciones y la situación actual de las redes de telecomunicaciones. Finalmente, concluyen afirmando que la materia está apenas en construcción, de tal manera, que el objetivo no es agotarla, por lo que se proponen exponer los avances alcanzados hasta la fecha y dejar planteados los aspectos que deben ser objeto de discusión y estudio de parte de todas las partes involucradas.

## ARBITRIO PERICIAL Y ARBITRAJE TÉCNICO

*Dr. Roberto Yglesias Mora*

### **I.) Introducción.**

Luego de una experiencia de aproximadamente quince años de los centros arbitrales nacionales, se ha ido tomando conciencia sobre la necesidad e importancia de identificar una modalidad arbitral que bien se podría denominar como arbitraje técnico o como arbitraje de construcción, por ser este la principal manifestación del arbitraje técnico. Esta modalidad arbitral, se ha ido separando paulatinamente tanto en lo conceptual como en la práctica, del tradicionalmente llamado arbitraje de equidad, cuya naturaleza y alcances no guarda adecuada correspondencia con las características propias y requerimientos del arbitraje técnico moderno. El objetivo primario de este ensayo, es, no obstante, señalar y advertir sobre otros mecanismos paralelos o similares que no deben ser confundidos con esa modalidad arbitral, como es el llamado arbitrio de un tercero y las opiniones técnicas periciales. Nos proponemos formular un marco conceptual teórico jurídico que permitan caracterizarlas y distinguir las del llamado arbitraje técnico.

### **II.) El arbitrio pericial.**

Esta modalidad de participación de terceros expertos, refiere a situaciones en que por ley o por decisión de las partes de un contrato, se requiere completar o integrar el contrato

con una actuación, opinión o declaración técnica de un perito. Al efecto se observan diversas regulaciones legales que señalan tales intervenciones en distintos momentos y situaciones de la contratación, que no obstante no llegan a equipararse, como regla de principio, a una decisión jurisdiccional. Veamos algunas de ellas:

- A.) En el Código Civil encontramos al menos las siguientes funciones asignadas a un experto o perito:
  - 1.) En el artículo 1057, se permite que en la compraventa se pacte que uno o más terceros sean quienes fijen el precio. Se debe asumir desde luego, que se trata de terceros conocedores de la materia. Estamos ante una figura antigua, aplicada desde el Derecho romano y reconocida en el Derecho moderno comparado. Parte de la doctrina estima que la fijación del precio por un tercero, constituye una condición al negocio jurídico, que impide su perfeccionamiento hasta que se cumpla y ese es el espíritu que presenta en nuestra legislación civil común.
  - 2.) El artículo 1142, estipula que en caso de duda en el precio del arrendamiento de una cosa, se acudirá a una estimación que harán peritos. Se trata de otra figura similar, también de origen histórico aplicable en este caso al precio del

arriendo y que también le da una función particular a un tercero, cuya declaración o dictamen, permite perfeccionar un negocio jurídico, en este caso un arrendamiento.

La norma hace alusión más que a diferencias de fondo, a imprecisiones sobre el precio del arrendamiento de una cosa. Es evidente que no estamos aquí ante un verdadero conflicto entre las partes, sino ante una situación de incerteza en un monto, a resolver mediante una estimación pericial. Tal es el propósito de esa normativa.

- 3.) El artículo 1193 ibidem, dispone que cuando se conviene que una obra ha de hacerse a satisfacción del propietario o de otra persona, se entiende reservada la aprobación a juicio de peritos. Es otro caso clásico, de especial importancia para nuestro estudio. Hay aquí una referencia directa al concepto de "juicio de peritos", frase que por ambigua, se presta a confusión: En efecto, nuestra legislación procesal civil dedica un capítulo al llamado juicio pericial (arts. 530 a 533 CPC). Este procedimiento presenta hoy especial relevancia, por su renovado potencial, según explicamos más adelante.
- B.) Por su parte, el Código de Comercio contiene varias disposiciones relativas a la intervención de un perito como tercero neutral:
- 1.) En su artículo 32 bis, que regula el derecho de retiro o receso de la sociedad, se señala un derecho al reembolso del valor de las acciones conforme a una estimación pericial;

- 2.) Especial mención requiere el artículo 88, cuando regula la creación de un tribunal tripartito independiente, para resolver sobre el rechazo a la incorporación de herederos o legatarios de un socio en una sociedad de responsabilidad limitada. Esta figura sui generis quedó sin regular adecuadamente, aunque de su letra se desprende que el espíritu del legislador fue autorizar la creación de una especie de Tribunal integrado por personas familiarizadas con la materia y que dictarían un fallo, que en principio se podría considerar como un laudo en equidad, ex aquo et bono, propio de un arbitraje de equidad.
- 3.) ARTÍCULO 276, INCISOG), ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL PORTEADOR DE INDEMNIZAR AL CARGADOR POR RETARDO IMPUTABLE DEL PRIMERO. EL MONTO SE ESTABLECERÁ POR MEDIO DE UN PERITO, MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.
- 4.) ARTÍCULO 336, INCISO I), DISPONE QUE EL PORTEADOR TIENE DERECHO A QUE SE VENDA LA MERCADERÍA NO RETIRADA PREVIO AVALÚO DE UN PERITO NOMBRADO POR UN JUEZ MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA;
- 5.) ARTÍCULO 547, EN EL CASO DE BIENES DADOS EN PRENDA QUE SUFRAN DAÑOS, EL ACREEDOR PUEDE PEDIRLE AL JUEZ MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, QUE SE DESIGNE A UN PERITO PARA QUE EXAMINE EL ESTADO DE LOS BIENES..

**Comentario:** En ninguno de esos casos, con la salvedad del caso del artículo 88 del Código de Comercio, la función o arbitrio del perito está concebida para desarrollarse como un proceso jurisdiccional o litigio. Se trata de intervenciones para dar una opinión técnica, para lo que no se requiere de un proceso, ni judicial ni arbitral, sino únicamente de un trámite para emitir un dictamen, un criterio, o lo que es lo mismo "un juicio" de valor o un "arbitrio", producto de la actividad mental del perito. He ahí uno de los errores de interpretación más frecuentes acerca de la naturaleza jurídica del llamado "juicio de peritos" y que se puede confundir con un litigio y en particular con el llamado "juicio pericial" contemplado en nuestra legislación procesal civil.

Desde un punto de vista histórico, así como desde uno lógico-racional, el "juicio de peritos" en análisis, no corresponde con un proceso en su sentido técnico formal, sino con una valoración o arbitrio pericial que exige el derecho sustantivo para ciertos casos, a fin de permitir la finalización o perfeccionamiento de determinadas relaciones jurídicas o la verificación del cumplimiento de su objeto. No se estaría ante un litigio y ni siquiera, necesariamente, ante una diferencia entre las partes del contrato, sino solamente frente a una etapa más en su constitución, ejecución o cumplimiento. Eventualmente se podría estar frente a diferencias entre las partes del contrato relativas a algunos de los aspectos contractuales sobre los que se debe emitir el juicio de valor pericial. Aún en esa eventualidad no se debe descartar que

una diferencia no es automáticamente un conflicto real, y para resolverla se acudiría al tercero experto neutral y no un juez o árbitro. El conflicto surgiría a posteriori, si el criterio pericial no es aceptado por alguna de las partes. Esta sería la cronología esperada y normal de los acontecimientos, que nos permite comprender mejor que una cosa es un criterio técnico emitido en el marco de un contrato y otra, un fallo o laudo técnico, posterior al contrato y fruto de un proceso o litigio, judicial o arbitral.

### **III.) Origen Histórico del Arbitrio Pericial**

En las fuentes históricas, la función del perito como tercero a las partes de un negocio jurídico, se conoció como el "arbitrium merum" o el "arbitrium boni viri", que significa arbitrio justo y equitativo. En el derecho justineano se recogen estas figuras, requiriéndose la estimación del tercero para perfeccionar el contrato de compraventa, bajo pena de nulidad (Cód. 4,38, Const.15). En las Institutas también se recoge el "arbitrium" de un tercero (Inst. Libro III, Tit. 23). Por su parte el derecho feudal recogió esta tradición jurídica, como fue el caso de la Ley de las Partidas (partida 5ta, tít. 5, ley 9). En este contexto se denominó a dicho tercero como "arbitrador"<sup>1</sup>, lo que no debe llevar a confusión con las funciones actuales del árbitro, aún en el caso del llamado árbitro de equidad. El derecho moderno calificó a la figura como el "arbitrio de un tercero"<sup>2</sup>, y que como se observó supra, ha sido recogida

1 LOPEZ, G., Glosa a las Siete Partidas, Madrid.

2 DIEZ PICAZO, L. y otro El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch, Barcelona. 1957.

tanto en la legislación civil como en la mercantil.

Se hace así evidente, que la naturaleza del llamado "juicio de peritos" de nuestra legislación sustantiva, asume la condición de un dictamen de valor, de una declaración de conocimiento, de ciencia y no de un proceso o litigio, cuya naturaleza jurídica será obligacional y no jurisdiccional.

#### IV.) El arbitrio pericial y el movimiento RAC.

Dentro del movimiento de resolución alterna de conflictos, podemos asociar a dicho tercero pericial, con varias figuras conocidas como la opinión experta de un tercero neutral y de último ha llegado la novedosa figura de los paneles de expertos o "dispute boards" en materia de obras de ingeniería y construcción, que intervienen con mucha amplitud en los procesos constructivos para emitir criterios técnicos, buscando solucionar los problemas que se suscitan durante el desarrollo de las obras y que deben ser acatados por las partes, como regla de principio. Tal mecanismo ha tenido buena aceptación a nivel internacional y pronto será introducido en el medio nacional de la construcción, con auspicio del CFIA.

Los paneles de disputas -que se establecen vía contractual-, constituyen una sofisticada y moderna herramienta para conocer, valorar y resolver in situ, diferencias y problemas durante la construcción de una obra, de modo que minimicen su impacto en su desarrollo y que dependiendo de la modalidad del panel, su decisión será

vinculante y de acatamiento obligatorio para las partes. A nivel internacional sería hoy extraño que grandes obras no cuenten con estos servicios profesionales y periciales, que han sido de gran utilidad en proyectos como la ampliación del canal de Panamá y en construcción de hidroeléctricas<sup>3</sup>.

Nuestro criterio es que los "dispute boards", no son sino una evolución de la figura tradicional del derecho civil y mercantil del arbitrio de un tercero, ampliando su rango de acción, sin duda muy cercano al supuesto legal del experto a cargo de verificar la calidad de la obra contratada. Se puede por tanto estimar, que los paneles de expertos, encuentran un sustento legal en la normativa vigente supraindicada, y en el principio de libertad contractual, que sería en todo caso suficiente para darles fundamento jurídico legal. De igual modo, dicha normativa legal, da fundamento para que los centros arbitrales formulen aplicaciones y desarrollos para administrar, de opinión pericial neutral, como un servicio específico de Rac, previa reglamentación y autorización de la Dinarac.

#### V.) *El Juicio Pericial del CPC.*

A.) Muchos estudiosos del derecho arbitral y procesal, llama la atención el procedimiento conocido como "juicio pericial", mecanismo procesal cuya utilidad no es clara y por ende, no ha tenido mayor aplicación práctica. Se encuentra regulado en los artículos 530 a 533 del Código Procesal Civil vigente, normativa que no fue derogada por la Ley RAC #7727, pese a que sí derogó

todo el capítulo sobre arbitraje del CPC. Hay quienes sostienen que insistido en señalar que la finalidad de este juicio pericial, es conocer sobre situaciones de hecho muy concretas o específicas y no sobre aspectos de derecho, que son propios del arbitraje de derecho.

Todo apunta a que el legislador patrio introdujo un denominado juicio pericial con naturaleza de verdadero litigio, sobre la base de circunstancias e imprecisiones en un contrato, que no califican como un conflicto real, según se explicó supra (art. 530 CPC). He aquí el dilema de este mecanismo procesal. Esa inconsistencia así vista, podría restarle propósito y funcionalidad a esa normativa; empero, pese a lo anterior, surge la interrogante si dicha normativa pudiera tener otras aplicaciones útiles. Creemos que sí es posible.

- B.) Cabe considerar en primer término, que la línea divisoria entre una diferencia no sustancial a dirimir por un perito, y un verdadero conflicto entre las partes sobre los referidos extremos, puede llegar a ser sutil y una incertidumbre contractual en el precio de una cosa o en la calidad de la obra construida, se puede convertir en una diferencia sustancial. En este caso surge el conflicto real. Evidentemente, aquí se abriría el camino a un proceso contradictorio y a una decisión jurisdiccional. En ese contexto cabría acudir el denominado "juicio pericial" del CPC, como proceso legal contradictorio.
- C.) Ahora bien, si la diferencia entre las partes de un contrato de obra no exige un litigio sino una opinión integrativa experta, no encontramos un motivo suficiente, ni legal impeditivo, para que

las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan resolver la incerteza o divergencia no conflictual, por la vía de un proceso técnico jurisdiccional, para lo que también resulta idóneo el juicio pericial del CPC, que asume la condición de verdadero proceso arbitral jurisdiccional, en la modalidad de técnico y con la ventaja de ser abreviado. Las partes son libres para ello y en decidir si optan por esa fórmula que culmina en un ágil laudo simplificado y ejecutivo, para completar su relación contractual o para verificar la calidad del trabajo realizado, obteniéndose una cosa juzgada material. Aunque el arbitraje tenga ese especial propósito, ello no obsta para que las partes acudan a él, en particular si es rápido y sencillo de laudar. La anterior tesis se ve confirmada por la legislación vigente sobre expropiaciones, que autoriza que el monto de una expropiación sea establecido por medio del referido juicio pericial del CPC. Aquí se confirma que -pese a que la diferencia no sea por el fondo de la expropiación, sino solo en cuanto al valor objetivo de la cosa a expropiar-, es factible recurrir al indicado proceso arbitral técnico.

- D.) No parece factible interpretar en forma extensiva el artículo 530 CPC, de modo que pudiese interpretarse que diferencias de naturaleza jurídico legal pudiesen ser debatidas y resueltas por ejemplo, por un árbitro experto legal. De conformidad con el artículo 533 CPC, el laudo simplificado que se dicte en estos casos, no requiere de fundamentación, lo que es contrario a la esencia del laudo arbitral en derecho. Evidentemente, el alcance de este mini arbitraje, se limita a cuestiones técnicas y a la estimación de una cosa o derecho.

3 La CCI lo mismo que la FIDIC, cuentan con modernos reglamentos operativos de Dispute Boards.

## VI.) Procedimiento del juicio pericial.

El juicio pericial del CPC, constituye un verdadero proceso arbitral solo que abreviado y para conocer únicamente de los aspectos técnicos y de valoración supraindicados, de modo que constituye una modalidad arbitral basada en la ciencia y en la técnica, separándose conceptualmente del arbitraje *ex aequo et bono*, o arbitraje basado en la equidad, la conciencia y la buena fe, que no exige la presencia de árbitros técnicos, sino que cualquiera, en principio, podría ser árbitro y fallar de acuerdo a su leal saber y entender (vid. art. 20 de la Ley RAC).

Interesa ahora considerar el procedimiento dispuesto al efecto por el CPC.

**Art. 531 CPC.** La formación del Tribunal pericial se basa en un acuerdo libre entre las partes. Es posible que Tribunal sea unipersonal o de más peritos, pero lo recomendable en este caso que sean tres o más, siempre que sea impar. Salvo acuerdo en contrario, se designará un solo perito (art. 532 CPC). Las partes deben convenir en dicha integración, preferiblemente al pactarse el acuerdo arbitral. El Código emplea un lenguaje superado al referirse al "compromiso", indicando que bastará la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral y no es necesario el compromiso, que antiguamente se requería para activar la cláusula arbitral. Como es sabido, la ley RAC eliminó tal distinción y esa terminología.

Dispone la norma de comentario, que el perito o peritos se sujetarán a las formalidades que acuerden las partes, o que determine la ley en cada caso. En ese sentido las partes tienen

plena libertad y disposición para definir el objeto de la pericia, así como el mecanismo o procedimiento debido para que se produzca, sin requerir de intervención judicial. No procede exigir la realización de un debido proceso arbitral pleno conforme a la ley #7727, pues este tipo de procesos está previsto para situaciones distintas, con problemas jurídicos complejos. Ciertamente se deberá cumplir con un mínimo contenido que garantice el debido proceso. Al no estar previsto el detalle del procedimiento, las partes deberán acordarlo desde el pacto arbitral o en forma sucesiva, cuando surja la necesidad de arbitrar la solución al diferendo. Si las partes no logran convenir el procedimiento, se presenta una laguna en la normativa del CPC; interpretar que se aplica entonces el procedimiento de la ley Rac, desvirtuaría la naturaleza de este arbitraje, como proceso sumario y con un laudo simplificado. Una solución sería que los centros arbitrales reglamenten estos procesos técnicos sumarios, con la venia de la Dinara.

**Art. 532 CPC.** Si las partes no logran convenir en el procedimiento para designar al perito, se aplicará lo establecido para la designación de un perito judicial en el proceso ordinario. Actualmente sería de aplicación complementaria el Reglamento interno del Poder Judicial existente para tales nombramientos.

Esta norma, infine, prescribe, que si el nombrado no acepta el cargo en el plazo fijado "por el juzgador", se considerará que no acepta el cargo. Resulta contradictoria esta disposición con la facultad de las partes de establecer los procedimientos, lo que incluye el plazo para la aceptación del perito. En ese sentido debería privar la voluntad de las partes y el plazo que las partes acuerden. Más aún, "el juzgador" en este caso es el

perito árbitro y no el juez judicial, siendo un error y contrasentido calificar a la autoridad judicial como "juzgador", por ignorarse con ello el rol que asume el perito en este proceso.

En nuestro criterio, la figura y función de la autoridad judicial en estos casos, es meramente instrumental y de asistencia y no de intervención activa, ni para emitir juzgamientos.

### Art. 533 CPC.

1. Se menciona en esta disposición que los peritos procederán como árbitros de equidad, y su decisión tendrá la autoridad y eficacia de cosa juzgada material, de modo que representa un verdadero laudo con carácter ejecutivo y ejecutable, se indica, por la vía de ejecución de sentencia. A diferencia de los laudos en equidad, el laudo técnico, no requiere ser fundamentado y así lo autoriza esta disposición legal, lo que constituye una característica y atractivo particulares de este proceso. El artículo 58 infine de la ley Rac, establece que los laudos arbitrales serán siempre motivados, salvo si las partes convengan en que no lo sea. Empero, el laudo en derecho, se advierte, deberá ser siempre motivado. He aquí una diferencia a destacar entre el laudo técnico del CPC y el laudo de equidad de la Ley Rac.

Por lo demás se advierte que el perito árbitro deberá fallar dentro del plazo convenido, pasado el cual "perderá su jurisdicción", lo que confirma que es él y no el juez regular quien ejerce la jurisdicción del caso.

En el párrafo final se alude a que "El juzgador no ordenará el pago de honorarios antes de que se haya ejecutado el dictamen si a su juicio se requiriera para ello la intervención de los peritos".

Esta disposición califica indebidamente al laudo arbitral como un dictamen pericial, referencia antitécnica, que más parece aludir al ya referido supuesto del arbitrio pericial no litigioso, en el que se rinde un dictamen no ejecutivo y no una sentencia. Sujetar el pago de los honorarios arbitrales a la ejecución del laudo, no es razonable puesto que ya el Tribunal pericial arbitral concluyó su labor al rendir el laudo y este es ejecutable por la vía de ejecución judicial y no por medio de los árbitros peritos, quienes además ya habrían perdido su jurisdicción.

Finalmente, surge la cuestión acerca de si es factible y legal que el referido juicio pericial o arbitraje técnico abreviado, pueda ser tramitado ante una institución arbitral privada. La respuesta afirmativa se debe imponer, considerando que la labor asignada por el CPC al juez judicial es meramente instrumental y no jurisdiccional por ostentarla el perito, gozando actualmente los centros institucionales de capacidad y legitimación legal para administrar dichos procesos técnicos arbitrales y cumplir cabalmente las mismas funciones de asistencia que se le asignan a la autoridad judicial en el CPC y aún más allá de eso. No se observa ninguna razón legal o motivo real que constituya un impedimento para ello, si el centro arbitral ha sido autorizado para administrar procesos arbitrales y cuenta con la respectiva reglamentación.

## RIESGO LABORAL IN ITINERE EN LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

*Dra. Ma. Del Rocío Carro Hdez.\**  
*Mg. Gabriel Espinoza C.\*\**

### *I. Introducción*

Partiendo de la definición legal, se conoce como accidente de trabajo todo aquel infortunio que se le suceda al trabajador como causa de la labor que ejecuta o como consecuencia de ésta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o sus representantes y que puede tener como consecuencia la muerte, pérdida o reducción, temporal o permanente de la capacidad para el trabajo.<sup>1</sup>

Esta definición lleva consigo una serie de supuestos, los cuales deben darse para la debida configuración de un accidente de trabajo. Estos pueden definirse como un elemento causal (el accidente debe darse como causa o consecuencia de la labor que ejecuta), un elemento temporal (durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o representantes de este), un elemento subjetivo (la existencia de una relación laboral basada en un contrato de trabajo por cuenta ajena) y un elemento objetivo (el trabajador debe sufrir muerte,

pérdida o reducción, temporal o permanente de su capacidad para ejecutar su trabajo).

En el campo de los riesgos del trabajo, trasciende por sus particularidades el ya conocido accidente “in itinere”. La legislación costarricense no es omisa al regularlo y por su parte, la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado en múltiples ocasiones la normativa.

Sin embargo, el accidente in itinere sigue siendo uno de los institutos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que presenta mayores dificultades para su estudio y entendimiento, sobre todo debido al universo de hipótesis que son cubiertas por éste concepto, de ahí que un análisis detallado de su regulación deviene en imprescindible.

Por lo tanto, el presente artículo intentará responder a una serie de interrogantes de importancia: 1) ¿Qué es el riesgo in itinere? ; 2) ¿Cómo se encuentra regulado en Costa Rica?; y 3) ¿Cuál ha sido la posición de los órganos jurisdiccionales con respecto a éste?

\* Doctora en Derecho Del Trabajo. Università degli Studi di Pisa.

\*\* Máster en Asesoría Jurídica de Empresas. Universidad Carlos III de Madrid.

1 Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 196.

## II. El Riesgo Laboral In Itinere en la Doctrina

Tratándose del estudio del riesgo in itinere, más que iniciar directamente con las diversas definiciones propuestas por la doctrina, interesa exponer el criterio del Tribunal Supremo Español (citado por **SEMPERE NAVARRO** y **FERNÁNDEZ ORRICO**), en su sentencia del 28 de diciembre de 1962, mediante el cual atinadamente expresaba cómo el accidente in itinere “(...) *no es una teoría rígida e inmutable, sino flexible y evolutiva, pues ha de moldearse sobre realidades en constante mutación.*” En este sentido, para **SEMPERE NAVARRO** y **FERNÁNDEZ ORRICO**, cambios en lo social, la evolución de la tecnología que trae consigo la aparición de nuevos medios de transporte, el desarrollo de nuevas profesiones, etc., implican necesariamente la revisión constante del concepto de accidente in itinere.<sup>2</sup>

Teniendo tal panorama en mente, bajo la idea de que el riesgo de trabajo in itinere no puede ni debe ser encuadrado en situaciones fácticas exactas, ha de exponerse el criterio del maestro **CABANELLAS**, quien en su libro Derecho de los Riesgos de Trabajo indica que el accidente in itinere es aquel “(...) *que le sobreviene al trabajador en el trayecto de su domicilio al lugar de ejecución de un trabajo y viceversa, siempre que exista relación con el vínculo que le une al patrono y no constituya un riesgo genérico a que se*

*encuentra expuesto cualquier otra persona, por causa o motivo de la vida en comunidad.*”<sup>3</sup>

La distinción con el riesgo de trabajo es clara: este accidente sucede afuera del lugar de trabajo y cuando no se está dando una prestación efectiva de las labores. **RUPRECHT**, citado por **CABANELLAS**<sup>4</sup>, señala que el accidente in itinere debe ser indemnizable, aún cuando se da en tales circunstancias debido a que:

- 1) La responsabilidad por el accidente de trabajo tiene un fundamento social y por lo tanto debe ser interpretado ampliamente;
- 2) Los accidentes in itinere se producen por motivo del trabajo, ya que si el trabajador no hubiese concurrido a su tarea, el accidente no se habría producido;
- 3) El tiempo de servicio no se limita al horario en que el obrero cumple sus tareas, más bien comienza cuando se dirige al trabajo y concluye hasta que regresa, con un tiempo prudencial.

En el lado contrario, **POZZO** sostiene que, “(...) *el empleador no puede ser responsable de esa clase de accidentes, porque ello escapa a la órbita de su acción y autoridad, ya que no es el patrón quien elige los medios o el camino para la traslación, ni tampoco está en sus manos la disminución de los riesgos que ofrecen la calle o los medios de transporte.*” Para este mismo autor, la tesis que sostiene que al salir de su casa con destino al lugar de trabajo el trabajador está

2 Sempere Navarro, A.; Fernández Orrico, F. La Especialidad de las Contingencias Profesionales. En Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Proceso Laboral. Tomo II. Editorial Wolter Klowers: España. P. 253

3 Cabanellas, G. Derecho de los Riesgos de Trabajo. Editorial Bibliográfica Omeba: Buenos Aires. P. 248.

4 Ibid. P. 253.

a disposición del empleador no es válida, ya que siguiendo la misma lógica, casi todos los actos en la vida diaria del empleado se dan para estar en condiciones de trabajar (verbigracia alimentarse o descansar).<sup>5</sup>

**VÁZQUEZ VIALARD** sostiene que la extensión de la responsabilidad al empleador por el infortunio del trabajador, constituye una ampliación práctica del concepto de “ocasión” y lo que en principio sería un riesgo genérico pasa a ser un riesgo del trabajo por motivo de gravitar alrededor del hecho del trabajo que obliga al empleado a desplazarse hacia un lugar determinado.<sup>6</sup>

Ahora bien, cabe aclarar que para el autor supra citado, tal situación no debe verse como una ampliación a su vez del concepto de “disposición” que tiene el empleador durante las horas laborales, lo cual a su juicio sería arbitrario.<sup>7</sup>

En lo que se refiere a la doctrina costarricense, **GODÍNEZ VARGAS** explica

que el accidente in itinere se presenta como una ampliación del tradicional concepto de accidente en el trabajo, atribuyéndose al empleador y a la entidad gestora que sea la responsable del infortunio, el riesgo derivado de las condiciones de movilización o traslado del trabajador y cuyo control no se encuentra a su alcance, y expresa que el interés de asimilarlos a los accidentes del trabajo se debe primordialmente al hecho de que los beneficios que de ello se obtienen, en términos generales mayores que los otorgados por los regímenes que atienden accidentes de otra naturaleza.<sup>8</sup>

Dicho lo anterior, y resumiendo someramente la discutida naturaleza del accidente in itinere, debe tenerse presente que la doctrina le adjudica una serie de requisitos que pueden considerarse *sine qua non*, los cuales son señalados por **CABANELLAS** como: 1) Requisito Topográfico; 2) Requisito Cronológico; 3) Requisito del Nexo Causal o el teleológico.<sup>9</sup>

5 Pozzo, J. Manual Teórico Práctico del Derecho del Trabajo. Ediar S.A. Editores. P. 368-369.

6 Vázquez Vialard, A. La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires. P. 310.

7 Vázquez Vialard expresa: “No participamos del criterio de que la protección (limitada a la reparación de los infortunios) que el empleador debe dispensarle al trabajador, se extiende a partir del momento en que éste sale de su casa, pues ya está a su disposición (ello llevaría a considerarlo como tiempo de trabajo). No nos parece aceptable esta teoría, ya que el empleado una vez que terminan su labor y abandona el lugar de trabajo, así también como hasta que llega a éste, es libre para realizar lo que desea; durante ese tiempo no está a disposición del empleador. Si esto fuera cierto, tendría que admitirse que también lo está, aunque de forma más mediata, durante todas las horas del día y de la semana, ya que en función del cumplimiento del débito laboral (concurrir al lugar en que realiza su tarea), debe condicionar el uso del resto de las horas respecto de las que tiene plena disposición. En virtud de esa obligación, debe levantarse a una hora determinada para poder llegar al lugar en que realiza su labor en condiciones normales, aseado, descansado, a fin de estar en posesión de sus facultades. Todo ello le ha exigido dormir un determinado número de horas, no haber bebido en un plazo que depende de su capacidad de receptibilidad al alcohol, etc., haber tenido la diligencia de no emprender un viaje o desplazamiento de su domicilio de forma tal que le impidiera llegar en tiempo hábil a desempeñar sus funciones.” P. 311.

8 Godínez Vargas, A. Riesgo In Itinere. Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 2010.

9 Ver autores como GODÍNEZ VARGAS, SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO.

### a) Requisito Teleológico.

Mediante este requisito, se exige que el accidente ocurra durante un desplazamiento cuya finalidad no es otra que la laboral. Tal y como señala **GODÍNEZ VARGAS** la finalidad principal y directa del viaje durante cuyo trayecto ocurre el accidente, debe estar determinada por el cumplimiento de la obligación sinalagmática de prestar un trabajo.<sup>10</sup>

Es decir, sin trabajo no habría desplazamiento, y sin desplazamiento no se produciría el accidente.<sup>11</sup>

Por este motivo, señalan **SEMPERE NAVARRO** y **FERNÁNDEZ ORRICO** que, alteraciones en el desplazamiento interrumpen ese nexo causal. En este sentido, estos autores expresan que no existirá un accidente de trabajo cuando se utilice un trayecto distinto al habitual, cuando se tenga como finalidad gestionar asuntos privados o cuando el accidente se dé durante el viaje de ida o regreso de las vacaciones, etc.<sup>12</sup>

Para **KAHALE CARRILLO**, los supuestos que interrumpen el nexo causal son las desviaciones del trayecto ordinario atribuibles a la conveniencia personal del trabajador, y que sean además sean arbitrarias, injustificadas, revistiendo de una identidad considerable o revelen el ánimo del

trabajador de dar a su traslado un fin distinto del ir a su domicilio o centro de trabajo.<sup>13</sup>

### b) Requisito Topográfico.

Responde, de acuerdo a **VÁZQUEZ VIALARD** al trayecto entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador y viceversa, y se extiende desde el momento en que el trabajador cruza la puerta de su domicilio hasta el lugar de prestación del servicio.<sup>14</sup> Este autor critica que en un fallo dado por tribunales argentinos<sup>15</sup> se haya interpretado que el concepto de *trayecto* comprende desde el momento en que el afectado empieza a ejecutar su decisión de trasladarse de un lugar a otro, lo cual lógicamente inicia con el primer movimiento realizado por el trabajador y que tiene como fin ejecutar tal decisión y que generalmente ello tiene lugar en el interior de su domicilio.

Por su parte, la doctrina española de los profesores **SEMPERE NAVARRO** y **FERNÁNDEZ ORRICO** explica que el accidente en itinere debe ocurrir en el camino de ida o vuelta del centro de trabajo, y se entiende producido el accidente inclusive en un momento anterior o preparatorio del viaje.<sup>16</sup> Estos autores coinciden con **VÁZQUEZ VIALARD**, en el sentido que el accidente producido en el domicilio no es laboral, sino uno común.

Llama la atención como **SEMPERE NAVARRO** y **FERNÁNDEZ ORRICO** expresan cómo la jurisprudencia ibérica ha relativizado parcialmente el requisito topográfico en lo que se refiere al domicilio. De acuerdo con lo anterior, estos autores expresan que el Tribunal Supremo en diversas instancias ha expresado que “(...) *el hecho de que la jurisprudencia refiera mayoritariamente el origen y destino del recorrido al domicilio del trabajador no es por considerarlo esencial y absolutamente necesario, sino por el normal, el más generalizado, el que con más frecuencia entra el suceso, de manera que con relación al requisito topográfico, lo esencial, en tanto no se rompa el nexo causal, no es salir del domicilio o volver al domicilio (...) sino ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rima el nexo necesario con el trabajo.*”<sup>17</sup>

Llegado a este punto, resulta de importancia citar la Sentencia 2315/2012 del 26 de diciembre del 2013 de la Sala Cuarta de lo Social, del Tribunal Supremo Español. En dicha sentencia, el actor sufrió un accidente laboral en el trayecto, con su vehículo propio mientras se desplazaba desde su domicilio en la localidad del Puente Almuhey (León), donde descansaba los fines de semana, hasta su domicilio de Almazán (Soria), donde vivía durante los días laborales de la semana, y en la que hay una distancia aproximada de 350 kilómetros. Cabe destacar que el primer “domicilio” (Almuhey) fue considerado el domicilio familiar por lo que la sentencia recurrida entendió que no

se trataba de accidente “in itinere”, pues no concurría el elemento teleológico necesario para la calificación, al predominar en el desplazamiento el interés familiar.

En su razonamiento (elaborado por el magistrado ponente Aurelio Desdentado Bonete), la sentencia del Tribunal Superior señaló:

“(...) en casos como el presente y revisando criterios anteriores más estrictos, como el de la sentencia de 29 de septiembre de 1997, hay que entender que el trayecto en el que se ha producido el accidente no queda fuera del art. 115.2.a) de la LGSS\_(LA LEY 2305/1994) . En primer lugar, porque el domicilio del que se parte se define en los hechos probados de la sentencia de instancia como el domicilio del trabajador - su domicilio- frente al lugar de residencia por razones laborales (“donde vivía durante los días laborables de la semana”, según dice el hecho probado segundo), lo que permite concluir que es aquél el domicilio propiamente dicho como “sede jurídica de la persona” del art. 40 del Código Civil\_(LA LEY 1/1889), sede en la que, junto al hecho material de residencia -que persiste, aunque, por razones de trabajo, ésta se traslade temporalmente a otro lugar- aparece el elemento intencional (el animus manendi ) de querer continuar residiendo en ese lugar, elemento intencional que se expresa objetivamente mediante una conducta significativa: la vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones de trabajo lo permiten.

*En segundo lugar, porque la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el art. 3 del Código*

<sup>10</sup> Godínez Vargas, A. Óp. Cit. P. 6.

<sup>11</sup> Kahale Carrillo, D. Nuevas Notas al Accidente In Itinere. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Iustel. N 22 (2010). P. 12

<sup>12</sup> Sempere Navarro, A.; Fernández Orrico, F. Op. Cit. P. 254-255.

<sup>13</sup> Kahale Carrillo, D. Óp. Cit. P. 15.

<sup>14</sup> Vázquez Vialard, A. Op. Cit. P. 312.

<sup>15</sup> El autor cita la sentencia SCBA del 2/10/73, DT XXXIII-865.

<sup>16</sup> Sempere Navarro, A.; Fernández Orrico, F. Op. Cit. P. 256

<sup>17</sup> Sempere Navarro, A.; Fernández Orrico, F. Op. Cit. P. 257

Civil (LA LEY 1/1889) , y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento. Todo ello determina que, si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo.” (El resaltado es añadido).

De la sentencia citada, queda claro nuevamente la flexible naturaleza del riesgo in itinere.

### c) Requisito Cronológico.

El momento en el que ocurre el accidente es también uno de los requisitos necesarios para la configuración del accidente in itinere. De acuerdo con éste, se ha dicho por parte de la doctrina que el infortunio debe ocurrir en un plazo inmediato o razonable próximo a las horas de inicio o finalización del trabajo.<sup>18</sup>

Esto implica, en palabras de **GODÍNEZ VARGAS**, que no deben de existir alteraciones

por desviaciones temporales que obedezcan a motivos de interés particular.

Este requisito, para **KAHALE CARRILLO**, debe aplicarse de manera flexible, no siendo suficiente una simple demora para desvirtuar la significación profesional del accidente, como lo que quiere decir que debe relativizarse ante cada caso concreto, haciendo depender su concurrencia de una evaluación razonable de la distancia a recorrer, el medio de transporte utilizado y las circunstancias conexas.<sup>19</sup>

### III. La positivización del accidente in itinere Costa Rica.

a) Ley No. 6727 de 1982.

La positivización del accidente in itinere se dio en Costa Rica mediante la Ley No. 6727 de 1982, reforma al Código de Trabajo que constó de 138 artículos y fue publicada en La Gaceta No. 57 de 24 de marzo de 1982.

La importancia de tal reforma fue de tal magnitud que **ALFARO ROJAS** la describe como el principal antecedente a nivel histórico nacional, que marca hasta el día de hoy, el régimen de riesgos de trabajo en el Código de Trabajo y que declaró “obligatorio, universal y forzoso el Seguro contra Riesgos de Trabajo, de manera que todas y todos los trabajadores debían estar asegurados”.<sup>20</sup>

No es para menos entonces, citar el párrafo inicial del preámbulo del proyecto de ley en su momento, que con gran tino y visión a futuro, señaló:

“La normatividad que regula los Riesgos de Trabajo constituye intrínsecamente un derecho dinámico, en constante evolución y cambio, de acuerdo con la realidad social, política, económica y laboral de cada país.”

La propia reforma, se auto describe como la precursora del cambio en materia de riesgos de trabajo en lo atinente a la teoría de responsabilidad utilizada en el ordenamiento costarricense, al pasar de la responsabilidad subjetiva del empleador derivada de doctrinas civilistas, a una teoría de responsabilidad objetiva y solidaria, tutelando las contingencias que sufren los trabajadores con ocasión del trabajo. En palabras de la propia redacción del proyecto “La responsabilidad hoy no se fundamenta en la peligrosidad potencial, mayor o menor, que resulta de una determinada profesión u oficio (riesgo profesional), sino en la subordinación jurídica que el contrato o relación del trabajo impone al trabajador con respecto al patrono (...).”

b) Artículo 196 inciso a) del Código de Trabajo.

Ahora bien, el proyecto de ley que finalmente fue aprobado es a partir del cual el artículo 196 inciso a) obtiene su actual redacción, que en lo que interesa señala:

“También se calificará de accidente de trabajo, el que ocurra al trabajador en las siguientes circunstancias:

a. En el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa,

cuando el recorrido que efectúa no haya sido interrumpido o variado, por motivo de su interés personal, siempre que el patrono proporcione directamente o pague el transporte, igualmente cuando en el acceso al centro de trabajo deban afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideren inherentes al trabajo mismo. En todos los demás casos de accidente en el trayecto, cuando el recorrido que efectúe el trabajador no haya sido variado por interés personal de éste, las prestaciones que se cubran serán aquellas estipuladas en este Código y que no hayan sido otorgadas por otros regímenes de seguridad social, parcial o totalmente.”

En primera instancia, debe tenerse presente cómo el legislador eligió una definición amplia en la que no se detallan los alcances de términos tales como “trayecto usual”, “interrupción”, “variación” o “interés personal”, dejando al operador jurídico la tarea de determinarlos correspondientemente.

A criterio de quienes escriben, no yerra el legislador al optar por tal técnica legislativa, puesto que tal y como se vio al inicio de este escrito, el concepto de accidente in itinere debe ir modificándose con el devenir de los tiempos y con el cambio en la naturaleza de los trabajos, puesto que su objetivo final es la adecuada protección del empleado.

No obstante lo anterior, es importante destacar que el Reglamento General de los Riesgos del Trabajo (Decreto Ejecutivo N° 13466-TSS, publicado en La Gaceta No. 67 de 07 de abril de 1982) señala algunas definiciones de lo arriba expresado. Para este marco normativo, el trayecto usual

18 Ver GODÍNEZ VARGAS, SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO.

19 Kahale Carrillo, D. Óp. Cit. P. 17

20 Alfaro Rojas, A. (2011). *Análisis doctrinario y jurisprudencial de las enfermedades incapacitantes como riesgo de trabajo y los posibles efectos en la suspensión del Contrato de Trabajo*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, no publicada. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

se entenderá como el camino que sigue el trabajador desde su domicilio al lugar donde presta sus servicios y viceversa. Este trayecto debe ser el que se efectúa habitual o comúnmente para ir al trabajo y regresar de éste, empleando un medio de transporte normal a dichos fines y adecuado al trayecto.

Asimismo, para efectos del Reglamento citado, se tendrá por interrumpido o variado el recorrido normal o habitual, cuando las circunstancias agregadas rompen el nexo causal por algún acto personal del trabajador, tanto por un acto temerario o imprudente, como por cualquier actividad que interrumpa el mero ir y venir del domicilio al trabajo, que signifique un aumento del riesgo creado.

Por último, se señala que las interrupciones o variaciones del recorrido que no se enmarcan en las previsiones precedentes, podrán ser calificados como eventos amparados, cuando el trabajador empleó para realizar el trayecto un tiempo superior al normal, en actos de la vida usual, en conducta normal.

En segundo término, como puede observarse, el artículo supra citado es amplio, y contiene diversas hipótesis que deben abordarse independientemente.

#### i. Hipótesis Uno.

Esta hipótesis, se presenta cuando es el ente patronal quien otorga el medio de transporte o sufrague sus costos en el que el empleado sufra el accidente.

#### ii. Hipótesis Dos.

La segunda hipótesis se plantea cuando el accidente se da en el acceso al centro de trabajo deban afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideren inherentes al trabajo mismo.

Una situación un tanto más compleja, pues de realizar una interpretación restrictiva de la redacción, la palabra “inherente”<sup>21</sup> obliga al interprete a considerar que el peligro de naturaleza especial debe estar vinculado a al servicio prestado (es decir el puesto ocupado por el trabajador) como tal, y contrario sensu, no existirá un accidente in itinere.

No obstante, tomando en consideración la naturaleza del accidente in itinere, la interpretación que se adecua de mejor manera sería la de considerar que tal frase se refiere a que en el trayecto se afrontan peligros de tal naturaleza, y que el trayecto se da en ocasión del cumplimiento del contrato de trabajo. Es decir, el trayecto se realiza con la finalidad de presentarse a laborar, y pero el peligro de especial naturaleza no se relaciona en nada con el servicio o las funciones llevadas a cabo de acuerdo al puesto.

#### iii. Hipótesis Tres.

La tercera y última hipótesis expresada en el inciso a) cubre todos los demás supuestos de hecho en los que el trabajador sufre un

accidente en el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa. En otras palabras, el accidente en el trayecto que se da aún cuando el patrono no otorgue o no cubra el costo del medio de transporte, o cuando no se afronten peligros de especial naturaleza, si el recorrido que efectúe el trabajador no haya sido variado por interés personal de éste, serán considerados accidentes in itinere por disposición legal.

Cabe destacar que esta hipótesis por mucho tiempo no fue aceptada por los órganos jurisdiccionales, como se expondrá en el próximo apartado.

### **IV. El Accidente In Itinere para los Órganos Jurisdiccionales en Costa Rica.**

La intervención judicial en la evolución del concepto de riesgo in itinere ha sido fundamental en el país, y data previo a la promulgación de la Ley No. 6727 citada anteriormente. De acuerdo con esto, se procederá a realizar un análisis de tres etapas, que a criterio de los autores, han transcurrido en la vida del concepto acá analizado.

a) Etapa Inicial: Sentencias Previo a la Promulgación de la Ley No. 6727.

La Resolución No. 133 de las 15:50 del 19 de noviembre de 1976 de la antigua Sala de Casación es de particular relevancia para el presente artículo. Esto es así, no solo ya que los criterios jurídicos expuestos en ese momento fueron la base jurídica para las sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia No. 160 de las 9:10

horas del 28 de agosto de 1985 y No. 69 de las 8:00 horas del 10 de agosto de 1988, sino también debido a que expuso un criterio restrictivo sobre los accidentes in itinere que se mantuvo por varias décadas.

En la sentencia citada, se estudió el caso de Víctor Garro Arias en contra de Fertilizantes de Centroamérica (Costa Rica) S.A. y contra el Instituto Nacional de Seguros. La situación analizada consistió en que el hijo del accionante, mientras se dirigía a su casa una vez finalizada la jornada laboral, fue atropellado por un vehículo, accidente que le ocasionó la muerte, motivo por el cual se interpuso la demanda solicitándose que condenara a los demandados a pagar la indemnización correspondiente.

El Instituto Nacional de Seguros se opuso a tal pretensión, aunque manifestando únicamente que no tuvo a disposición el expediente del riesgo de trabajo (bajo custodia del Departamento de Riesgos en la administración de Puntarenas), por lo que le fue imposible contestar la demanda ya que sin tales documentos no se podía manifestar la posición del instituto demandado. Por su parte, la empresa demandada no contestó la demanda.

En primera instancia, el Juzgado de Trabajo resolvió declarar sin lugar la demanda, señalando sobre el fondo:

*“Hay que tomar en cuenta, que el accidente ocurrió fuera de horas de trabajo y en circunstancias en que la empresa patronal no podía tener responsabilidad. La responsabilidad en este caso, pudo ser de la víctima y de las personas que conducían los vehículos causantes del accidente*

<sup>21</sup> De acuerdo a la Real Academia Española, la palabra inherente significa que “que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello.

y contra ellos es que cabe la acción, pero no contra Fertilizantes de Centroamérica (Costa Rica) S.A.- No considera el juzgado que el patrono deba ser responsable de la seguridad de sus trabajadores fuera de sus labores, donde no están sujetos a ningún control.- Diferente sería la situación, si el traslado del trabajo estuviera a cargo de la entidad patronal, o si para ir al centro de labores tuviera que pasar por sitios que pusieran en peligro su salud o integridad corporal. (...) Debe entonces, siguiendo la regla general de la teoría de la culpa objetiva en materia de riesgos profesionales (sic), declarar sin lugar la presente demanda, resolviendo el juicio sin especial condenatoria en costas.”

Al llegar a segunda instancia, el Tribunal Superior de Alajuela, aceptando la relación de hechos señalada por la instancia precedente, sus argumentos y razonamiento, señaló:

“Que encontrándose la sentencia desestimatoria de la presente acción por riesgo profesional correcta, ajustada a derecho, al mérito de los autos, así como a la doctrina y jurisprudencia imperantes procede ser confirmada en todas sus partes.- (...) El caso que cita el apelante de Audberto Brenes contra Javier Cubero y José María Solórzano acogido por este Tribunal era diferente pues se presentaban situaciones muy particulares, lo que no ocurre en el caso sub-judice como por ejemplo que los patronos le suministraban al actor diariamente el transporte para que llegara al lugar de trabajo y luego se regresara a su domicilio.”

Por último, y al ser conocido el caso por la Sala de Casación, los entonces Magistrados expresaron:

“Que el Código de Trabajo no establece ninguna regla especial que se refiera a los llamados accidentes “in itinere”, de modo que la calificación del hecho, para decidir si constituye o no un riesgo indemnizable, debe hacerse dentro de la norma general contenida en el artículo 203 párrafo segundo de ese Código, a cuyo tenor “accidente de trabajo es toda lesión que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo y durante el tiempo que lo realice o debería realizarlo.” Alrededor de esa regla se ha desarrollado una jurisprudencia que se mantiene en forma reiterada, en el sentido de que no puede conceptuarse como accidente “in itinere” el que acaece cuando el trabajador va y viene de su residencia al lugar de su trabajo, salvo en circunstancias especiales, particularmente cuando el propio patrono crea el riesgo, como ocurre cuando se hace cargo del transporte, o en aquellos casos en que el trabajador tiene que desplazarse de su domicilio habitual y residir en otro lugar, porque entonces sí se trata de un accidente producido “con ocasión del trabajo”, (...), no así cuando el empleado, en condiciones normales, se dirige de su casa a la oficina, fábrica o centro de trabajo, pues en tales casos no son las circunstancias del trabajo las que originan el accidente, sino que éste se produce por el riesgo a que en general están sometidas todas las personas que deben usar cualquier medio de transporte.”

Finalmente, a criterio de la Sala de Casación entonces:

“Una protección más amplia a favor de los trabajadores, para ampararlos de un modo general contra los accidentes de trabajo que ocurran en el trayecto de su casa al lugar de trabajo, solo podría concederse por regla expresa que, conforme se explicó antes, no contiene el Código de Trabajo.”

Como puede observarse, al no existir normativa que protegiera expresamente al trabajador en relación a los accidentes in itinere bajo las circunstancias como las que acaecieron en la sentencia analizada, los magistrados optaron por interpretar que los accidentes “con ocasión” del trabajo se restringían a aquellos casos en los que el patrono creara el riesgo.

b) Etapa Intermedia: Sentencias Posteriores a la Promulgación de la Ley No. 6727.

Aún cuando los magistrados de la antigua Sala de Casación expresaron la necesidad de normativa expresa en materia de riesgos de trabajo in itinere, para cubrir otros supuestos distintos a aquellos en los que el empleador crease el riesgo, la promulgación de la Ley No. 6727 no tuvo mayor impacto en el criterio de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y esto quedó claro en su sentencia 1985-160 de las nueve horas y diez minutos del veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y cinco.

En este caso, la Sala conoció el caso de Jose Antonio Villegas Pérez contra el Instituto Nacional de Seguros y contra el Estado, y en una escueta sentencia sin mayor razonamiento expresó:

“El accidente a que se refiere este juicio ocurrió el día 20 de enero de 1983, vigente ya la Ley de Riesgos del Trabajo que reformó el capítulo respectivo del Código de Trabajo (...). Si bien es cierto que el accidente le ocurrió al actor en el trayecto entre su domicilio y el lugar de su trabajo, de acuerdo con la norma anteriormente citada **para que pueda considerarse como un riesgo in itinere era necesario probar que el patrono, en este caso El Estado le cubría el valor del transporte, o le suministraba el vehículo necesario para el mismo.** Nada de eso se probó ni se alegó a lo largo del proceso, y no es sino en el recurso en el que el interesado alega que “en este caso que nos atañe los juzgadores de segunda instancia no han tenido en cuenta que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en este caso patrón del suscrito, es quien ha asumido el pago de pases de mi casa a mi trabajo, ya que este no cuenta con vehículos para tal fin...”, a lo cual cabe decir que ese hecho solo consta por el dicho del actor. En estas condiciones y conforme a la ley citada, la demanda fue bien denegada por el tribunal de segunda instancia.” (El resaltado es nuestro).

Adicionalmente, en su voto 1988-69 (proceso de Carlos Manuel López Araya contra el Instituto Nacional De Seguros) de las ocho horas del diez de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, la Sala Segunda sentenció:

“El Tribunal Superior de Trabajo denegó la demanda porque el actor no probó que el accidente que menciona, hubiera ocurrido durante

*el tránsito de su casa a l lugar de su trabajo, **pero a ello debe agregarse que aún habiéndose demostrado ese hecho, el señor López Araya tampoco habría tenido derecho a la indemnización que le reclama a la parte demandada** porque el artículo 196 del Código de Trabajo al señalar las condiciones de un accidente in itinere, **requiere no solo que éste se produzca durante el trayecto que el trabajador realiza usualmente para ir de su domicilio al trabajo o viceversa, sino que agrega además la condición de que el patrono proporcione o pague el transporte a su empleado.**”*

El criterio antes expuesto no fue variado en resoluciones posteriores por ejemplo ver las sentencias 1990-180 de las diez horas diez minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y 1992-115 de las quince horas treinta minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos.

En la sentencia 1990-180, la Sala Segunda analizó el caso de Carlos Calvo Vargas (Lora García Bustos contra Instituto Nacional De Seguros e Instituto Costarricense De Electricidad), quien el veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete, al concluir su jornada de trabajo como guarda en la Central del Instituto Costarricense de Electricidad en Hatillo, a eso de las catorce horas, se dirigió a su casa de habitación sita en Barrio Cuba, en su propia bicicleta y colisionó en la parte trasera a un vehículo de carga propiedad de la Institución referida. Cabe señalar que el señor Calvo falleció el día veintinueve del mismo mes en el Hospital San Juan de Dios. Sin embargo, la Sala señaló:

*“La letra de tal disposición ha sido aplicada conforme fue transcrita por esta Sala en sus sentencias N ° 160 de 9.10 horas del 28 de agosto de 1985 y N ° 69 de 8 horas del 10 de agosto de 1988, indicándose en la primera y en lo que interesa: “...Si bien es cierto que el accidente le ocurrió al actor en el trayecto entre su domicilio y el lugar de su trabajo, de acuerdo con la norma anteriormente citada para que pueda considerarse como un riesgo in itinere era necesario probar que el patrono, en este caso El Estado le cubría el valor del transporte, o le suministraba el vehículo necesario para el mismo. Nada de eso se probó ni se alegó a lo largo del proceso,...”. (...). Contrariamente se tuvo por indemostrado que la entidad patronal le cubriese el valor del transporte o le facilitara un vehículo para desplazarse de su hogar al trabajo y viceversa, por lo que en esas condiciones, lo resuelto debe ser avalado por este Tribunal. A mayor abundamiento debe destacarse que la doctrina que establece esta Sala en su jurisprudencia sobre el particular no es de reciente creación, sino que tiene como antecedente la sentencia N ° 133 de 15.50 horas del 19 de noviembre de 1976 de la antigua Sala de Casación.”*

De mayor interés para este escrito, resulta el caso que culminó con la Resolución 1992-115 la Sala Segunda. En este caso, se conoció el caso de Sara Badilla Prendas contra el Instituto Nacional De Seguros y en el que la primera, al encontrarse esperando un autobús, fue prensada por el automotor contra una base de cemento al momento de llegar a la empacadora Monte Verde en Cultivez de Siquirres .

Durante la tramitación del procedimiento, no se logró acreditar que este autobús fuese el medio de transporte proporcionado directamente o pagado por el patrono para sus trabajadores. No obstante lo anterior, resulta de menester hacer notar el razonamiento del Juzgado Primero Civil y de Trabajo de Limón, que en lo conducente expresó:

*“ (...) lo que no es posible concluir es que el autobús placas SJB-1998, haya sido el medio de transporte proporcionado o pagado por el patrono para el transporte de la actora y de sus compañeros al lugar de trabajo, no bastando para ello la simple presentación de los “pasajes de Bus” visibles a folio tres, pues se ha debido demostrar indubitablemente que el autobús dañado estaba dentro del presupuesto que establece la parte primera del inciso a) del artículo 196 mencionado, **por lo que es necesario aplicar a la especie lo establecido por la parte segunda del inciso en mención, configurándose entonces un “Riesgo de Trabajo en el trayecto o In Itinere indirecto o subsidiario” que encuadra todas las demás situaciones de accidente de trabajadores acaecidos entre su domicilio y el control de trabajo y viceversa,** siempre y cuando el trayecto no haya sido variado por interés personal del trabajador, no importando que haya sido tramitado por la demandada como accidente de tránsito y no como Riesgo Laboral, correspondiéndole las indemnizaciones que establece el Título Cuarto del Código de Trabajo, siempre y cuando ellas no hayan sido otorgadas por otros regímenes de Seguridad Social parcial*

*o totalmente.”* (El resaltado es nuestro) *Esta línea de ideas fue avalada por el Tribunal Superior de Limón, denotando entonces una especie de inicio de cambio en el razonamiento de nuestros juzgadores (de menores instancias) con respecto a los supuestos del accidente in itinere.*

A pesar de lo anterior, al llegar a la Sala Segunda, los magistrados consideraron que:

*“Establece el artículo 196 del Código de Trabajo, en lo que interesa, lo siguiente: “... También se calificará de accidente de trabajo, el que ocurra al trabajador en las siguientes circunstancias: a) En el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa, cuando el recorrido que efectúa no haya sido interrumpido o variado, por motivo de su interés personal, **siempre que el patrono proporcione directamente o pague el transporte...**”* (lo evidenciado es nuestro). *De conformidad con lo dicho en el considerando anterior, el caso se ajusta a lo preceptuado por esa norma y para entenderlo así no puede ser obstáculo la falta de prueba de que el autobús con que se ocasionó el percance fuera el contratado para transportar a los trabajadores, ya que lo que importa es que el accidente ocurriera en el trayecto y que la empleadora suministrara el medio de transporte. Por ende, la demanda incoada por la señora Badilla, debe ser declarada con lugar (...).”* (El resaltado es del original).

El inicio de cambio de criterio por parte de nuestros juzgadores en la Sala Segunda

parece provenir de una sentencia existente en esta "etapa intermedia", y en su sentencia 1990-202 de las ocho horas veinte minutos del cinco de diciembre de mil novecientos noventa, con redacción del Magistrado Álvaro Fernández Silva, en el caso de Ana Cecilia Gómez Brenes contra El Instituto Nacional de Seguros señaló:

*"A mayor abundamiento y con estudio del proyecto, presentado a la Asamblea Legislativa, de "Ley sobre riesgos del trabajo", de la exposición de motivos se desprende esa interpretación que la Sala le ha dado al numeral 196 inciso a), en el tanto se señala: "...Finalmente, se introduce la innovación, aceptada por nuestra jurisprudencia en forma reiterada, de considerar accidentes de trabajo los llamados in itinere, sean aquéllos que ocurren al trabajador en el trayecto de su domicilio al trabajo y viceversa, en los siguientes casos de excepción: a) Cuando el patrono ha asumido el transporte, b) Si en el acceso al trabajo deben afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideran inherentes al trabajo mismo, c) Pagos complementarios no contemplados en otros regímenes de Seguridad Social...". Por ello entonces, **la segunda parte del inciso a), del artículo 196, del Código de Trabajo, a que alude con especial interés el recurrente, debe interpretarse en el sentido de que "en los demás casos de accidente en el trayecto", que vendrían a ser todos aquéllos en que el patrono no suministre directamente o pague el transporte y que, en el acceso al centro de trabajo, no tengan que afrontarse peligros de naturaleza especial,***

**siempre y cuando el recorrido que efectúe el trabajador, no haya sido variado por interés personal de éste (...).**"(El resaltado es nuestro).

Este criterio se reiteró posteriormente en la sentencia 1997-264 de las nueve horas diez minutos del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete establecida por José Luis Quirós Vargas contra Instituto Nacional de Seguros y el Estado, lo que nos lleva de inmediato al estudio de la etapa actual, en las líneas que seguirán.

c) Etapa Actual: Sentencias Posteriores a la Resolución No. 00138-99 de la Sala Segunda de la Corte Suprema De Justicia de las Diez Horas Cuarenta Minutos del Veintiuno de Mayo de Mil Novecientos Noventa y Nueve.

El Voto 00138-99 de la Sala Segunda de la Corte Suprema De Justicia de las Diez Horas Cuarenta Minutos del Veintiuno de Mayo de Mil Novecientos Noventa y Nueve, fue de gran relevancia, ya que desde nuestro punto de vista llegó a asentar la línea de ideas que se traían en las sentencias 1990-202 y 1997-264 citadas anteriormente.

En este caso de James Alberto Hammond Beckford, contra el Instituto Nacional De Seguros, el primero que laboraba como estibador, el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, al concluir su jornada de trabajo, fue trasladado de los muelles hacia la ciudad de Limón, posteriormente, tomo un taxi, supuestamente, para ir a su residencia. En el transcurso del trayecto, el taxi colisionó con un trailer y debido a ese percance, sufrió una incapacidad temporal de doce meses y otra permanente del diez por ciento.

La institución aseguradora tramitó el caso como accidente de tránsito por lo que el señor Hammond Beckford interpuso esta demanda, a fin de que se considerase este asunto como un riesgo de trabajo.

Los juzgadores de instancia denegaron la demanda en todos sus extremos, debido a que, según el Tribunal, el percance sufrido por el actor no constituyó un riesgo de carácter laboral; además de que fue debidamente indemnizado por, la entidad demandada, gracias a la póliza obligatoria de vehículos, con que contaba el vehículo contra el cual colisionó el taxi, donde viajaba.

Dado todo lo anterior, para la Sala el punto fundamental del asunto consistió en determinar el accionante sufrió o no un accidente de trabajo "in itinere" y con redacción del magistrado Bernardo van der Laet Echeverría, el voto, en su Considerando III expresó claramente:

*"El inciso a) del segundo párrafo, de ese numeral 196 establece que, se considera accidente de trabajo el que sufre el trabajador durante el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa, cuando el recorrido que efectúa no haya sido interrumpido o variado, por motivo de su interés personal, siempre que el patrono proporcione directamente o pague el transporte; e, igualmente, cuando en el acceso al centro de trabajo deban afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideren inherentes al trabajo mismo. Asimismo, en todos los demás casos de accidente en el trayecto, cuando el recorrido que efectúe el trabajador, no haya sido variado por su interés personal,*

*las prestaciones que se cubrirán serán aquellas estipuladas en este Código; y siempre que no hayan sido otorgadas por otros regímenes de seguridad social, parcial o totalmente. Ahora bien, está claro que la norma solamente hace referencia a los casos en los que el patrono proporciona directamente o paga el medio de transporte. No obstante, mediante la jurisprudencia reiterada de esta Sala, se ha interpretado la frase que dispone "en todo los demás casos.", para incluir, como accidentes de trabajo "in itinere", todos aquellos casos en los cuales el transporte no es otorgado por el empleador; pero siempre que el percance ocurra en el trayecto usual del domicilio al trabajo o viceversa.-"* (El resaltado es del original).

Este criterio, fue reiterado posteriormente en las sentencias 2003-00751 de las diez horas diez minutos del veintiocho de noviembre del dos mil tres y 2005-00096 de las diez horas cinco minutos del dieciséis de febrero del año dos mil cinco, ambos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, la sentencia citada expresó que para que un accidente ocurrido al dirigirse del domicilio al trabajo o viceversa pudiese ser jurídicamente considerado como accidente "in itinere", requiere la existencia de una serie adicional de elementos. Entre ellos tenemos que:

1. Que el trayecto o recorrido debe ser el normal, habitual y corriente;
2. Que el medio de transporte, el normal, usual o adecuado, o el más económico y generalizado en el elemento obrero;

3. Que el trayecto no ha debido ser interrumpido o modificado por motivo de interés personal, por lo tanto, que el exclusivo motivo del recorrido sea la asistencia del trabajo o el regreso al domicilio;
4. Que el medio de locomoción deberá ser conocido del patrono o al menos no estar prohibida su utilización por éste;
5. Que el recorrido debe ajustarse a una relación de intermediación entre la hora de entrada y salida de trabajo;
6. No deben infringirse las normas sobre la circulación ni encontrarse en presencia de una imprudencia extra profesional;
7. Debe haber, además, relación de causalidad necesaria entre el hecho del trabajo y el accidente, y no tratarse de un suceso producido en la vida social y familiar del trabajador.

Merece que se haga especial referencia también a la sentencia de la Sala Segunda 2009-000325 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de abril de dos mil nueve, por ser un caso si se quiere inusual, y de gran relevancia en términos jurídicos en lo que respecta a la protección ofrecida por nuestros juzgadores al trabajador, en los casos de riesgos in itinere.

En tal sentencia, se conoce el caso de Victorino Orozco Orozco, guarda de seguridad, contra el Instituto Nacional De Seguros y la empresa Seguridad Elmo Sociedad Anónima. El demandante, señaló que el día 3 de diciembre de 2001, al salir de su trabajo, tomó un taxi hacia su casa y

al bajar del taxi lo asaltaron y le dispararon en el pie izquierdo. Por su parte, la empresa demandada contestó que el actor salió del puesto de seguridad en donde laboraba, al ser las doce de la noche, llevándose sin permiso el arma de fuego del puesto de seguridad. De acuerdo a la demandada, lo hirieron alrededor de las tres de la mañana al frente de su casa de habitación, por problemas personales que él tenía, es decir, todo lo que le pasó fue fuera de horario y del lugar de trabajo y por problemas personales que no tienen ninguna relación con las funciones realizadas en la jornada laboral.

Tomando en consideración tales hechos, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia desestimaron la demanda. No obstante, la Sala Segunda, analizando el caso concreto señaló:

*“No cabe duda que la demanda en estudio presenta una situación novedosa en tanto no se encuentran antecedentes jurisprudenciales donde se hayan resuelto situaciones como la acontecida al actor. Sin embargo, la tipicidad o atipicidad de este caso es precisamente la cuestión a definir, es decir, si situaciones como la acontecida pueden catalogarse como accidente derivado con ocasión o a consecuencia del trabajo prestado a la sociedad demandada. (...) Ahora bien, es público y notorio que el estado actual de la delincuencia en nuestro país no es un acontecimiento aislado sino un evidente factor de riesgo con el cual debe lidiar la sociedad en general, pero particularmente, las personas que por la necesidad de su trabajo requieren movilizarse durante altas*

*horas de la noche o bien durante la madrugada, por ser las horas en las que la delincuencia embiste y arremete contra sus víctimas, al cobijo de la oscuridad, de la soledad e incluso de la falta de seguridad. En el caso en estudio, fue aceptado por la demandada que la lesión le ocurrió al actor como consecuencia de un disparo propiciado luego de concluida su faena laboral cuando se encontraba frente a su hogar. Ningún indicio existe de que ese fuera el resultado de un problema personal del actor con un delincuente vecino suyo. Por el contrario, el hecho de que esa situación se diera luego de concluida la jornada laboral, en altas horas de la noche, en frente de la casa del trabajador, permite admitir como cierta la tesis del trabajador de que fue abordado por delincuentes que le hirieron en su pierna derecha. Bajo tales circunstancias, no encuentra la Sala que al accidente ocurrido al trabajador deba dársele un trato distinto de aquel reconocimiento brindado a los accidentes de tránsito como riesgos de trabajo in itinere. También éstos son un problema social que circunda a todos los ciudadanos y sin embargo, a la fecha es ampliamente admitido que dentro del concepto todos los demás accidentes, se puedan tutelar los de tránsito ocurridos al trabajador. El tema merece una reflexión del límite a la protección del sistema de riesgos del trabajo, es decir, hasta dónde llega la responsabilidad del patrono y, en su caso, de la institución aseguradora.”*

Y tomando en cuenta asimismo, el criterio de mutabilidad del concepto de riesgo de trabajo in itinere, la Sala expresó:

*“Ciertamente, la peligrosidad es un factor social que, como se dijo, afecta a toda la comunidad general. Sin embargo, no cabe duda que las empresas cuya operación requiere de jornadas de trabajo que concluyen o inician en altas horas de la noche, ponen en mayor riesgo a sus trabajadores de ser objeto de una acción delictiva y consecuentemente perjudicial a su integridad física. Y no puede negarse que es con ocasión de la prestación de servicios que el trabajador o la trabajadora se ven mayormente expuestos a la afectación con situaciones semejantes. **Si bien, en sus labores, la previsión social tuvo una finalidad fundamentalmente existencialista, de protección contra las más crueles e inhumanas formas de trabajo que atentaban contra la vida; el desarrollo de los derechos humanos, entre los cuales también cuentan los derechos a la salud en el trabajo, exige una protección del trabajador acorde con ese desarrollo y con las transformaciones operadas en la vida actual.**”*

Finalmente, culmina la Sala expresando:

*“Es entonces con ocasión del trabajo que se expone al trabajador a una situación de riesgo que no es justo que él deba soportar. No cabe duda que en las condiciones actuales de la delincuencia, la cual se exagera en las horas nocturnas, los patronos -beneficiarios de la prestación en esas horas- aumentan para los trabajadores el riesgo de ser objeto de la acción dañosa. Es decir, en la situación actual*

*en donde hay grave delincuencia, particularmente en horas nocturnas, el patrono no puede desentenderse y cargar en el trabajador el elevado riesgo que enfrentan al salir o ingresar al trabajo en esas horas. No advertir esa situación, sería contrariar el espíritu de la norma que pretendió otorgar una amplia cobertura a los trabajadores y trabajadoras contra toda lesión propiciada por la prestación de sus servicios; es decir, los riesgos que enfrenta el trabajador/a con ocasión de su trabajo y dentro de los cuales, no cabe duda que el mantenimiento de horarios de trabajo en donde aumenta el riesgo de ser un blanco del hampa, constituye también un riesgo contra el cual debe ser tutelado el trabajador.”*

Como podrá observar el lector, los magistrados de la Sala Segunda, tomando en consideración tanto características relevantes de la sociedad costarricense y haciendo referencia al problema de criminalidad, como el motivo por el cual el trabajador estaba a altas horas de la noche entrando a su casa, para señalar la existencia de un riesgo in itinere, supuesto con el cual se amplía notablemente la protección ofrecida al trabajador mediante nuestra legislación.

## **V. Consideraciones**

### **Finales: Consecuencias Económicas de la existencia de un Riesgo In Itinere.**

No se puede dejar de analizar cuáles pueden ser las consecuencias económicas que tenga la declaración de existencia de un riesgo in itinere por parte de nuestros tribunales

laborales, puesto que tienen gran relevancia no solo para el Instituto Nacional de Seguros, sino también para los empleadores del país.

Inicialmente, el artículo 218 del Código de Trabajo expresa que al trabajador que le ocurra un riesgo del trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones: a) Asistencia médico-quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación; b) Prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir deficiencias funcionales; c) Prestaciones en dinero que, como indemnización por incapacidad temporal, permanente o por la muerte, se fijan en este Código; ch) Gastos de traslado, en los términos y condiciones que establezca el reglamento de este Código; d) Gastos de hospedaje y alimentación, cuando el trabajador, con motivo del suministro de las prestaciones médico-sanitarias o de rehabilitación, deba trasladarse a un lugar distinto de la residencia habitual o lugar de trabajo –cuyos montos se establecerán mediante reglamento–; y e) Readaptación, reubicación y rehabilitación laboral que sea factible otorgar, por medio de las instituciones públicas nacionales especializadas en esta materia, o extranjeras, cuando así lo determine el ente asegurador o, en su caso, lo ordene una sentencia de los tribunales.

Por otro lado, el artículo 231 del Código de marras, señala que en casos de muerte al trabajador se reconocerá una suma global para cubrir gastos de entierro, que se determinará en el reglamento de la ley. De acuerdo al artículo supracitado, si la muerte se da en un lugar distinto al de la residencia habitual del trabajador, se reconocerá, para gastos de traslado del cadáver, una suma que se fijará en el reglamento de la ley. Para gastos de entierro, la suma no será menor de tres mil colones, para gastos de traslado

del cadáver, no será inferior a un mil colones. Ambas sumas serán revisadas por vía reglamentaria, cuando las circunstancias así lo exijan, en un plazo no mayor de dos años.

En primera instancia, cabe señalar que tales prestaciones las debe prestar el Instituto Nacional de Seguros, sin embargo, a tenor de los artículos 201 y 231, si el patrono incumpliese con su obligación de tener asegurado al trabajador accidentado, responderá ante estos y ante el ente asegurador por todas las prestaciones médico sanitarias, de rehabilitación y en dinero que fueron señaladas anteriormente.

En tratándose del accidente in itinere, cabe destacar la situación de los supuestos cobijados bajo la hipótesis número tres, es decir, aquellos casos cubiertos por la frase “en todo los demás casos”. Tal y como se desprende del último párrafo del inciso a) del artículo 196, en estos casos en los que se haya decretado un accidente en el trayecto, las prestaciones que se cubran serán aquellas estipuladas en este Código y que no hayan sido otorgadas por otros regímenes de seguridad social, parcial o totalmente, lo que nos lleva a considerar la existencia de dos regímenes de indemnización que cubrirían al trabajador. En primer lugar, el régimen establecido en el Código de Trabajo, y en segundo lugar, el régimen establecido en otras coberturas de seguro social.

De acuerdo con lo señalado en este artículo, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia 2010-000617 de las diez horas cinco minutos del veintiocho de abril de dos mil diez, expresó:

*“Al declararse la obligatoriedad y la universalidad del seguro contra*

*los riesgos del trabajo surgió la directa e ineludible responsabilidad de todo empleador de asegurar a sus trabajadores (artículos 193, 201 y 204 del Código de Trabajo); de forma tal que le corresponde, al ente asegurador, en todos los casos, cubrir siempre las respectivas prestaciones médico-sanitarias, de rehabilitación y en dinero, previstas en la normativa, ante cualquier riesgo laboral (artículos 206 y 232, ídem); sin perjuicio de que luego pueda accionar contra el empleador que haya omitido cumplir su obligación, para cobrarle todos los gastos en que haya incurrido, con motivo del riesgo (artículos 221 y 231, ídem). Ahora bien, la circunstancia de que el actor haya sido indemnizado según la cobertura del seguro obligatorio de vehículos no es obstáculo para que le asista el derecho a reclamar las diferencias correspondientes. La solución la define el citado artículo 196, que contempla dos situaciones. En el primer caso, el riesgo de trabajo reconoce todas las prestaciones estipuladas en el Código de Trabajo, inclusive las reconocidas por otros regímenes de seguridad social. Mientras que, en el segundo –cual es el presente– se hace acreedor a aquellas pero sólo en el tanto que no hubiesen sido otorgadas parcial o totalmente por otros regímenes de seguridad social, esto es, siempre que las prestaciones estipuladas en el Código de la materia no hubiesen sido cubiertas o indemnizadas, parcial o totalmente, por otros regímenes distintos al de riesgos de trabajo (...).”*

Como se observa, la solución provista por los magistrados ha sido optar por la posibilidad del trabajador de acceder a los juzgados laborales a reclamar aquellas sumas que han

quedado al descubierto. Es decir, aquellas sumas que no han sido debidamente cubiertas por regímenes de seguridad social distintos a los del riesgo de trabajo, podrán

ser solicitadas por los trabajadores por medio de este segundo régimen, solución que sin duda alguna es la más favorable al trabajador.

## LA PRESCRIPCIÓN EN LOS TÍTULOS CAMBIARIOS ¿EXCEPCIÓN PERSONAL O EXCEPCIÓN REAL?

**Dra. Melissa Rottier Salguero<sup>1(\*)</sup>**  
**Abogada costarricense**

### **Resumen**

El tema de las excepciones cartulares ha sido desarrollado de manera vasta, tanto en la doctrina internacional como en la nacional. La clasificación de las excepciones cartulares en reales o personales no encuentra mayor discusión en la literatura. Existe, sin embargo, vacilación con respecto a la consideración de la prescripción como excepción. Parte de la doctrina considera la excepción de prescripción como excepción real, concluyendo que la misma se desprende de la lectura del título, mientras que otra parte considera la prescripción como excepción personal, razonando a la luz del principio de la autonomía de las obligaciones del derecho cambiario. En este ensayo se discute la naturaleza de la prescripción como excepción real o personal, tomando en cuenta, los principios que gobiernan la materia y desafiando la falta de regulación en la legislación nacional.

**Palabras claves:** título cambiario, excepción cartular, excepción real, excepción personal, prescripción, prescripción cambiaria, solidaridad cambiaria, principio de autonomía, principio de abstracción, interrupción de la prescripción.

### **1. Generalidades**

La creación y emisión de un título cambiario encuentran justificación en una relación preexistente entre el emisor y el primer tomador, *relación subyacente o extracambiaria*, y en un acuerdo entre los mismos de fijar en el título la prestación debida, *convención ejecutiva*. El título emitido con base en la convención ejecutiva reproduce en forma simplificada, esquematizada y según las indicaciones prescritas por la ley, la obligación derivada de la relación subyacente. El derecho contenido en el título y reconocido al tenedor del título constituye el derecho cambiario o *cartular* destinado a circular.

Debemos tener presente que la emisión de un título cambiario produce efectos diferentes según el sujeto que se tome en consideración, ya sea respecto de las partes que han participado en su creación o de los terceros que han adquirido el título merced a la circulación del mismo. Esto porque la causa del título no es la misma para las partes originarias que para los terceros.

Respecto de las partes originarias la causa estriba en la relación subyacente, que bien

1 e-mail: melissa@rothier-law.com

puede proceder de un negocio civil, comercial, laboral, o de otra índole, mientras que frente a los adquirentes del título una vez que este ha sido puesto en circulación, la causa estriba en el título mismo. Esto significa que si el cumplimiento de la obligación cartular es exigida por el primer tenedor, el deudor podrá oponerle todas las excepciones que derivan de la relación subyacente, ya que serían excepciones personales. Si, por el contrario, el título ha circulado y el cumplimiento del mismo es exigido por un tercero, “entran en acción” a favor del tercer poseedor de buena fe los principios de literalidad (el tenor literal del documento define el contenido del mismo); autonomía (el derecho que puede ejercer el tercer poseedor es independiente del derecho que pertenecía a poseedores anteriores, el derecho es originario y no derivado) y; abstracción (independencia del derecho incorporado en el título de la causa patrimonial que lo hizo nacer). Otros principios que gobiernan el derecho cambiario son los de: incorporación (compenetración perfecta entre el derecho y el papel formando una sola cosa); circulación (fin último de los títulos cambiarios) y; legitimación (este principio es consecuencia directa del principio de incorporación. Se da lo que la doctrina llama legitimación por posesión. A través de ella se

establece la *fictio juris* de que quien posee y exhibe el documento es titular del derecho).

Es necesario tener siempre en consideración los principios supra mencionados cuando tratemos con temas del derecho cambiario, ya que éstos son inescindibles a los títulos-valores, en especial con respecto a los títulos cambiarios (letra de cambio, cheque y pagaré).

## 2. Las excepciones en el derecho cambiario

Las excepciones en el derecho cambiario, llamadas *excepciones cartulares* o *excepciones cambiarias*, constituyen los medios de defensa del deudor ante el cobro de un título de crédito (letra de cambio o pagaré).<sup>2</sup> Ante el derecho del acreedor de cobrar el crédito exigible contenido en un título cambiario, el deudor tiene derecho a oponerse a la pretensión del mismo. En líneas generales, el derecho de defensa del deudor se ejercita a través de las excepciones.<sup>3</sup>

Cuando hablamos de excepciones cartulares hacemos referencia a excepciones diferentes a aquellas excepciones o defensas mencionadas en el Código Procesal Civil.

2 El cheque aunque forma parte en doctrina de la categoría de los títulos cambiarios, no es un instrumento de crédito, sino de pago y por eso no lo incluimos en la categoría de los títulos de crédito.

3 Al respecto el profesor Gastón Certad explica: El deudor podrá oponerse al cobro de dos maneras distintas: a) demostrando que el tenedor carece derecho de cobrar el crédito, pues no tiene legitimación activa para pretenderlo; o b) demostrando que no tiene obligación de pagarlo, pues está amparado por alguna excepción que le dispensa del cumplimiento. La primera, debemos reconocerlo, goza de un rango preferente sobre la segunda, porque si comprobamos que el tenedor no tiene la titularidad ni la legitimación activa del crédito cambiario que reclama, sería del todo inútil y superfluo entrar a analizar si concurren o no excepciones que eximan al deudor del pago. Procesalmente hablando esto significa que la determinación de la legitimación cartular constituye una cuestión previa –prejudicial– a la investigación de la responsabilidad del deudor, de donde forzoso es concluir que la falta de legitimación cartular no puede ser una excepción cartular sino un presupuesto sine qua non de la gestión cobratoria (judicial y extrajudicial). Certad Maroto, Gastón. Las excepciones Cambiarias. Revista de Ciencias Jurídicas No 112 (87-106) enero-abril, San José, Costa Rica, 2007.

Dichas excepciones se encuentran reguladas en el Código de Comercio,<sup>4</sup> el cual ha adoptado como criterio clasificatorio el del sujeto contra el cual éstas pueden ser opuestas. Así, el artículo 668 C.C., contiene las llamadas “**excepciones in personam**”, **excepciones personales**, basadas en relaciones personales (de emisión o transmisión) del tenedor con el deudor, mientras que el artículo 669 C.C., contiene las llamadas “**excepciones in rem**”, **reales o absolutas**, oponibles a cualquier tenedor del título, con independencia del lugar que ocupe dentro del ciclo de la negociación cambiaria, es decir, erga omnes.

Debemos tener en consideración que en esta materia rige el **principio de la limitación de las excepciones**, propia del derecho cambiario, de orden estrictamente material o sustantivo, no siendo de tipo procesal. Dicho principio pretende favorecer y facilitar la circulación de los títulos cambiarios, ya que quien adquiere uno de estos instrumentos sabe que el deudor podrá oponerse al pago solo de manera muy limitada y el “público”<sup>5</sup> sabe que se podrá atener siempre al tenor literal del título. Ahora bien, este principio sólo rige inter tertios, no existiendo inter partes, ya que inter partes, podrán ser alegadas todas aquellas excepciones personales que existan en la relación jurídica deudor-acreedor.

Manifestación directa del principio de la limitación de las excepciones lo constituye el

artículo 669 C.C. Dicho artículo enumera una lista taxativa de excepciones que pudieren ser opuestas a cualquier tenedor en casos objetivos, es decir aquellos casos en que la excepción resulta de manera manifiesta y objetiva del rigor literal del documento. Las excepciones del artículo 669 C.C., a saber, las excepciones de forma, las que se fundan en el texto del documento, las que dependan de la falsedad de la propia firma del deudor o de defectos de capacidad o de representación al momento de la emisión, o de la falta de condiciones necesarias para el ejercicio de la acción, constituyen las excepciones reales no pudiendo el deudor alegar ulteriores excepciones al acreedor. Por el contrario, en el caso de las excepciones personales, el deudor podrá plantear infinidad de excepciones siempre que conciernan a la relación inmediata entre las partes (deudor-tenedor legítimo), no pudiendo alegar excepciones que conciernan a otros tenedores.

Adicionalmente, el artículo 669 bis C.C., hace referencia a una excepción personal en particular, la “excepción de falta de titularidad” considerada una excepción personal en sentido estricto porque puede alegarse exitosamente solo contra determinados acreedores, precisamente, en función de la peculiar situación en que ellos se encuentran respecto del deudor demandado.<sup>6</sup>

4 En adelante al Código de Comercio se referirá como C.C.

5 Karl Einert formula la teoría del PapierGeldTheorie. En ella, el suscriptor emite una promesa dirigida al público, de pagar de conformidad con las cláusulas insertas en el título. Y para que en el público surja la confianza de que la promesa será mantenida, fue necesario asegurar al poseedor del título un derecho autónomo. Einert formula el principio de autonomía, asegurando a quien fuese titular de un título de crédito que adquiriría un derecho autónomo, nuevo, independiente al de todos los demás. De esta forma el derecho nacía con cada nuevo suscriptor, quien adquiriría un derecho nuevo para todos los efectos.

6 La última doctrina ha además elaborado una segunda y distinta categoría de excepciones personales representada por las denominadas “excepciones personales en sentido estricto”, caracterizadas por el hecho negativo de no fundamentarse en una particular relación existente entre el obligado y el tenedor del título y, por ende, referirse, en substancia, a la misma relación cartular. MARTORANO, F., *Lineamenti generali dei Titoli di Credito e Titoli cambiari*, Morano Editore, Napoli, Italia, 1979, pp. 99 ss; citado en Las Excepciones Cambiarias, op. Cit.

Continuando con las excepciones reales, podemos decir que las mismas poseen las siguientes características: i) se fundamentan en situaciones objetivas documentalmente, importando solo el rigor del título; ii) son oponibles erga omnes consideradas excepciones no excluibles, ya que se pueden oponer frente a cualquier poseedor; iii) son taxativas, protegiendo al tercer adquirente de buena fe que ha confiado en el tenor literal del título; iv) se basan específicamente en los principios cartulares de lo títulos cambiarios, siendo llamadas por alguna parte de la doctrina las “verdaderas excepciones cartulares.”

Ahora bien, la doctrina distingue una ulterior clasificación de las excepciones en **objetivas** o **subjetivas**, según puedan hacerse valer por todos los obligados cambiarios o sólo por alguno de ellos, obteniendo así una clasificación cuatripartita como sigue: **excepciones personales subjetivas**, aquellas oponibles solo entre un determinado acreedor y un determinado obligado cambiario, v. gr., aquellas relativas al negocio causal; **excepciones personales objetivas**, oponibles contra un determinado poseedor y por todos los obligados cambiarios, v. gr., falta de legitimación; **excepciones reales objetivas**, oponibles contra cualquier poseedor y por cualquier obligado cambiario, v. gr., excepciones de forma; **excepciones reales subjetivas**, oponibles contra cualquier poseedor pero sólo por determinados obligados cambiarios,

v. gr., excepción de falsedad de la propia firma o de defectos de capacidad o de representación al momento de la emisión, alteración del texto del documento.

Teniendo en consideración las clasificaciones anteriormente mencionadas, procederemos a categorizar la excepción de prescripción en alguna de ellas. Nótese que dicha excepción no se encuentra mencionada en los artículos 668, 669 y 669 bis todos del C.C. que regulan las excepciones cartulares, por lo tanto será a la luz de los principios que gobiernan la materia cambiaria que se deberá dilucidar el tema.

### 3. De la Prescripción

A través de la prescripción se consolidan situaciones de hecho por medio del transcurso del tiempo, ya sea constituyendo (prescripción adquisitiva o positiva) o extinguiendo (prescripción extintiva o liberatoria) derechos subjetivos. La figura de la prescripción positiva tiene importancia en el derecho civil, no así en el derecho comercial,<sup>7</sup> siendo que a éste último solo resulta aplicable la figura de la prescripción extintiva y por lo tanto la única que consideraremos en este acápite.

Según MESSINEO<sup>8</sup> “la prescripción es el modo, con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue un derecho subjetivo por efecto de la falta de ejercicio. Presupuesto de ellas es, pues, la inactividad del titular del derecho, prolongándose por el tiempo

<sup>7</sup> Esta afirmación encuentra sustento jurídico en el artículo 985 del Código de Comercio.

<sup>8</sup> Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971.

que está fijado por ley.” Por otro lado, VIDAL RAMÍREZ<sup>9</sup> da una noción genérica de la prescripción, señalando que ésta “es un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica.”

El fundamento del instituto de la prescripción lo podemos encontrar en el hecho de que el ordenamiento jurídico considera la “certeza” como un bien jurídico tutelable. Al respecto, VAZQUEZ QUETO,<sup>10</sup> afirma que “el ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible ante la incertidumbre que genera la perpetuación de una relación jurídica obligatoria pendiente de cumplimiento por las partes. De ahí que, transcurrido un lapso de tiempo determinado, si el sujeto que ocupa la posición de acreedor de esa relación jurídica adopta una postura activa en el sentido de reclamar su liquidación, ni el que se encuentra obligado a poner los medios para proceder a tal ejecución reconoce la vigencia de la citada liquidación y manifiesta de manera explícita

o implícita, por consiguiente, su disposición hacia el cumplimiento, determina la extinción del derecho por el transcurso del tiempo”.

Sin embargo, para que opere la prescripción, no solo basta el paso del tiempo, sino que además, como ya lo mencionaba Messineo, la inercia del titular del derecho es requisito fundamental para que se configure la misma. RUIZ BRAVO,<sup>11</sup> afirma que “la figura de la prescripción resulta compuesta por tres elementos fundamentales como lo son: a) el transcurso del tiempo, b) el abandono, inercia o desinterés del titular del derecho que se ejercita y c) la voluntad del favorecido de hacerla valer en el proceso respectivo.”

En el derecho civil, la prescripción ordinaria requiere un plazo de diez años.<sup>12</sup> Por el contrario, la prescripción mercantil, a norma del artículo 984 C.C., requiere un plazo de cuatro años,<sup>13</sup> el cual comienza a correr a partir del día siguiente del vencimiento de la obligación.<sup>14</sup> Transcurrido este plazo y

<sup>9</sup> Vidal Ramírez, Fernando. La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano. Editorial Cultural-Cuzca, S.A., Perú, 1985., citado en Castro Quirós (Carolina). La Prescripción en la letra de Cambio y el Pagaré: Análisis de la figura del fiador Solidario. Tesis para optar por el grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998.

<sup>10</sup> Vazquez Cueto, Jose Carlos. La Prescripción de las Acciones Cambiarias. McGraw-Hill, Madrid, 1997., citado en Hernández Aguilar, Álvaro y Escoto Fernández, Carmen María. El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2004.

<sup>11</sup> Ruiz Bravo (Luis Guillermo). La Prescripción en los Procesos Ejecutivos de Conocimiento Sumario en Materia Civil y de Hacienda. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2002., citado en El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias), op. Cit.

<sup>12</sup> Artículo 868. Código Civil de Costa Rica.

<sup>13</sup> Con las siguientes salvedades que prescribirán en un año: a) Las acciones de nulidad de los acuerdos tomados por las asambleas de accionistas o consejos de administración de sociedades comerciales; las de reclamaciones por vicios de las cosas vendidas con garantía de buen funcionamiento; y las de responsabilidad de los administradores, gerentes, directores y demás miembros de la administración de sociedades; b) Las acciones para cobrar intereses, alquileres, arrendamientos o rentas; c) Las acciones de los empresarios, para cobrar el valor de las obras que ejecutaren por destajo; d) Las acciones para cobrar el uso de cualquier otro derecho sobre bienes muebles; y e) Las acciones derivadas de ventas al por mayor y al detalle a otros comerciantes o al consumidor directamente. Artículo 984 del Código de Comercio.

<sup>14</sup> Artículo 983. Código de Comercio de la República de Costa Rica.

manifiesta la inercia del titular del derecho, el deudor podría oponer exitosamente la excepción de prescripción a su acreedor. Esto nos lleva a considerar el efecto de la prescripción extintiva, el cual es sin más preámbulos, la pérdida del derecho por parte del titular del mismo.<sup>15</sup>

Ahora bien, la prescripción no puede ser declarada de oficio, sino que debe ser opuesta por la parte interesada.<sup>16</sup> Tampoco puede ser renunciada de manera anticipada, ya que por disposición del artículo 970 C.C., solamente la prescripción ya cumplida puede ser objeto de renuncia. Esto quiere decir que los plazos de prescripción establecidos por la ley son inalterables (no se pueden reducir ni ampliar por acuerdo entre las partes).<sup>17</sup>

La prescripción podrá, sin embargo, ser suspendida o interrumpida. La suspensión de la prescripción acarrea el detenimiento del tiempo, pero no inutiliza el tiempo ya transcurrido. La ley establece las causas de suspensión de manera taxativa en los artículos 880 del Código Civil y 976 del Código de Comercio. Una vez que la causa

de suspensión cese, el tiempo de prescripción comienza a correr pero incorporándose el tiempo ya transcurrido.

Por otro lado, la prescripción será interrumpida cuando el titular del derecho realice actos "interruptores,"<sup>18</sup> es decir, actos que manifiesten claramente su intención de hacer valer el derecho. En materia mercantil dichos actos se encuentran regulados en el artículo 977 C.C., a saber: a) la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al deudor; b) el requerimiento judicial, notarial o en otra forma escrita, debidamente notificado; c) el reconocimiento tácito o expreso en derecho de la persona contra quien se prescribe hecho por aquel a cuyo favor corre la prescripción y; d) el pago de intereses debidamente comprobado. El efecto del acto interruptor es hacer inválido todo el tiempo transcurrido, de manera que el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente a partir del acto interruptor. Tema importante lo constituye la regulación de la interrupción de la prescripción en el caso de obligaciones solidarias<sup>19</sup> mercantiles, ya que el artículo 978 C.C.,

15 Según Víctor Pérez Vargas "resulta más correcto afirmar que por la prescripción se crea una situación de certeza mediante la cual se considera extinguido un derecho." Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. Tercera edición, Litografía e Imprenta Lil, S.A., San José, Costa Rica, 1994.

16 Artículo 973. Código Civil de la República de Costa Rica.

17 El interés a la certeza es un interés público por lo que las normas que lo regulan no pueden ser derogadas por los particulares. La prescripción tiende a satisfacer éste interés por lo que ella no puede ser objeto de actos dispositivos. Es pues nulo, todo negocio que tienda a regular el curso de la prescripción, su duración o modo. Derecho Privado, op. Cit.

18 La interrupción de la prescripción se encuentra regulada en los artículos 875 a 879 del Código Civil y 977 al 983 del Código de Comercio.

19 Recordemos que las obligaciones pueden presentarse de dos formas: simples, hay una relación entre deudor (es) y acreedor (es) de una prestación, donde uno es responsable de cumplirla (en forma total o en parte según el número de deudores y el otro tiene el derecho de exigirla (en forma total o en parte también) sin la participación de personas ajenas a la obligación; o solidarias, la figura del deudor o acreedor, aparece reforzada por la pluralidad de miembros pero, a diferencia de los codeudores o coacreedores simples pueden las partes reclamar de cualquiera de los deudores la totalidad de la prestación (solidaridad pasiva) o bien está el deudor en posibilidad de cumplir la totalidad a cualquiera de los acreedores y quedar liberado. La Prescripción en la letra de Cambio y el Pagaré: Análisis de la figura del fiador Solidario, op.cit.

dispone que "las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto a los otros." Consecuentemente, la demanda debidamente notificada a uno de los deudores solidarios interrumpirá el cómputo de la prescripción a los demás obligados solidarios

#### 4. De la Prescripción Cambiaria

La prescripción cambiaria responde a las mismas características enunciadas en el acápite anterior, no obstante, presenta particularidades propias del derecho cambiario. VÁZQUEZ CUETO<sup>20</sup> señala que "la seguridad jurídica presenta mayor incidencia en el campo cambiario que en el derecho común. En los títulos cambiarios, la pretensión del acreedor insatisfecho, aún justa desde un punto de vista sustantivo, debe decaer en ciertos casos ante el riesgo que supone para el tráfico jurídico el mantenimiento de la incertidumbre durante un período de tiempo amplio acerca de la definitiva atención de instrumentos especialmente dispuestos para agilizar el ejercicio y la transmisión de derechos de crédito. La incertidumbre sobre la solución de relaciones jurídicas obligatorias nacidas de los títulos cambiarios genera a la postre inseguridad, y esta inseguridad suscita recelos sobre la verdadera funcionalidad de los mencionados títulos."

La prescripción en materia cambiaria disfruta de un régimen particular constituido por

los artículos 795 y 796 C.C. El artículo 795 C.C., indica el plazo de prescripción de las obligaciones cambiarias al disponer que "las acciones que nacen de la letra de cambio prescriben a los cuatro años, a contar de la fecha del vencimiento." Cabe destacar que a diferencia de la regulación contenida en el Código Ginebrino y adoptada en diversidad de ordenamientos, el legislador costarricense adoptó un plazo unitario de prescripción de las acciones cambiarias. Como corolario tanto la acción directa (dirigida contra el librado-aceptante), la acción de regreso (dirigida contra los demás firmantes: endosantes, avalistas, librador) y la acción de reembolso (que puede ser ejercida sólo por quien ha pagado (a excepción del aceptante) y contra cualesquiera o todos los obligados anteriores), tienen un plazo de prescripción de 4 años.

Por otro lado, el artículo 796 C.C., deroga la norma general contenida en el artículo 978 C.C., al disponer que "la interrupción de la prescripción sólo surtirá efecto contra aquel respecto del cual se haya efectuado el acto que interrumpa." En consecuencia, en materia cambiaria, la interrupción de la prescripción con respecto a un deudor cambiario no interrumpe la prescripción con respecto a los demás obligados cambiarios, es decir, los efectos de la prescripción no se comunican entre deudores solidarios. Por lo tanto el acreedor que quiera interrumpir la prescripción a todos los obligados solidarios de un título cambiario deberá dirigir el acto interruptor a cada uno de los obligados solidarios.

La regulación del artículo 796 C.C., reviste importancia debido a que los títulos

20 Vazquez Cueto, Jose Carlos. El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias), op. Cit.

cambiarlos tienden, por su naturaleza, a incorporar una pluralidad de obligados que garanticen el crédito contenido en ellos. Sólo de esta manera se torna el crédito contenido en el título como apetecible para otros acreedores lográndose así la circulación de la riqueza.

Para GARRIGUES,<sup>21</sup> “lo característico de la prescripción cambiaria es que los actos interruptivos (...) sólo surten efecto respecto del deudor contra el que van dirigidos. La interrupción de la prescripción no afecta a la totalidad de los derechos de la letra, sino sólo a la obligación del deudor en cuestión. Ejemplo: si el demandante reclama a uno solo de los endosantes de la letra, la prescripción se interrumpirá a virtud de la interpelación judicial sólo frente al endosante demandado, corriendo el plazo de la prescripción respecto de los demás. Para interrumpir el plazo también respecto de éstos, es necesario que el acto interruptivo se dirija contra cada uno de ellos. Paralelamente, la interrupción sólo favorece al acreedor que haya realizado el acto interruptivo. Por eso el reconocimiento de la deuda, por ejemplo, sólo favorece al acreedor cambiario a quien va dirigido.”

En el mismo sentido, HERNÁNDEZ AGUILAR Y ESCOTO FERNÁNDEZ<sup>22</sup> afirman que “la prescripción cambiaria (...) no tiene incidencia absoluta sobre el complejo entramado de relaciones jurídicas obligatorias existente en un título cambiario, que la dota precisamente de una relatividad de efectos exclusivo de esta materia. Por ende, la prescripción en el ámbito cambiario, presenta efectos personales; esto es,

beneficia y perjudica exclusivamente a los sujetos de la relación cambiaria cuya acción no se ha ejercitado. Y lo mismo puede decirse de las circunstancias obstativas de la prescripción, que se aglutinan en torno a la figura de la interrupción de la prescripción. Los efectos de la interrupción del transcurso del plazo de prescripción de una acción contra un obligado cartáceo no se comunican a los restantes obligados, del mismo modo que tampoco benefician a otros eventuales legitimados activos para el ejercicio de la acción cambiaria frente al obligado ante el que se efectuó el acto interruptivo.”

¿Pero cual es la razón lógico-jurídica que permite explicar la relatividad de la prescripción cambiaria, y por ende, el hecho de que la interrupción de la prescripción a un obligado cambiario no se comunique al resto de obligados? Para responder a esta interrogante debemos analizar la figura de la *solidaridad cambiaria* y la incidencia de ésta en el comportamiento de la prescripción en materia cambiaria.

## 5. De la solidaridad cambiaria

La responsabilidad solidaria del derecho cambiario se encuentra regulada en el artículo 787 del Código de Comercio, el cual estipula que “los que hubieren librado, endosado o avalado una letra de cambio, responderán solidariamente frente al tenedor. El portador tendrá derecho a proceder en la vía ejecutiva contra todas estas personas individual o colectivamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado. El mismo derecho corresponderá a

cualquier firmante de una letra de cambio que la haya pagado. La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada.”

La solidaridad cambiaria significa que todo aquel que ha firmado un título cambiario es responsable por la totalidad de la suma que consta en el título.<sup>23</sup> Aún más, el portador del título se encuentra en una posición privilegiada, misma que permite la fácil circulación de estos instrumentos de crédito, ya que éste posee no sólo el *ius eligendi*, que consiste en el derecho de elegir a cual de los obligados cambiarios quiere cobrar la deuda, sino además el *ius variandi*, es decir, la posibilidad de accionar contra todos y cada uno de los firmantes del título, conjunta, alternativa o separadamente, sin obligación de atenerse al orden cronológico en que las firmas fueron puestas en el título. El mismo derecho corresponde, mediante la acción en vía de regreso, a quien no siendo el librado aceptante (obligado directo) haya pagado la letra.

Es precisamente en este punto donde se vislumbra claramente la divergencia entre las obligaciones solidarias cambiarias, y las obligaciones solidarias civiles<sup>24</sup> y las de

naturaleza comercial en general<sup>25</sup>. Mientras que en las dos últimas existe una sola relación jurídica respecto a los deudores solidarios con respecto al acreedor, es decir, existe un único derecho y una única obligación; en materia de títulos cambiarios, y en virtud de los principios de autonomía y abstracción que operan en la misma, existen tantas relaciones jurídicas como firmantes consten en el título, es decir, tantos derechos y obligaciones como personas obligadas y estos derechos y obligaciones nacen de causas distintas. Ahora bien, no todos los firmantes ostentan la misma categoría, más bien, los obligados cambiarios asumen diferentes posiciones dentro de la cadena obligacional. De esta forma se distinguen el obligado principal (librado-aceptante<sup>26</sup>) y los obligados en vía de regreso (avalistas, endosantes, fiadores).

El fundamento de la solidaridad cambiaria lo constituye la autonomía de las obligaciones asumidas por cada firmante. Dicha autonomía implica que el derecho que puede ejercer el tercer poseedor es independiente del derecho que pertenecía a poseedores anteriores. De este modo, el principio de autonomía garantiza a cada adquirente de buena fe que el derecho nace en él de modo originario, ex novo, sin los defectos que hubiesen podido nacer en anteriores adquirentes.<sup>27</sup>

22 El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias), op. Cit.

23 Salvo que haya limitado el monto de su obligación, véase el caso del aceptante artículo 751 del Código de Comercio de la República de Costa Rica.

24 Artículo 637. Código Civil de la República de Costa Rica.

25 Artículo 978. Código de Comercio de la República de Costa Rica.

26 En caso de que el librado no acepte la obligación el librador se convierte en el obligado principal.

27 En su sede activa, la autonomía hace referencia al derecho que cada poseedor sucesivo va adquiriendo sobre el título y los derechos en él incorporados, mientras que en su sede pasiva, dicho término hace referencia al hecho que la obligación de cada uno de los signatarios del título es independiente y diversa de la de los demás obligados. Ver artículos 675 y 676 del Código de Comercio de la República de Costa Rica.

21 Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Octava edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

A su vez, el principio de abstracción hace referencia a la independencia que tiene el derecho incorporado en el título de la causa patrimonial que lo hizo nacer. En el caso de los títulos cambiarios, la causa se encuentra totalmente desvinculada del derecho contenido en el título, son títulos abstractos, y por ende las excepciones relativas a relaciones personales ex causa son inoponibles a cualquier poseedor que no haya sido parte de la relación subyacente. Si bien es cierto, la relación de interdependencia de ambos conceptos es innegable, los dos términos refieren a dos situaciones jurídicas distintas, a saber, mientras que el principio de abstracción indica que la obligación, crédito cartular, incorporada en el documento es independiente del negocio subyacente que lo hizo nacer, vinculando al deudor independientemente de la causa que lo ha ocasionado; el derecho es autónomo, no porque se halle desvinculado de su causa, sino porque a partir de que éste circula,<sup>28</sup> las deficiencias o nulidades que pudiere tener el derecho en cabeza de quien lo traspasó no afectarán al nuevo adquirente.

Consecuentemente, la importancia de este tema recae en el ámbito de las excepciones, y en lo que nos concierne, la excepción de prescripción. Según HERNÁNDEZ AGUILAR Y ESCOTO FERNÁNDEZ<sup>29</sup> “mientras en

la solidaridad civil su estructura responde a la existencia de un vínculo conforme a lo dispuesto en el artículo 637 del Código Civil, en la solidaridad cambiaria cada una de las obligaciones es distinta y autónoma. Lo anterior determina la presencia de una relatividad de efectos,<sup>30</sup> de la prescripción cambiaria (y de su interrupción) en su vertiente activa y pasiva. La prescripción de la acción del tenedor del título contra un obligado cambiario no implica la pérdida de las acciones que posteriores tenedores pudieren ostentar frente a ese obligado. Así mismo, la interrupción de la prescripción cambiaria beneficia exclusivamente al titular de la acción del que estaba prescribiendo, sin que pueda extenderse a los restantes obligados- artículo 796 del Código de Comercio-, como si ocurre en el derecho común.”

Son precisamente las particularidades de la solidaridad cambiaria, que dotan a la prescripción cambiaria de una cierta “relatividad” que permite establecer que los actos interruptores de la misma no afecten a otros obligados cambiarios. Claro está que la solidaridad cambiaria solo responde a los principios que conforman la materia cambiaria, en particular autonomía y abstracción, y al fin último de los títulos cambiarios: la circulación de la riqueza.

28 El principio de autonomía cobra importancia solo en cuanto éste circula, porque es a partir de este momento en que se despliegan los efectos del mismo; si el título nunca circulase y se quedara en manos de quienes suscribieron el negocio que le dio causa, no tendría sentido hablar de autonomía en el tanto no existen terceros que pudieren ser afectados por vicios en el título.

29 El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias), op. Cit.

30 La negrita no corresponde al original.

## 6. **Prescripción: ¿excepción personal o excepción real?**

La naturaleza real o personal de la excepción de prescripción en el derecho cambiario no está clara en la doctrina. Para VIVANTE,<sup>31</sup> la excepción de prescripción es una excepción real que se puede oponer por el deudor requerido para el pago, frente a cualquiera que pretenda el cobro. De la misma forma GARRIGUES,<sup>32</sup> categoriza a la prescripción dentro de las excepciones in rem, indicando que es visible en el título sin requerirse la invocación a otra relación jurídica extraña a la letra para excusarse del pago.

Quines incluyen la excepción de prescripción dentro de la categoría de las excepciones reales, basan su pensamiento en el hecho que la prescripción del derecho contenido en el título se obtiene de una simple lectura del mismo. Esta conclusión se obtiene fácilmente si pensamos que la fecha de vencimiento del título (su exigibilidad) esta contenida dentro de las cláusulas literales del mismo, de modo tal que el deudor podría alegar la excepción real de prescripción a cualquier acreedor que quisiera cobrar el crédito cuatro años después de su fecha de vencimiento. Aún más, si las partes no insertan la fecha de vencimiento dentro del título, el Código de Comercio suple este requisito mediante la presunción contenida en el artículo 728, segundo párrafo, la cual establece que “... la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado, se considerará pagadera a la

vista...” De esta forma, si la prescripción del derecho cambiario se obtiene fácilmente con una lectura del título, sea que el vencimiento esté incluido dentro de las cláusulas cambiarias, sea que éste se supla por ley, la excepción de prescripción estaría incluida dentro de las excepciones “que se fundan en el texto del documento” (Art. 669 C.C.), es decir, sería una excepción de literalidad y consecuentemente una excepción real.

En el supuesto que la prescripción sea verdaderamente deducible de la lectura del título (o inclusive operando la presunción del artículo 728 C.C) y conformándose la excepción de prescripción como una excepción real quedaría sólo interpretar si la misma sería objetiva o subjetiva. Pareciere lógico que si la excepción de prescripción puede ser oponible por cualquier obligado cambiario contra cualquier acreedor (premisa básica de las excepciones de literalidad), ésta perteneciere a la categoría que aquí hemos llamado, *excepciones reales objetivas*. Sin embargo, este punto también es discutible en doctrina y según HERNÁNDEZ AGUILAR Y ESCOTO FERNÁNDEZ,<sup>33</sup> “la mayor parte de la doctrina (...) suele ubicar a la prescripción como real y subjetiva en lo que concierne a la **acción directa**,<sup>34</sup> al derivar del propio título. Sin embargo, la situación no presenta el margen de nitidez en los supuestos de las **acciones regresivas**,<sup>35</sup> ya que los casos en ocasiones resultan extraños al propio título, lo que le brinda un carácter relativo y subjetivo.”

31 Vivante, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Volumen III, Editorial Reus, Madrid, 1936.

32 Curso de Derecho Mercantil, op. Cit.

33 *El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias)*, op. Cit.

34 La negrita no corresponde al original.

35 La negrita no corresponde al original.

Esta posición toma en consideración la relatividad de la prescripción cambiaria (principio de autonomía) y la distinta naturaleza de las obligaciones cambiarias, haciendo la diferencia entre obligados directos y obligados de regreso. En el caso del aceptante de una letra de cambio (obligado directo) se tiene certeza del vencimiento de la obligación cambiaria respecto a él, al constar en el título la fecha de vencimiento. Consecuentemente, el obligado directo (excepción subjetiva) podrá oponer a cualquier tenedor (excepción real) la excepción de prescripción por derivarse del título mismo. Por el contrario, en el caso de los obligados de regreso, siendo que los mismos se incorporan en momentos distintos y por causas distintas a aquellas que hicieron nacer el título, podrían existir acuerdos personales entre alguno de ellos (aval, fiador, endosante) y un tercer poseedor legítimo que modifiquen las cláusulas contenidas en el título. Analicemos los siguientes ejemplos:

1) Entre el acreedor A y el aval B se estipula un acuerdo personal de prórroga del plazo de vencimiento de una letra de cambio a un año. En éste, la obligación será exigible para B el día X de 2009, mientras que para el resto de obligados cambiarios el día X de 2008 (tal y como establecido en las cláusulas cambiarias). Esto significa que para todos los obligados cambiarios, a excepción de B, la obligación del pago del título prescribe el día X de 2012, mientras

que para B, dicha obligación prescribe el día X de 2013. En el eventual caso de que A quisiera cobrar el crédito a partir del día X + 1 de 2012, cualquiera de los obligados cambiarios podría oponer la excepción (real) de prescripción, a excepción de B, para quien la obligación prescribe hasta el día X + 1 de 2013. Por el contrario, si la prórroga del vencimiento del plazo se hiciera constar en el título, la obligación prescribiría para todos los obligados cambiarios el día X + 1 de 2013.<sup>36</sup> En la relación jurídica anteriormente descrita entre el acreedor (A) y el aval (B), únicamente B (excepción subjetiva) no podrá oponer la excepción de prescripción a A (y únicamente a ese acreedor), tornándose la misma en una excepción personal.<sup>37</sup>

2) Consideremos las economías locales donde el comercio es realizado de manera habitual a través del crédito. En dicho caso, la letra de cambio y/o el pagaré, devienen en herramientas útiles y eficaces para la realización de negocios, siendo común la confianza en estos instrumentos. Supongamos que A (acreedor) firma con B (deudor) un pagaré que nació de una venta a plazos. En el pagaré existen otros obligados cambiarios, entre ellos C (el aval de B). A la fecha del vencimiento del pagaré (1/1/2000) A se dirige a B para cobrar su crédito, pero éste último no teniendo liquidez para saldar la deuda le pide a C que pague la cantidad debida. Como es una economía local,<sup>38</sup> a los sujetos intervinientes no les interesa

36 Para que la cláusula de prórroga vincule a todos los obligados cambiarios, los mismos deberán de aceptarla por medio de su firma.

37 A nuestro entender, el mismo tipo de pactos extracartulares podrían existir entre el obligado directo y algún tenedor, dando lugar a una excepción personal, tal y como concebida en el ejemplo mencionado.

38 Es común que en una economía local los sujetos intervinientes en títulos cambiarios sean todos conocidos, parientes, amigos, o personas con las que deberán en el futuro mantener negocios.

el cobro judicial, por lo que entre A y C se firma un acuerdo personal (15/1/2000) en donde se hace constar que C paga parte del monto adeudado. A, B y C acuerdan de manera verbal que B pagará el monto adeudado tanto a C como a A. Si después de cuatro años (2/1/2004) A procede al cobro judicial del pagaré por incumplimiento de B, el deudor (B) podrá alegar la excepción real de prescripción, ya que del título será evidente el transcurso del tiempo. Por el contrario C no podrá alegar la prescripción de la deuda, ya que a través del pago hecho a A, la prescripción del cobro de la deuda fue interrumpida y por lo tanto a partir del 15/1/2000 empezó a correr nuevamente la prescripción para C.<sup>39</sup> Se evidencia una vez más el carácter personal y subjetivo que puede tomar la excepción de prescripción en materia cambiaria.

Este par de ejemplos ilustran la infinidad de casos que se pudieren plantear, y aunque a primera vista pudieren parecer ilusorios, lo cierto es que el comercio presenta realidades aún más complejas. Las razones que llevan a los acreedores a firmar acuerdos personales con obligados de regreso son innumerables: relaciones comerciales entre ellos y ajenas a la relación cartular, relaciones de parentesco o amistad, relaciones de confianza, habitualidad, entre otras. Lo que cabe destacar es como en relación con obligados de regreso la naturaleza de la prescripción como excepción real o personal se torna de difícil clasificación.

Asimismo, el debate presenta importancia a nivel nacional ya que el Código de Comercio es abiertamente impreciso. En particular el artículo 783 C.C., establece que “el protesto, juntamente con la letra, formarán el título ejecutivo contra cualquiera de los obligados en ella. Contra esa acción ejecutiva no cabrán más excepciones que las de carácter personal que el ejecutado tenga con el actor, la de prescripción, las de vicios propios de la letra que la hagan nula y las indicadas en el artículo 744 y 802 del C.C.” Consecuentemente, en un proceso cobratorio, el obligado cambiario podrá oponer al acreedor sólo las excepciones: a) personales (art. 668); b) la de prescripción; c) las de vicios propios del título que lo hagan nulo (art. 669); d) las del artículo 744 (derogado) y; e) las del artículo 802 (extensión de las normas de la letra de cambio al pagaré).

De la lectura del artículo 783 C.C., no cabe más que interpretar que la excepción de prescripción no es ni real ni personal, sino que forma su propia categoría, una categoría *sui generis*. Dicha interpretación parece absurda cuando la doctrina ha logrado desempañar el tema recayendo en el discurso lógico del principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, de tal manera, que la excepción de prescripción sería al menos una excepción personal. Al respecto CERTAD MAROTO<sup>40</sup> considera que: “El (artículo) 783 establece que en el proceso ejecutivo<sup>41</sup> el deudor cambiario

39 Evidentemente C podrá cobrar el monto adeudado a B en otro proceso judicial.

40 *Las excepciones Cambiarias*, op. Cit

41 Entiéndase proceso monitorio a partir de la Ley de Cobro Judicial número 8624 que entró en vigencia el día 20 de abril de 2008.

sólo puede oponer al tenedor reclamante las excepciones de (a) vicios propios de la letra (o los del pagaré) que la hagan nula – defensas que a nuestro leal saber y entender serían las denominadas excepciones reales o absolutas, taxativamente indicadas en el artículo 699–, (b) las de carácter personal que el ejecutado tenga con el actor –que serían las comprendidas en el artículo 688–, (c) la de prescripción **(que es una excepción personal basada en una relación personal)**<sup>42</sup> y, por ende, reiterativa, pues estaría incluida en el elenco del 668), y (d) las indicadas en el artículo 744 (hoy derogado)”.

Pero entonces, ¿es la excepción de prescripción una excepción real o personal? Ciertamente la respuesta no la obtendremos del Código de Comercio, como quedó demostrado, más bien corresponde al lector reflexionar sobre los argumentos brindados y de acuerdo con los principios que impregnan el derecho cambiario formular su propio criterio. En nuestro entender, la excepción de prescripción tiene una naturaleza dual y por tanto podrá ser excepción real o excepción personal dependiendo del obligado cambiario que la oponga y de la situación fáctica en concreto. Porque: i) no podemos negar el carácter real (objetivo) cuando dicha excepción la interpone el librado aceptante y no consta ningún acuerdo personal entre éste y el acreedor (la prescripción se obtiene de la lectura del título); ii) no podemos negar el carácter real (subjetivo) cuando dicha excepción es interpuesta por el librado aceptante pero existen acuerdos personales

entre el acreedor y otros obligados cambiarios que modifican cláusulas que impactan el plazo de prescripción y; iii) no le podemos negar el carácter personal en presencia de un acuerdo personal extra-cartular entre un obligado cambiario (incluyéndose el librado aceptante) y un acreedor, ya que sólo aquél obligado cambiario con que se realizó el acuerdo podrá oponer a aquél acreedor con que se realizó el acuerdo la excepción de prescripción.

A todo esto, resulta más sencillo afirmar el carácter personal de la excepción de prescripción. Esto no contradice lo afirmado supra, sino que al proceder a las clasificaciones hechas en i), ii) y iii) estamos considerando cada caso en particular, es decir cada obligación cambiaria de manera independiente, volviendo una vez más al principio de autonomía de las obligaciones cambiarias. Y es solo en virtud de este principio que podemos entender el fundamento del artículo 796 C.C., y la razón por la cual la interrupción de la prescripción sólo surte efecto contra aquél respecto del cual se ha efectuado el acto interruptor. En realidad, tanto el comportamiento de la solidaridad cambiaria como el de la prescripción son consecuencia directa de la naturaleza jurídica de las obligaciones cambiarias.

Agradecimientos: Agradezco a mis estudiantes del curso Derecho Comercial III (grupo-04) de la Universidad de Costa Rica por sus comentarios, preguntas y aportes, los cuales instaron en mí la necesidad de escribir este artículo.

## ***Bibliografía***

Aguilar, Álvaro y Escoto Fernández Carmen María. El Cobro de los Títulos Cambiarios (Acciones y Excepciones Cambiarias). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2004.

Álvarez Salas, Lizeth. Prescripción y Caducidad en la Letra de Cambio. Tesis para optar por el grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001.

Castro Quirós, Carolina. La Prescripción en la letra de Cambio y el Pagaré: Análisis de la figura del fiador Solidario. Tesis para optar por el grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998.

Certad Maroto, Gastón. Las excepciones Cambiarias. Revista de Ciencias Jurídicas No 112 (87-106) enero-abril, San José, Costa Rica, 2007.

Código de Comercio de la República de Costa Rica.

Código Civil de la República de Costa Rica.

Escuti, Ignacio. Títulos de Crédito (Letra de Cambio, Pagaré y Cheque). Segunda edición, Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Octava edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971.

Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. Tercera edición, Litografía e Imprenta Lil, S.A., San José, Costa Rica, 1994.

Vivante, Cesar. Tratado de Derecho Mercantil. Volumen III, Editorial Reus, Madrid, 1936.

<sup>42</sup> La negrita no corresponde al original.

## DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños*

### **Breve reseña**

Para poder desarrollar el tema referente a la fundamentación de los derechos fundamentales debemos primero abordar el tema relativo al reconocimiento de éstos a través de la historia.

En la edad antigua no hubo un reconocimiento de los derechos humanos, incluso en textos tan importantes como la política de Aristóteles se menciona que ciertos hombres nacían y eran naturalmente esclavos y que no tenían derechos “el que por una ley natural no se pertenece a si mismo sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que tanto que hombre se convierte en una propiedad y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual”<sup>1</sup> En la época de la Roma antigua, para dar otro ejemplo, únicamente los ciudadanos Romanos tenían Derechos. Posteriormente esta tendencia viene a suavizarse con las ideas del Cristianismo con sus principios de amor, de fraternidad y de justicia, una proclamación seria de los derechos de la persona humana, pero no a nivel de un texto jurídico que así lo consagrara.

En Inglaterra tenemos para el pueblo inglés la base de su derecho constitucional, la carta

magna del rey Juan sin tierra 1215. En el siglo XVII época de la revolución inglesa, la petición de derechos (Bill of Rights).

En Norteamérica se suelen considerar las formulaciones americanas como el primer ejemplo de las modernas declaraciones de derechos. Tenemos la declaración del buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, complementada en 1789 en virtud de diez enmiendas propuestas por el congreso.

A partir de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Versalles el 26 de agosto de 1789 tenemos la primera declaración a nivel internacional que consagra una protección especial a los Derechos Humanos. Tiene esta declaración un enfoque universal de corte iusnaturalista, influenciada por la ilustración. Esta declaración tiene su origen en la revolución francesa que implicó muchas reformas y filosóficamente influenciada por la Escuela del Derecho Natural en la teoría del pacto social de Rousseau.

Dentro del clima individualista propio de su tiempo e influenciada por la escuela racionalista del derecho natural, la clásica declaración francesa representa un grado

<sup>1</sup> Aristóteles citado por PACHECO, Máximo, “Introducción al Derecho”, Chile, 1976, primera edición, página 154.

de avance del proceso evolutivo de las declaraciones de los derechos humanos. Ninguna declaración anterior consagra a la par de los derechos de libertad y seguridad personal el derecho de propiedad como complemento de ellos.

Posteriormente tenemos la Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre redactado por el Instituto de Derecho Internacional de 1929. Finalizada la segunda guerra mundial se da la carta de creación de las Naciones Unidas aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945 afirmaba los derechos humanos y su relevancia. Importante de esta declaración es que establece el principio de los derechos humanos le compete a toda la comunidad internacional contrario a lo que hasta ese momento prevalecía la idea de que los derechos humanos concernían solo a los Estados en su derecho interno.

Consecuente con lo anterior la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el día 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Luego vemos los pactos internacionales sobre derechos humanos adoptados por la Asamblea General en 1966 concernientes a derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales.

También debemos mencionar un desarrollo importante en instrumentos jurídicos que protegen los derechos de los niños y de las mujeres sobre todo en el siglo XX.

A nivel americano tenemos la conferencia especializada sobre derechos humanos celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 cuyo fin fue el de considerar y resolver sobre la convención interamericana y sobre la necesidad de la protección de los derechos humanos. El 21 de noviembre se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como el pacto de San José Costa Rica.<sup>2</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 33 sobre los medios de protección de los derechos humanos lo siguiente:

“Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta convención:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamada en adelante la Comisión, y
- B) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

A continuación desarrollare algunas ideas relativas a estos dos órganos de protección de los Derechos Humanos en América.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Breve reseña histórica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos quedo formalmente instalada el

2 Construcción conceptual a partir de CASTAN TOBEÑAS, José, “*Los Derechos del Hombre*”, Madrid España, 1976, pagina 82 y BUERGENTHAL,, Thomas, y otros “*La protección de los derechos humanos en las Américas*”, editorial juricentro, San José Costa Rica primera edición, pagina 31.

3 de setiembre de 1979 en San José Costa Rica. Sin embargo ya antes de la conferencia de 1969 en la carta de la organización de los estados americanos reformada por el protocolo de Buenos Aires y en la declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, existía el ideal de establecer un sistema internacional que contribuyese a hacer de América una tierra de libertad y de respeto de los derechos humanos.

En noviembre de 1969 se celebro en San José Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entró a regir a partir del 18 de julio de 1978 al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

El 22 de mayo de 1979 los Estados partes de la Convención Americana eligieron durante el séptimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas, serian los primeros jueces que compondrían la Corte.

La primera reunión se celebro en junio de 1979 en la sede de la OEA. La ceremonia de instalación de la Corte se realizo en San José Costa Rica el 3 de setiembre de 1979.

Concretamente el estatuto de la Corte se aprobó en el noveno periodo Ordinario de sesiones de la Asamblea general de la OEA posteriormente en agosto de 1980 la Corte aprobó su primer reglamento. Después de algunas modificaciones el reglamento entro en vigencia a partir de 1 de junio de 2001.<sup>3</sup>

3 El estatuto de la Corte señala que es una Institución Judicial autónoma que tiene su sede en Costa Rica y cuyo objetivo es el de aplicar e interpretar la Convención. La Corte está integrada por siete magistrados los cuales son miembros de los estados miembros de la OEA. Son elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos Humanos. Según el artículo 8 del Estatuto el secretario general de la OEA solicita a los estados partes en la convención que presenten una lista con los nombres de sus candidatos para jueces de la Corte. De acuerdo con el artículo 53.2 de la Convención cada Estado podrá proponer hasta tres candidatos nacionales del Estado que los propone. El nombramiento de los jueces se hace por seis años y solo pueden ser reelectos por una sola vez. Pueden integrar la Corte también los denominados jueces Ad Hoc cuando los jueces llamados a conocer del caso ninguno es de la nacionalidad del Estado Demandado. Según el artículo 55 si entre los jueces llamados a conocer el caso ninguno fuere de nacionalidad del Estado demandado, éste puede ejercitar el derecho de nombrar un juez ad hoc. La Corte elabora su propio proyecto de presupuesto y lo somete a aprobación de la Asamblea General por conducto de la secretaria General. Según el artículo 26 del Estatuto la Corte administra su propio presupuesto. También ha recibido ayudas de otras instituciones como ACNUR, BID, AID, AECI. la Unión Europea etc.

### **Funciones de la Corte.**

La Corte ejerce sobre todo, dos funciones muy importantes: 1-Funcion Contenciosa 2-Funcion consultiva.<sup>4</sup>

### **El Derecho Natural y los Derechos Fundamentales.**

Para “el derecho natural existen principios primarios los cuales son universales, evidentes a todo hombre, con uso de razón y existen principios secundarios que son conclusiones próximas e inmediatas, de los primeros y que son irradiados por aquellos.”<sup>5</sup>

Santo Tomas de Aquino nos dice que el hombre siente una inclinación hacia el bien que es el bien de la naturaleza, esa inclinación común a todos los seres humanos, pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza.<sup>6</sup>

Los caracteres del Derecho natural en sus principios primarios son:

“**Universalidad:** Si consideramos que el derecho natural tiene de fundamento la naturaleza humana es fácil concluir que el derecho natural es válido en todo tiempo y para todo individuo.

**Cognoscibilidad:** Los principios del Derecho natural se presentan siempre y en forma evidente a toda conciencia humana. El carácter Universal de las verdades, lo coloca por encima de toda contingencia, sea ella objetiva.

**Inmutabilidad:** Los principios del derecho natural son inmutables, es decir aquellos que han pertenecido al derecho natural no pueden dejar de serlo, en lo que se dice de los preceptos primarios. Los principios secundarios en tanto se refieren a materia contingente no son en sí universales e inmutables por cuanto su objeto es esencialmente variable.”<sup>7</sup>

Un ejemplo de ello es el concepto de propiedad privada, concepto que puede variar según el sistema social que impere en una economía.

“El derecho natural es una especie del genero ley, toda ley es una ordenanza de la razón para el bien común hecha por el que tiene el cuidado de la comunidad. Santo Tomas distingue cuatro especies de leyes: la ley eterna, la ley natural, la ley divina y la ley humana”. ... La sindéresis, es la disposición de los hombres que les permite detectar los principios más generales del derecho natural; ésta es una capacidad innata y el conocimiento adquirido a través de ella es infalible. Esto significa que los primeros preceptos del derecho natural son autoevidentes para la razón humana.”<sup>8</sup>

Para Robert Alexy los derechos Humanos se definen por cinco características que son la universalidad, son fundamentales, abstractos, morales y prioritarios.<sup>9</sup>

Para el iusnaturalismo existen determinados Derechos inalienables, absolutos, universales, del cual todos los hombres por solo el hecho de serlo son titulares independientemente del tiempo, la época o sociedad en que vivan. Existe pues una clara relación entre el iusnaturalismo y la protección de los Derechos fundamentales.

Es innegable la influencia que ha tenido el iusnaturalismo en la construcción jurídica de los derechos fundamentales, hasta nuestro días, a través de la historia<sup>10</sup>, por ello consideré importante desarrollar brevemente algunas ideas sobre el derecho natural antes

de pasar al tema de la fundamentación de los derechos Humanos.

Por otra parte es necesario mencionar ,de que pese a que los seguidores del positivismo han criticado al iusnaturalismo hasta la médula, es innegable que hoy se va observando una especie de unión entre el iusnaturalismo y el positivismo en el llamado Neoconstitucionalismo, lo que provoca exponer una cita de PIETRO Luis, sobre el particular “El viejo anhelo de positividad del derecho natural se verá así realizado y su tradicional función de reunir como contrapunto crítico al derecho positivo se convertiría en condición de validez jurídica de las leyes. Este fenómeno de rematerialización constitucional es generalmente reconocido y se expresa “la moral ya no flota sobre el derecho (sino que) emigra al interior del derecho positivo de manera que conflicto entre derecho y moral se desplaza al interior del derecho positivo, cabe decir entonces algo metafóricamente que “el derecho por principios encuentra al derecho natural”<sup>11</sup>

### **Fundamentación de los Derechos Humanos**

Reflexiones sobre el bien o el mal.

Para el hombre primitivo no era malo aplicar la ley del talión, ojo por ojo diente por diente, incluso existen hoy día, algunas sociedades primitivas que todavía aplican

4 2-La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es un órgano principal y autónomo de la organización de los Estados Americanos encargada de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. La comisión realiza su trabajo base en tres funciones:1-Sistema de petición individual 2-El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los estados Miembros3-la atención de líneas temáticas prioritarias.4-Realiza visitas in loco a los países para analizar en profundidad de la situación y dar un informe sobre la situación de los derechos humanos y su vulneración..5-Estimula la conciencia pública sobre el respeto de los derechos humanos.6-Solicita a los estados miembros que tomen medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes.7-Presenta casos ante la Corte interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.8-Recibe y examina comunicaciones en la que un estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos. De acuerdo al artículo 44 de la Convención Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más estados miembros de la organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado Parte. Es necesario sin embargo que para que una solicitud sea conocida por la Comisión que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

5 PACHECO, Máximo ,op cit, página 464

6 PACHECO, Máximo, op cit ,páginas 464-465

7 PACHECO, Máximo, op cit ,página 466.

8 NINO, Carlos Santiago, “ *Introducción al análisis del Derecho* “, segunda edición, 1987, Argentina Buenos Aires, página 386.

9 ALEXY, Robert, “ *Derechos humanos sin Metafísica*”, Universidad de Kiel, Cuadernos de Filosofía,2007,paginas 237

10 Ver en ese sentido la primera parte del trabajo.

11 PRIETO, Luis, citando a Habermas , Ferrajoli , R Dreier, “ *El constitucionalismo de los Derechos, Ensayos de filosofía Jurídica* ”, Trotta, Madrid , España, pagina 11.

este principio. En el Derecho Romano Primitivo el deudor que no pagaba la deuda caía bajo la manus o el poder del acreedor quien podía encarcelarlo o incluso venderlo o matarlo, también era permitida la esclavitud y se veía como algo normal. O para la Santa Inquisición aplicar la Ordalía <sup>12</sup>o el juicio de Dios en el cual se lanzaba a un sujeto al mar amarrado con cadenas y con peso para que se hundiera, de tal manera que si el hombre no se ahogaba era inocente. Actualmente en ciertos estados de los Estados Unidos, se castiga a un hombre en la silla eléctrica y se le aplica gas o electricidad hasta que muera. O para los fundamentalistas no sería malo apedrear a una mujer adúltera, o en la India matar a niñas recién nacidas por su género. Muchas cosas o actos que parecen malas a Occidente no lo son en Asia o en África. Incluso en algunos países desarrollados occidentales, se practica el aborto ya sea que lo permiten o no lo prohíben. La iglesia Católica ha condenado a ultranza esta práctica deshumanizante. En china se mata a los bebés cuando nacen, si ya la familia tiene un hijo pues no se les permite tener más de dos hijos. O en la India se matan a las bebés niñas recién nacidas por el hecho de su género, por que implican una carga económica para la familia. En todas estas situaciones observamos una clara violación de derechos humanos y fundamentales.

Sin embargo, es importante rescatar que los derechos y libertades fundamentales del individuo en nuestra época no son en nada comparable con los derechos y libertades que tenían los individuos en la época del imperio

Romano o en la edad media. En Roma solo los ciudadanos Romanos tenían la plenitud de los derechos y libertades, los demás, la tenían en forma limitada o no la tenían y en la Edad Media los señores feudales y los nobles poseían la mayoría de los recursos y derechos.

Lo cierto es que actualmente, la protección de los derechos fundamentales no es comparable con la edad antigua o la edad media. Existe en nuestro tiempo para un gran número de personas en el mundo civilizado, un nivel aceptable de protección de sus derechos fundamentales. Es decir vemos un desarrollo de la protección de los derechos fundamentales importante en la edad contemporánea, que no se dio en otras épocas. Claro está sin olvidar que aun hay sectores importantes de la humanidad en los que éstos, no son aún reconocidos.

Observamos que en la mayoría de las constituciones de los Estados modernos y democráticos el principio de igualdad ante la ley es algo normal y que esa igualdad no era ni por asomo reconocida en la época antigua donde existían “amos y esclavos”.

Si observamos la evolución de los derechos humanos a través de la historia, descrita en la primera parte, vemos que aquellos no surgen de manera pacífica, sino mas bien en forma lenta y violenta, pensemos en la revolución francesa la que a partir de allí surgen plasmados en un documento jurídico, los valores universales de libertad, igualdad y fraternidad, en la declaración Universal de los

12 Medio de averiguación o prueba usado por algunos pueblos primitivos en la edad media europea a través de prácticas destinadas a establecer la certeza, principalmente con fines judiciales.

Derechos, la división de poderes, la protección del individuo frente al Estado, la codificación del Código Civil Napoleónico en 1804.

Pensemos en la guerra civil norteamericana que tuvo su causa en la libertad de los esclavos negros.

O en la segunda guerra mundial con los juicios de Núremberg, la tipicidad de los delitos o crímenes contra la humanidad (de lexa humanidad) el fortalecimiento de la Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Todo producto de las trágicas consecuencias de las dos grandes guerras. O en el apartheid en Sudáfrica y la revolución de Mandela producto del odio racial.

Como vemos, y lo reiteramos, la evolución de los derechos fundamentales y su consagración en instrumentos jurídicos ha sido lenta y no pacífica. A veces surge de la negociación dialéctica entre dos fuerzas, otras de la violenta oposición de varias fuerzas o de las consecuencias desastrosas que representan las guerras mundiales para la humanidad.

Podemos reflexionar y especular del porqué esas reivindicaciones, se han producido a lo largo de la historia. Pero ¿Cuál ha sido el verdadero fundamento de los derechos humanos? ¿Porque consideramos que una norma es justa y buena? ¿Cuales parámetros

nos pueden servir para medir la justicia de una norma jurídica? ¿Porqué un comportamiento humano lo consideramos bueno y justo y otro no? Que hace que la humanidad se autoevalúe y logre sacar de esa autoevaluación juicios de valor válidos universales, inmutables, morales, abstractos y prioritarios. O en el decir de Nagel citado por GARCIA FIGUEROA Alonso “Como es posible que criaturas como nosotros dotadas de capacidades contingentes de una especie biológica cuya única existencia parece ser algo radicalmente accidental ,pueda acceder a métodos universalmente válidos de pensamiento objetivo”<sup>13</sup>

Para Carlos Santiago NINO<sup>14</sup> el establecer una justificación e interpretación valorativa satisfactoria de las normas jurídicas enfrenta dos problemas básicos, el primero relativo a determinar si existen procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor, es decir si hay alguna forma de determinar que un juicio de justicia o de bondad es verdadero. El segundo problema es el de determinar los principios básicos de justicia y moralidad.

Las teorías principales que proponen un significado de los términos bueno, justo y del significado que poseen los juicios valorativos se pueden agrupar en teorías descriptivistas dentro de las que incluimos el naturalismo ético y el no naturalismo ético y teorías no descriptivas tales como el emotivismo ético y el prescriptivismo ético.<sup>15</sup>

13 GARCIA FIGUEROA , Alfonso, “¿Esencias lufundamentales?” *Notas a propósito del artículo ¿Derechos Humanos sin metafísica?” de Robert Alexy*, en ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, número 6,(2008), página 71-94.

14 NINO Carlos Santiago “*Introducción al análisis del Derecho*” segunda edición, editorial Astrea, Buenos Aires argentina,1987 pagina 354.

15 Según NINO Carlos Santiago op cit página 355.

Las teorías descriptivistas establecen que los juicios de valor constituyen enunciados descriptivos de alguna clase de hechos. Tales juicios tienen un significado cognoscitivo. Sobre esta base tiene fundamento determinar que un juicio puede ser justificado racionalmente.<sup>16</sup>

El naturalismo se caracteriza por sostener que las palabras éticas designan propiedades observables y que los juicios de valor son verificables empíricamente. La posición naturalista subjetivista sostiene que los juicios de valor hacen referencia a sentimientos, actitudes, del propio hablante. Los naturalistas objetivistas sostienen que los juicios valorativos describen hechos empíricos verificables que no consisten en actitudes o sentimientos de cierta gente.<sup>17</sup>

G.E.Moore citado por C.S. NINO critica la posición naturalista en el sentido de que confunden lo que son juicios de valor con los hechos. A partir de esta crítica se basa la teoría no naturalista. Moore sostiene que los términos como bueno son términos éticos por ello indefinibles. Las teorías no descriptivistas a diferencia de las descriptivistas establecen que los juicios de valor se caracterizan por no ser centralmente descriptivos de ciertos hechos. Quiere decir que los términos éticos no tienen significado cognoscitivo. Los juicios morales no pueden tener una forma falsa o verdadera. Se adhieren a esta teoría Stevenson y Hare.<sup>18</sup>

16 Según NINO Carlos Santiago op cit página 356

17 Según NINO Carlos Santiago op cit página 357

18 Según NINO Carlos Santiago op cit página 357

19 RAWLS CITADO POR NINO, Carlos Santiago op cit pagina 415.

### **RAWLS y la posición originaria de inspiración Kantiana.**

RAWLS desarrolla también una teoría de lo bueno. En general una cosa es buena cuando tiene las propiedades, que es racional, desear en un objeto de esa especie. El bien de una persona está dado por la satisfacción exitosa de sus planes de vida racionales. Una buena persona es alguien que tiene en grado más alto que el promedio los rasgos de carácter moral que es racional que los individuos en la posición originaria deseen en los otros. RAWLS hace explícita una concepción de la personalidad moral según la cual las personas morales se caracterizan por tener capacidad para elegir y llevar a cabo planes de vida racionales y desarrollar un sentimiento de justicia.<sup>19</sup>

### **TEORÍAS DEONTOLÓGICAS**

KANT y el Reino de los fines

Es una teoría deontológica pues para Kant la corrección moral de un acto no está dada por el hecho de que sus consecuencias maximicen cierto bien intrínseco, sino que depende de que por su naturaleza inherente, constituya el cumplimiento de un deber. Las leyes o principios morales son autónomos o sea son leyes que uno se da así mismo con abstracción de los dictados de cierta autoridad humana o divina o de los de nuestros propios deseos o impulsos. Son

categoricos pues lo que ordenan no está condicionada a que tengamos ciertos fines o deseos. Y son universales puesto que si son los principios que queremos, como puros seres racionales con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos contingentes, que nos diferencian unos de otros, entonces se sigue que cada ser racional querrá la misma ley que querría cualquier otro ser racional, y por lo tanto, esa ley moral obliga a todos los seres racionales por igual. El principio fundamental de toda moralidad se basa en la regla de las reglas "obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal".<sup>20</sup>

### **Derechos Humanos sin Metafísica**

Posición de Robert Alexy

Es importante conocer además la posición de Robert Alexy sobre los diferentes enfoques que dan una fundamentación de los derechos Humanos.

Para Alexy la forma básica de la crítica a la metafísica es la negación a la existencia-No hay ningún Dios. Alasdair Macintyre citado por Alexy nos dice "There are no such rights and belief in them is one with belief in witches and in unicorns"<sup>21</sup> "No existen semejantes derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios"<sup>22</sup>

Para Alexy <sup>23</sup>existen ocho enfoques que podrían fundamentar los derechos Humanos.

20 NINO, Carlos Santiago , op cit pagina 402.

21 ALEXY , Robert, op cit página 237

22 La traducción es mía.

23 ALEXY, Robert, op cit página 238 y siguientes

1. Fundamentación religiosa.

Quien cree que los hombres son creados por Dios a su imagen y semejanza. A éste enfoque se le critica el hecho de que solo servirá para los que creen en Dios.

2. Fundamento Biológico.

Determinados comportamientos son importantes o mejores para la sobrevivencia de los genes. Éste enfoque logra indiferencia e incluso hostilidad hacia otras personas.

3. Fundamento intuitivo.

El fundamento de los derechos Humanos es que su validez, es evidente. La evidencia no es buena si resulta posible no compartir la experiencia de evidencia. Si no es incorporado en una argumentación no se diferencia del emotivismo.

4. Fundamentación Consensual.

Los derechos humanos se encuentran fundamentados cuando son aceptados por todos los miembros de una comunidad. Si el consenso no es sustentado por todos entonces, los argumentos son indispensables y sin estos caemos en otro enfoque que no es el consensualismo.

5. Fundamentación Instrumental.

Fundamento es maximizar la utilidad individual. Es el mejor enfoque para

fundamentar los derechos Fundamentales libre de metafísica. Sucede que algunos individuos maximizan sus utilidades a costa de otros.

#### 6. Enfoque fundamentación Cultural.

Los derechos Humanos son conquista de la cultura Humana. Sin embargo, no en todas las culturas tenemos derechos Humanos. La validez universal no puede fundamentarse solo sobre la tradición.

#### 7. Fundamentación explícita.

Es explícita cuando consiste en poner de manifiesto lo que está como implícito. Sigue la misma tendencia de Kant sobre juicios y categorías.

El hecho de tratar a otros en el discurso como iguales no necesariamente significa que son libres e iguales también en el campo de los actos se puede discutir con esclavos. Por ello se requiere de más premisas para pasar del extenso mundo de la libertad e igualdad en el estrecho espacio de las conductas. Este enfoque tendría validez solo si y solo si, los participantes sean autónomos.

#### 8. Fundamentación existencial.

La fundamentación explicativa tiene dos flancos Primer flanco La necesidad de establecer reglas del discurso en cuanto al afirmar, del interrogar y del dar y aceptar y

el segundo flanco ¿se pueden sustentar fundamentaciones sobre intereses?. Estas decisiones son sobre lo que nosotros somos. Somos sobre todo criaturas discursivas.

Para Alexy podemos fundamentar los derechos Humanos a través de la combinación del modelo explícito con el existencial, aunque los demás enfoques también son bienvenidos.<sup>24</sup>

GARCÍA FIGUEROA Alonso considera que la ética es algo que construimos y que lo hacemos discursivamente. Los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y Universal. "La búsqueda de una metafísica de los derechos humanos ha pretendido contrarrestar su naturaleza constructivista y esto normalmente se ha opuesto a una concepción metafísica de los derechos Humanos."<sup>25</sup> Para GARCÍA FIGUEROA la moral no es algo que se ha dado desde antes de la humanidad sino que se dio con ella y ha sido la humanidad la que la ha ido construyendo a través de la historia. Otros como Hare han acuñado la expresión "**Criaturas de la moralidad**" para referirse a los Derechos humanos y fundamentales, los cuales no son tan atemporales ni tan Universales como creemos. Conuerdo con el Dr Figueroa sobre el hecho de que la ética es algo que construimos. No algo que se encuentra en un mundo paralelo y que a veces tenemos la dicha de descubrir. O que se haya localizado en un Tercer Reino Fregueano ajeno a los pensamientos o la

<sup>24</sup> ALEXY, Robert, op cit , página

<sup>25</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso "¿Esencias Iusfundamentales? "Notas a propósito del artículo ¿Derechos Humanos sin Metafísica?" de Robert Alexy, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, número 6, 2008 página 71-94.

experiencia, libre de contingencia, parecido al teorema de Pitágoras.<sup>26</sup>

Como conclusión final podemos afirmar sin duda que el Iusnaturalismo ha dado un fundamento importante a los derechos fundamentales reconocidos en textos jurídicos a nivel internacional, sin duda la protección a los derechos fundamentales en el derecho contemporáneo es precisamente la existencia de una serie de principios no morales sino jurídicos vinculantes para toda la comunidad internacional a través de los diferentes instrumentos jurídicos y tratados internacionales, si es importante mencionar la existencia de una moral colectiva internacional como fuerza vinculante en la realización de los valores y principios rectores de los derechos fundamentales consagrados en estos instrumentos internacionales, produciendo su violación un claro reproche de la comunidad internacional. Y concluyo finalmente con lo siguiente:

Lo cierto de todo es que los derechos fundamentales son hijos de revoluciones, guerras, conflictos armados, y violenta oposición entre fuerzas sociales o de grupos de presión. En la mayoría de los casos nunca se han dado en forma pacífica, lo que denota que el ideal Kantiano no es tan cierto en la práctica. Teniendo los derechos fundamentales el sustrato de sus existencia, en la realidad humana y social imperante en una época determinada nutrida ésta de diferentes fuerzas opuestas y conflictos sociales, que han tenido su causa en grandes desigualdades económicas, raciales, políticas y religiosas. El Iusnaturalismo ha servido para dar alma y ropaje a los derechos fundamentales nacidos de estas luchas y

desigualdades. Los conceptos del bien o del mal son conceptos relativos y dependerán mucho del lugar que ocupemos dentro de las fuerzas que forman el conflicto social. Pero el concepto del bien o del mal es algo que no se le ha dado gratis a la humanidad, la cual ha debido y deberá hacerlo en el futuro, construir su propia moralidad, pero, a un precio muy alto, con sudor, lágrimas y sangre. La razón y el poder de la intuición, dan al hombre la posibilidad de entender, de conocer y de sentir en su fuero interno que una conducta es buena o es mala independientemente de si existe o no una norma jurídica escrita que la regule la prohíba o no. El hombre tiene la capacidad de detenerse, autoevaluarse y redefinir una conducta como buena si la misma beneficia a la comunidad humana en su totalidad hombres, mujeres y niños. Una conducta o comportamiento entonces será bueno si beneficia a la comunidad humana y será mala si la perjudica. Necesariamente, la valoración deberá hacerse hacia hechos concretos los cuales, siguiendo una posición naturalista objetiva, podrán ser valorados por el hombre usando su razón y entendimiento.

El análisis de la derrotabilidad y el particularismo ético nos advierte de que, con toda seguridad, tienen mucho menos de atemporales y universales, de lo que pueda parecernos. Por eso, si su vida en el tercer mundo Fregueano no parece cómoda, desde luego su residencia tradicional en el reino de los fines, también se ha visto perturbada, desde que, merced al constructivismo ético de la Teoría del discurso, ese lugar ha dejado de ser su Reino para convertirse, mas bien, en "una democracia con igualdad ante la ley".<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Ver crítica que hace GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, op cit , página 71-94.

<sup>27</sup> Cita de GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, op cit pag 71-94.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, "Derechos humanos sin Metafísica", Universidad de Kiel, Cuadernos de Filosofía, 2007, páginas 237

BUERGENTHAL Thomas, y otros "La protección de los derechos humanos en las Américas", editorial Juricentro, San José Costa Rica, primera edición.

CASTAN TOBEÑAS J. "Los Derechos del Hombre", editorial Reus, primera edición, Madrid España 1976.

CONSENTINI, Francesco, "Filosofía del Derecho", editorial cultura, primera edición 1930, México.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *¿Esencias lusfundamentalistas? Notas a propósito del artículo ¿Derechos Humanos sin metafísica? de Robert Alexy*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, número 6, Buenos Aires, 2008.

KANT Inmanuel, "Crítica de la razón práctica", editorial Alianza, segunda edición 2013, Madrid, España.

DIEZ DE VELASCO, M "Instituciones de Derecho Internacional", tomo I, sexta edición, editorial tecnos, 1983.

NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", segunda edición, 1987, Argentina Buenos Aires.

PRIETO, Luis, "El Constitucionalismo de los derechos" Ensayos de filosofía jurídica, trota, Madrid, 2013.

PACHECO Máximo," *Introducción al Derecho*", editorial jurídica de Chile, primera edición. Chile, 1978.

El Seminario Interamericano sobre seguridad de Estado, Derecho humanitario, y Derechos Humanos en Centro América, Comité Internacional de la Cruz Roja, primera edición 1985, editado por el departamento de publicaciones del Instituto Interamericano de derechos Humanos.

Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José, San José Costa Rica, noviembre 1969.

# (IN) JUSTIFICACIONES CONSTITUCIONALES QUE HAN PERMITIDO REGRESIONES AMBIENTALES

M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez<sup>1</sup>

"... en la historia de los derechos humanos se pueden observar diversos momentos clave, tanto en su desarrollo como en su regresión, ya que la historia de los derechos casi siempre es la historia de la violaciones de los mismos; la historia de la promesas incumplidas"

Gregorio Mesa Cuadros

## I. Introducción

El principio de no regresión en materia ambiental es aquel que genera un blindaje a nuestro Ordenamiento Jurídico para no permitir que se hagan nuevas normas, o interpretaciones de las mismas, que conlleven a tener retrocesos de los logros alcanzados en protección de la biodiversidad y derechos asociados a su tutela.

Este novedoso norte del moderno derecho al desarrollo sustentable implica en la práctica la imposición de una coraza protectora, por medio de la cual no se permite a los funcionarios públicos, o a los operadores de justicia, hacer más laxo el derecho que nos rige; salvo que se trate de situaciones que mejoren integral y sustancialmente los diques alcanzados.

Escribía hace un tiempo en un ensayo titulado: "El Principio de No Regresión en materia Ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras"<sup>2</sup>: "En la práctica profesional hemos visto como en Costa Rica, se ha tratado de violentar el principio que da título a este artículo en reiteradas situaciones. Normalmente las acciones directas proceden desde la Administración Pública... Pero en todas las ocasiones, se han interpuesto las respectivas acciones de inconstitucionalidad desde la sociedad civil y la Sala IV las ha encontrado con lugar, anulando esas modificaciones..." Lo anterior resulta importante comentarlo de nuevo, pues había elaborado en ese artículo una tesis, donde señalaba avances y alcances del principio de no regresión en Costa Rica, pero es menester que también hablemos, en este momento, sobre los aspectos

<sup>1</sup> Abogado, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en Maestría de derecho ambiental del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr

<sup>2</sup> Ver Sagot, A. 2013. El Principio de No Regresión en materia Ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras disponible en: [http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d](http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d) y también disponible en: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=9262>

grises u oscuros de nuestra jurisprudencia constitucional, donde los magistrados de ese máximo órgano jurisdiccional constitucional han cometido transgresiones, rompiendo con lo prefijado en la doctrina más aceptada en materia ambiental; e incluso, muchas veces separándose sin justificación de líneas claras que se venían siguiendo en sentencias anteriores, o peor aún, haciendo negativas interpretaciones del soft law imperante y reconocido tal y como veremos en el transcurso de este ensayo.

Se advierte a las y los lectores que tal y como lo elaboro, es claro que el tema será apenas enunciado y mi única aspiración es la de hacer una breve introducción a una problemática muy seria que está distorsionando logros alcanzados.

## II. La Sala constitucional y su jurisprudencia en Costa Rica

La Sala Cuarta Constitucional nace en 1989<sup>3</sup> y con ella inicia un nuevo ciclo del reclamo por violaciones a nuestro derecho constitucional y a los derechos humanos.

Si bien desde 1989 se reconocía el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado desde un rango constitucional haciendo la integración del derecho a vida contemplado en el numeral 21<sup>4</sup> y la protección del paisaje del artículo 89<sup>5</sup>, así como retomando convenciones internacionales ratificadas, o usando el soft law de la Declaración de Estocolmo y otros

<sup>3</sup> Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

<sup>4</sup> Artículo Constitucional 21: "La vida humana es inviolable"

<sup>5</sup> Artículo Constitucional 89: "Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico."

instrumentos más, no fue sino hasta que en 1994 tenemos en Costa Rica el numeral 50<sup>6</sup> que hizo plasmar con mayor seguridad y garantía expresa nacional el derecho al desarrollo sustentable. Hay que observar, que si bien ese nominal 50 es de redacción limitada, ha servido para que los magistrados constitucionales dispongan que esa norma tiene contenido el derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente, el hacer ordenamiento territorial, el derecho al aire, la evitación de la contaminación, se reconoce

además el principio precautorio, preventivo, el de progresividad, quien contamina paga y otros tantos más y hasta el moderno principio de no regresión<sup>7</sup>.

Por su parte tenemos, que conforme a la ley constitutiva la Sala Constitucional, en defensa del derecho a la biodiversidad, o derechos relacionados como los procesales<sup>8</sup> se permite interponer recursos de amparo<sup>9</sup>, acciones de inconstitucionalidad<sup>10</sup>, o consultas de constitucionalidad<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Artículo Constitucional 50: "Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes." Norma reformada mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994.

<sup>7</sup> Voto 2013-10158 del 24 de julio de agosto de 2013 que dice en lo que interesa: "Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial inexistencia de un inventario claro de quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional..."

<sup>8</sup> Tales como Intereses difusos, acción popular.

<sup>9</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 29: "El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas."

<sup>10</sup> Ley de la Jurisdicción de Constitucional, artículo 73: "Cabrán la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia."

<sup>11</sup> Artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: "Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros."

La misma normativa establece en el artículo 13 -que podría ser negativo y requerir modificación- que: *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”*

Es claro, que con esa norma, resulta que la Sala no tiene limitaciones en hacer modificaciones a sus interpretaciones anteriores. El punto peligroso se puede dar, cuando esas nuevas

reinterpretaciones son negativas o transgreden el principio de no regresión, pues con ello nos abrimos a retrocesos odiosos en materia ambiental. La jurisprudencia constitucional señalaba allá en 1991<sup>12</sup> que todo debería ir acorde con el principio de progresión, es decir superándonos, pero ¿existe un recurso ulterior si se dieran retrocesos? Recordemos que la misma Ley de la Jurisdicción señala en el numeral 12<sup>13</sup> que las sentencias de

12 Han señalado los magistrados constitucionales: *“Es también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto interprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio”* (Voto No 720-91 de las 15 horas del 16 de abril de 1991) En la misma línea han señalado más recientemente también: *“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción”* (Voto No. 2007-1378 ). Ver también: *“Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los Estados deben adoptar medidas internas para (...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...); razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”* (Voto No. 2002-11515). También leer: *“La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”*. (Voto No. 2011-13641). En protección a la biodiversidad recientemente externó la Sala Constitucional sobre la progresividad: *“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales...”* (Voto No. 2010-18702).

13 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 12: *“Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo.”*

esta Sala sólo podrán ser adicionadas o aclaradas, es decir no existe una instancia o recurso ante superior que revise lo dispuesto por estos altos magistrados. Y es con ello donde encontramos un problema muy serio que de hecho, como veremos más adelante, abre el paso a violaciones a derechos fundamentales cometidas por los mismos jueces que paradójicamente tienen como deber el garantizarlos . Ahora, si bien es cierto que existe la jurisdicción Contenciosa Administrativa para llevar a discutir lo que se hubiera rechazado por los magistrados constitucionales; este no es el punto delicado como se comprenderá.

### III. El principio preventivo y el precautorio en regresión

#### III.1. Lo preventivo

Lo preventivo y lo precautorio son principios primigenios del derecho a un ambiente sustentable. Tratan de proteger la biodiversidad de los daños ambientales y son vitales a tener en cuenta siempre por todos los tomadores de decisiones indudablemente.

La doctrina y algunos juzgadores los confunden normalmente y los hacen sinónimos, aunque ello no debiera ser por precisión técnica, empero; para los fines de este artículo<sup>14</sup> no se cambia la esencia del tema que es actuar proactiva y prudentemente.

El principio preventivo es uno de carácter general que trata de anticipar el daño para prevenir las causas de este. En esta línea, señala la doctrina argentina, con Golbenberg y Cafferatta (2001):

*“... Pero la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionablemente, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado, si la actividad siguiera o actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”*

Para Santana Plata (2013) lo preventivo conlleva a:

*“... conocer anticipadamente las consecuencias que una determinada actividad puede tener para el medio ambiente, considerada en una escala de tiempo que corresponde al mediano y largo plazo...”*

Según Santana Plata (2013): *“Su fundamento es el conocimiento anticipado del daño y de las medidas que podrían adoptarse para evitarlo...”*

14 Sobre la discusión y diferenciación de los dos principios, se recomienda leer de mi persona la obra: "Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo". Análisis conceptual sobre los principios y el tratamiento que les da la Sala"

En Costa Rica sobre lo preventivo existen diversas normas, pero más puntualmente encontramos lo pertinente en la Ley Orgánica del Ambiente en el numeral 61 que señala:

*“Contingencias ambientales. La autoridad competente dictará las medidas preventivas y correctivas necesarias cuando sucedan contingencias por contaminación ambiental...”*

Y además tenemos el artículo 11 inciso 1 de la Ley de la Biodiversidad que dice:

*“Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas.”*

Nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado:

*“Se reclama además, por la inexistencia de una normativa que establezca los límites de sonido permitidos en los restaurantes, pues se alega que sólo existe para establecimientos industriales. Analizado este argumento, se tiene que entrándose de la salud, derecho fundamental de alta jerarquía constitucional, el Ministerio de Salud, es el órgano encargado de velar por aquél preciado derecho. De allí que, tomando en cuenta su amplia competencia, otorgada por la Ley General de Salud, para actuar directamente en caso de necesidad, no es indispensable la existencia de una norma expresa para el caso en cuestión, pues es una competencia implícita el recurrir*

*a medios técnicos para comprobar si se cumple con una obligación como la de confinar el ruido. Véase que el Ministerio de Salud al determinar la existencia de contaminación sónica en el local denominado Bar Baco, ordenó la presentación de un plan de confinamiento de ruidos y en resolución 6454-95 de 23 de noviembre de 1995, le indicó con claridad a la empresa aquí accionante, el límite de cuarenta decibeles de ruido permitido en el local. Este límite fue aceptado por la empresa al no recurrir contra el mismo, por lo que aceptado dicho nivel máximo, el mismo se convirtió en norma aplicable para el caso en concreto, por vía de jurisprudencia administrativa”. (Voto 3691-96)*

Asimismo:

*“El principio de protección del medio ambiente no es una recomendación o una intención que da la Constitución, sino que, por lo contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente...” (Voto 132-99)*

También ha señalado:

*“La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano. Prima facie, garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda*

*actividad, que atente contra el derecho y preservar, es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente, el derecho de posibles peligros, a efecto de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer, por un lado, debe abstenerse de atentar él mismo, contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales. En el presente caso, la Municipalidad recurrida con su omisión deja de cumplir con esa obligación constitucional, de esta forma, está violando el derecho de todos a un ambiente sano para su desarrollo y la normativa constitucional que ordena garantizar, defender y preservar ese derecho” (Voto 5537- 2000)*

Entonces, como se aprecia, existe una clara línea para aplicar lo preventivo sin lugar a dudas desde hace muchísimos años, incluso se utiliza como han señalado los altos magistrados en ausencia de norma, pues existe una obligación de rango constitucional de no generar daños ambientales.

### III.2. Lo precautorio.

Por su parte, lo precautorio es a nuestro criterio una especie de especialización de lo preventivo ante los casos de incertidumbre clara y manifiesta.

Históricamente se ha señalado que lo precautorio tiene sus orígenes en Alemania, especialmente desarrollado en la década del setenta (del siglo pasado) y deriva de

la palabra *vorsorgeprinzip*, que significa anticipación, en el manejo ambiental, aún ante la ausencia de riesgos (Walsh 2000)

En 1990, en la conferencia de Bergen, sobre Desarrollo Sustentable, se expuso: *“... que es preferible estar más o menos acertado, pero a tiempo, dadas las graves consecuencias de una equivocación grande, que estar precisamente acertado, una vez que ya sea tarde”* (Walsh, 2000) y con esto queda claro, con un lenguaje entendible para todo el público, lo que significa actuar precautoriamente.

Pero ¿cuál es el significado práctico de lo precautorio? Cabrera (1994) nos señala lo siguiente:

*“ El Indubio Pro Natura es la figura jurídica, según la cual en caso de duda, debe decidirse por aquello que sea más favorable a la conservación del ambiente. La aplicación práctica de este principio es cotidiana. Por ejemplo, procede su aplicación a la hora de decidir o conceder o no una autorización para realizar una determinada actividad, cuyo impacto sobre el ambiente es incierto”*

Cabrera (1994) nos amplía el tema diciendo:

*“De igual forma, las prácticas administrativas de ciertos entes públicos en otros países se basan en este principio: si existe incerteza sobre los resultados que la liberalización en el ambiente de una planta transgénica tendrá, o bien de los efectos tóxicos de un plaguicida, la decisión es prohibirlo, es decir, ante la duda (indubio) escoger a favor del ambiente. La forma de llamarse este criterio es lo de menos. Lo que debe hacerse es diferenciar claramente este*

caso, del llamado conflicto de intereses que tantos problemas ha dado a la Sala Constitucional. Según este, ante la presencia de intereses contradictorios, por ejemplo, la propiedad privada y la libertad de comercio, por un lado y por otro, la protección al ambiente, debe tratarse de escoger entre uno u otro de los valores en juego o intentar, si es posible compatibilizarlos. No obstante, este conflicto únicamente puede ser resuelto caso por caso, según las condiciones particulares de éste.”

Goldenberg y Cafferatta (2001) señalan:

“... Un elemento central del principio precautorio es la idea, hasta intuitiva, de que todo decisor político debe actuar en forma anticipada, antes de contar con la certidumbre científica, con la finalidad de proteger al ambiente y por consiguiente los intereses de las generaciones futuras. El principio de precaución plantea, a su respecto, un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría estar particularmente atento, aunque sea mediante abstención”

Artigas dice (2001): “La aplicación del principio debe ser precedida de una evaluación científica tan completa como sea posible... El principio o enfoque precautorio supone que frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta...”

Santana Plata (2013) señala la certeza científica y lo precautorio:

“Se basa en la falta de certeza científica que en algunos casos puede ser absoluta y, en otros, dependiendo del mecanismo que lo consagre, puede ser solamente cuestionable”

Artigas (2001) siguiendo esa misma línea, nos refuerza el planteamiento al señalar:

“El principio o enfoque precautorio supone que frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta...”

En lo internacional, lo precautorio lo encontramos en diversos instrumentos internacionales. Nos establece el principio 15 de la Declaración de Río de 1992:

“Con el fin de proteger el medio, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio precautorio conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”

Como podemos leer de este texto, se nos deja claro, que lo perseguido por el sistema internacional, con la materia precautoria, no es otra cosa que entender que la duda -del tipo que sea-, debe interpretarse, a favor del ambiente y no de los empresarios, o el mismo Estado.

En lo internacional lo precautorio, cautelar, o indubio pro natura se reconoce desde el siglo pasado como decíamos. Entre otros instrumentos podemos citar la Primera y Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte de los años 1984 y 1987 respectivamente cuando señalaban: lo preventivo aplica “cuando haya razones para suponer que es probable que tales sustancias causen daño a los recursos vivientes en el mar, incluso si falta prueba científica de un nexo causal entre emisiones y efectos” También en el Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono se expuso en 1987: “Las partes que concurren a este Protocolo... han determinado proteger la capa de ozono con la adopción de medidas precautorias para controlar de manera equitativa las emisiones globales totales de sustancias que la debiliten, con el objetivo último de eliminarlas, utilizando el desarrollo del conocimiento científico...” Ya para 1990 en la Declaración final de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte se dijo: “Los participantes... continuarán aplicando el principio de precaución, esto es, realizando acciones para impedir los impactos potencialmente dañinos de sustancias que son persistentes, tóxicas y susceptibles de bioacumularse, aún cuando no haya evidencia científica que pruebe un vínculo causal entre las emisiones y los efectos...” Asimismo, contamos también con lo señalado en la Convención marco sobre Cambio Climático de 1992 que expuso: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para

hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.”; o el Tratado de Maatricht (1992) y Ambsteden (1994) mediante los cuales se constituye lo que hoy es la Unión Europea, que en el artículo 130.2 dijo: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la biodiversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferiblemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga...”

Otro ejemplo de entre tantos, también lo tenemos en el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad del año 2000, que en su artículo primero, señala:

“Objetivo. De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener

*efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.”*

Con base a lo anterior; es claro que ningún Estado podría alegar desconocimiento del sentido y alcances de lo precautorio sin lugar a dudas, pues este es un tema que se ha discutido mucho en diversas cumbres internacionales.

Por su parte lo precautorio emana también de varias normas nacionales como por ejemplo el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente que señala desde 1995:

*“Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la SETENA. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos...”*

En la Ley de la Biodiversidad, 1998, en su artículo 11 reza:

*“Son criterios para aplicar esta ley: ... 2.- Criterio precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con éstos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección”*

Nuestra Sala Constitucional ha dicho sobre lo precautorio:

*“... El principio de protección del medio ambiente no es una recomendación o una intención que da la Constitución, sino que, por lo contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente...” (Voto 132-99)*

Puntuando aún mejor; señaló sobre lo precautorio:

*“... Para el caso de las aguas subterráneas... el principio precautorio, supone que cuando no existan estudios conforme a las regla unívocas de la ciencia ... que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar, los órganos de la administración ... deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso, hasta que se despeje el estado dubitativo...” (Voto 2004- 01923)*

Para el 2005 exponían nuestros magistrados: *“La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere - de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y encomendados a SETENA – un análisis pormenorizado que incluya, como lo exige el artículo 24 de la Ley Orgánica del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hace posible la aprobación del estudio. Además, debe responder a las normas, los objetivos de ordenación y prioridades ambientales del*

*Estado nacional y del gobierno local, tal y como lo recoge el principio 11 de la Declaración de Río. El daño que se pueda causar al ambiente siempre es de difícil o imposible reparación y la aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere de la total certeza de mínima afectación de los recursos naturales, pues así lo dispone por fuerza propia el artículo 50 de la Carta Política...” (Voto 1174- 05)*

Cerramos este aparte, citando un extracto que rescata todo lo anterior cuando los jueces constitucionales dispusieron:

*“Es así, como hoy en día la acción preventiva del Estado debe ir encaminada a la tutela del medio ambiente, a pesar de que no existan pruebas concluyentes que reflejen una relación causa-efecto entre la actividad que se ejerce y las posibles consecuencias nocivas como resultado de la misma...” (Voto 1174-05) (el resaltado es nuestro)*

Es nuestro criterio, que con lo anterior se evidenciaría en principio para Costa Rica una sólida y clara concordancia entre lo dispuesto internacionalmente y lo nacional sobre lo preventivo y precautorio, pero como veremos en el siguiente aparte, pareciera que ello no es del todo cierto.

III.3. Las regresiones en lo preventivo y lo precautorio en la jurisprudencia nacional relacionadas con campos electromagnéticos y torres de telefonía celular.

III.3.a. Campos electromagnéticos.

Unos de los casos más llamativos sobre redacciones de votos constitucionales que conllevan a regresiones los hemos visto en las situaciones de la contaminación electromagnética, pues no obstante que estaban presentes claramente todos los elementos de la incertidumbre, contrario a aplicar lo reconocido, tanto internacionalmente, como en lo nacional en forma reiterada, nuestros magistrados dispusieron, que más bien ante este tipo de contaminación, si no existían estudios que fehacientemente la evidenciaran (aunque no la descartaron) y ante ello, todo debería inclinarse a favor de los empresarios proyectistas. Pareciera que para los altos operadores de justicia existe una excepción a la regla para cuando de contaminación electromagnética hablamos, lo cual censuramos y no justificamos desde ningún punto de vista, pues ni desde la doctrina, o las mismas ciencias físicas o naturales hemos encontrado razones para hacer diferencias, dado que la contaminación electromagnética es otro tipo más de contaminación y punto; por tanto, nada justifica rechazar -como línea jurisprudencial- todo lo relacionado con los campos electromagnéticos, mientras que han sido contundentes con la de los mantos acuíferos<sup>15</sup> como supra.

En todo caso ahora no vamos a entrar a analizar si la contaminación electromagnética es seria, o si al cabo de 10 o 20 años generará

<sup>15</sup> *“... Para el caso de las aguas subterráneas el principio precautorio, supone que cuando no existan estudios conforme a las regla unívocas de la ciencia que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar, los órganos de la administración deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso, hasta que se despeje el estado dubitativo...” (voto 2004- 01923)*

cáncer u otros problemas a la salud, o sí la misma simplemente es una sacada a la luz pública por ambientalistas para socavar las bases de un supuesto “desarrollo”, puesto que ello no es el tema de este artículo<sup>16 17</sup>. Lo que sí debemos aportar es que consideramos, que contrario a avocarse a defender las tesis aceptadas tanto doctrinalmente, como a nivel internacional por diversos instrumentos sobre lo precautorio, los altos jueces; motivados por extrañas intenciones que podrían ser más políticas<sup>18</sup> que jurídicas, vinieron a invertir lo deseado y esperado por un sistema que se supone defensor de los derechos humanos, que no era otra cosa, que tener claro que ante la duda, o falta de estudios sobre contaminación electromagnética, la menor incerteza debía inclinarse por no aprobar el permiso solicitado.

Expusieron nuestros magistrados constitucionales lo siguiente, lo cual cito a modo por ejemplo:

“Por último, apunta la promovente que “...la contaminación magnética que produciría en su propiedad la instalación del tendido de alta tensión, tal cual se ha definido en este momento, sería de tal grado que se haría inutilizable el inmueble por su parte..”, con el consecuente daño al ambiente y la salud pública. Sobre este tema, esta Sala, en las sentencias 3267-95, 3268-95 y 3334-95, entre otras, ha dispuesto lo siguiente: “... PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.- Como tales se tienen los siguientes: A) varios profesionales en medicina elaboraron lo que llamaron “Dictamen Médico” de los efectos de los cables de alta tensión en donde se

16 En todo caso sobre la contaminación electromagnética existe sobrada información como lo desarrolla Embid Tello, A en: Retos jurídicos de la radiación no ionizante. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid España. 2009.

17 Señala Embid Tello (2009): “En cuanto a la radiación electromagnética no ionizante, o campos electromagnéticos (CEM), ésta ha generado en los últimos años una gran alarma social que se ha traducido fundamentalmente en un rechazo masivo a la instalación de antenas de telefonía móvil e infraestructuras eléctricas. Este rechazo, aunque pueda aparecer en ocasiones como excesivamente pasional, cuenta sin duda con sólidos fundamentos en la continua y creciente publicación de estudios científicos que señalan la peligrosidad de los campos electromagnéticos, estudios que en los últimos años han multiplicado las evidencias de una posible relación de los mismos con un sinfín de síndromes y enfermedades.”

18 Señala Embid Tello (2009): “... Es posible hablar de dos tipos de peligros que la radiación genera. Los primeros provienen del calentamiento de los tejidos vivos (efectos térmicos), se hallan completamente estudiados y no plantean ningún tipo de duda científica. Los segundos, más diversos, englobados bajo el concepto de efectos no térmicos, se revelan fundamentalmente a través de una sintomática observada en la población sometida a radiación en el marco de estudios epidemiológicos o a través de otro tipo de estudios in vitro o con animales, pero el mecanismo causal que relaciona la radiación con dichos síntomas se resiste a ser determinado científicamente, existiendo múltiples hipótesis explicativas esta situación se ha intentado evitar mediante la asignación a los comités científicos o a diversas instituciones científicas de un papel fundamental en la evaluación del riesgo, lo que en el sector de la radiación no ionizante se traduce en la asignación de un poder casi absoluto de evaluación de los hechos a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a la Comisión Internacional para la protección frente a la radiación no ionizante (ICNIRP), instancias que no recomiendan un enfoque precautorio y que en sus recomendaciones hasta el día de hoy ha coincidido siempre con las pretensiones de los sectores industriales afectados, que no desean que la radiación pueda ser vista como peligrosa por la sociedad. Los Comités científicos de la Unión Europea y la mayoría de organismos científicos designados por los Estados miembros con la finalidad de evaluar el riesgo de la radiación no ionizante han calcado sus informes de las mencionadas instituciones internacionales la OMS es una organización internacional de Estados y, por lo tanto, sus decisiones se basan más en razones políticas que en científicas.”

analizan publicaciones extranjeras al efecto (folio 13); B) copias de las escrituras mediante las cuales se establecieron servidumbres de paso de los tendidos eléctricos corren a partir del folio 72 del expediente; C) un estudio del Ingeniero Hernán Robles respecto del tema que nos ocupa aparece a folio 102. SEGUNDO.- Ciertamente, la constitución de las servidumbres de paso del tendido eléctrico del proyecto Arenal-Ciudad Quesada, que se demostró recaen sobre algunas de las propiedades de los que ahora reclaman en amparo, lógicamente descalifican la promoción del recurso que nos ocupa, pues en su momento los propietarios fueron debidamente indemnizados por las molestias que el proyecto ocasionaría. Además, como se informa bajo la fe de juramento, al iniciarse el proyecto no existían casas en los lugares como Cedral de Ciudad Quesada, lo cual también se puede inferir de las fotografías que corren a partir del folio 116 del expediente, que demuestran la reciente construcción de la mayoría de edificaciones que en ellas se estampa. TERCERO.- Lo impugnado no es contra un acto administrativo en concreto, sino por los posibles efectos tanto para la salud como al ambiente que el proyecto pueda ocasionar, pero se debe tomar en cuenta que los trabajos realizados están fundados en el ejercicio del servicio público que presta la Institución accionada; y por otra parte, no se ha probado fehacientemente que las afectaciones alegadas se hayan dado anteriormente en el país, pues el Instituto Costarricense de Electricidad, bajo la fe de juramento, ha indicado en su informe que ha utilizado este sistema de tendido eléctrico de alta tensión y baja frecuencia desde hace 36 años sin conocer efectos negativos. Sobre el punto, las publicaciones extranjeras que han sido analizadas por los profesionales en ciencias médicas que aparecen en los

autos, no necesariamente coinciden con hechos acaecidos en nuestro país, pues las circunstancias, lugar y otros factores pueden variar en nuestro medio de casos ocurridos en otros lugares del planeta. Sin que lo resuelto en este recurso cierre la discusión respecto de los efectos ocasionados por campos electromagnéticos, lo cual deberá dilucidarse en su momento oportuno, por lo pronto, a falta de pruebas contundentes de perjuicio o amenaza evidente, que debiliten la posición del instituto recurrido, lo procedente es **declarar sin lugar el recurso...**” (sentencia 3267-95 de las nueve horas seis minutos del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cinco). De la sentencia transcrita, **en punto a la contaminación magnética aludida, se desprende que no se ha logrado demostrar -en los últimos años-, en forma fehaciente**, que las líneas de alta tensión que coloca la Institución recurrida, en el desarrollo de los proyectos que le ha encomendado la ley, produzca los efectos que acusa ahora también la promovente, sobre el ambiente o la salud pública, efectos respecto a los cuáles ella tampoco aporta ningún elemento de convicción que los acredite, o al menos, que logre desvirtuar o descalificar los informes rendidos ante esta Sala por el Instituto recurrido, en los diferentes recursos que, sobre este tema, se han presentado. En consecuencia, como no existe ningún elemento que le permita a esta Sala modificar el criterio que sobre el particular ha sostenido, el amparo, en cuanto a este extremo, resulta improcedente, como en efecto se dispone.” (voto 7864-97) (el resaltado es nuestro)

Es decir, con ello vemos una clara reiteración de transgresiones a lo precautorio y por ende a la no regresión cuando de contaminación electromagnética se trata, desde 1995 a 1997.

Cuando en la Declaración de ministerial de Bergen sobre desarrollo sustentable de 1990 se dijo que "... *la falta de certidumbre científica total no debe usarse como razón para posponer medidas destinadas a prevenir el deterioro ambiental...*" pensaban precisamente en casos como en el que nuestros magistrados tenían que decidir, pero como vimos, operó todo lo contrario en Costa Rica. La misma Artigas (2001) nos había señalado sobre lo precautorio -como vimos supra- que más bien con solo tener indicios ya era aplicable y razonable el utilizar una medida que detuviera todo el proyecto, pero los juzgadores, en manifiesta y abierta regresión dejaron para nuestra historia judicial la frase célebre de que: "Sobre el punto, las publicaciones extranjeras que han sido analizadas por los profesionales en ciencias médicas que aparecen en los autos, no necesariamente coinciden con hechos acaecidos en nuestro país, pues las circunstancias, lugar y otros factores pueden variar en nuestro medio de casos ocurridos en otros lugares del planeta. Sin que lo resuelto en este recurso cierre la discusión respecto de los efectos ocasionados por campos electromagnéticos, lo cual deberá dilucidarse en su momento oportuno, por lo pronto, a falta de pruebas contundentes de perjuicio o amenaza evidente, que debiliten la posición del instituto recurrido, lo procedente es declarar sin lugar el recurso..."

Contextualizando el escenario sobre el cual resolvieron los magistrados en 1997 el voto citado, recordemos que en este caso la decisión

19 Intel Corporation es el mayor fabricante de circuitos integrados del mundo, tal y como se señala en Wikipedia, ver: [http://es.wikipedia.org/wiki/Intel\\_Corporation](http://es.wikipedia.org/wiki/Intel_Corporation)

20 Ver sobre investigaciones y estudios de los campos electromagnéticos en: <http://www.contaminacionelectromagnetica.org/investigacion.htm>

21 Para mayor abundamiento sobre la contaminación electromagnética ver información en: [http://www.gigahertz.es/noticias\\_electrosensibles.html](http://www.gigahertz.es/noticias_electrosensibles.html)

22 Ley N° 8622

era aprobar o no un proyecto que traía el impulso y presión del Poder Ejecutivo para que la transnacional, líder de las computadoras, INTEL<sup>19</sup>, se instalara en nuestro país y consideramos que como un primer atisbo político y no jurídico, ello pudo ser una razón que (mal) motivó a reiterar lo ya resuelto en años anteriores en otras sentencias relacionados con la contaminación electromagnética. Creemos que los altos jueces, al menos debieron de haber aplicado en 1997 el principio de progresividad, modificando y redimiendo erradas posiciones del pasado, pero lastimosamente se volvió a negar la aplicación del principio *indubio pro natura*. El meollo del asunto es que no sólo se perdió la oportunidad de modificar para bien, sino que continuamos acentuando un retroceso abiertamente, con una redacción totalmente errada.

### III.3.b. Torres de telefonía celular.

Otro caso interesante -y podríamos hablar que relacionado con lo anterior- es lo ocurrido con las torres de telefonía celular (TTC) que igualmente tienen campos electromagnéticos, que conforme a estudios realizados internacionalmente señalan alteraciones a la salud humana<sup>20 21</sup>, pero reiteramos que sobre esos aspectos no ahondaremos acá.

Recordemos que en razón de la apertura telefónica, luego de la firma del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos<sup>22</sup> se

permite la entrada de transnacionales a competir por el servicio telefónico nacional, sobre todo el móvil. Lo anterior dispara la necesidad de construir TTC en toda la Nación, conllevando lo anterior a tener que regular ambientalmente la instalación de las mismas, aspecto que genera dos directrices<sup>23</sup> desde la Secretaría Técnica Nacional Ambiental<sup>24</sup> (SETENA).

Con lo anterior, muchas empresas se dieron a la tarea de hacer la "siembra" de estas estructuras, donde según datos oficiales de SETENA su construcción era pujante llegando en el 2009 a varios miles<sup>25</sup> de ellas.

Todo lo mencionado conllevó a que se presentara una acción de inconstitucionalidad contra las directrices, alegándose que la normativa que las permitía tenía serios roces con el derecho a un ambiente sano

y ecológicamente equilibrado, que se afectaba la salud y el paisaje, amén del principio precautorio y por ende el de no regresión, puesto que se consideró que las normas patrias exigían que solo vía estudios de impacto ambiental integrales previos se podrían aprobar las construcciones respectivas y que lo elaborado por SETENA era un absurdo jurídico/ambiental, puesto que no les pedía a las compañías torreras requisitos serios para dar los permisos y más bien todo se había convertido, - repito, vía directrices- en una posibilidad de considerar las viabilidades<sup>26</sup> como unos documentos de mero trámite, antes que verdaderas licencias que emite la Administración competente, donde previamente se analizaran todos los factores sociales y de la biodiversidad necesarios que demuestren que no se está ante riesgos y afectaciones al paisaje, la salud y que incluso garantizaran una participación

23 Resolución N° 0123-2010-SETENA del Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones y la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que es resolución de las 08 horas 00 minutos del 20 de enero del 2010, acuerdo de Comisión Plenaria, modificación de la resolución N° 02031-2009-SETENA (instalación de torres de telecomunicaciones para el sistema móvil avanzado 3G (SMA-SG) y 2- Resolución N° 02031-2009-SETENA del Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones y la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, de las 09 horas 00 minutos del 26 de agosto del 2009. Acuerdo de Comisión Plenaria, para la instalación de torres de telecomunicaciones para el sistema móvil avanzado 3G (SMA-SG)

24 Señala la Ley Orgánica del Ambiente: "Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley..."

25 Javier Córdoba, en Semanario Universidad señaló en el 2009: "Ante la cercanía de la apertura en el mercado de telecomunicaciones, ya suman cientos las solicitudes aprobadas por la SETENA, que solo de enero a finales de abril, alcanzan las 800. Al 26 de abril pasado, SETENA había aprobado 808 construcciones de torres, las cuales en su mayoría pertenecen a la empresa Compañía Las Torres, a las que se suman las otorgadas a Costa Pacífico Torres Ltda, Altavista Towers y Costa Pacífico Operaciones; además del Instituto Costarricense de Electricidad. Astorga y Llamado Urgente estiman que con la apertura del sector, cerca de 3000 torres nuevas se instalarán en el país, 2000 de ellas en la Gran Área Metropolitana, por ser el lugar de mayor concentración de población..."

26 En el Reglamento General de Procedimientos de Evaluación (EIA) de SETENA, se define la viabilidad ambiental de la siguiente manera: "Viabilidad (Licencia) Ambiental (VLA): Representa la condición de armonización o de equilibrio aceptable, desde el punto de vista de carga ambiental, entre el desarrollo y ejecución de una actividad, obra o proyecto y sus impactos ambientales potenciales, y el ambiente del espacio geográfico donde se desea implementar. Desde el punto de vista administrativo y jurídico, corresponde al acto en que se aprueba el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea en su fase de Evaluación Ambiental Inicial, o de Estudio de Impacto Ambiental o de otro documento de EIA."

ciudadana efectiva y oportuna en la formación de esas conductas administrativas.

Se expuso en la acción de inconstitucionalidad:

*“...considero que la inconstitucionalidad de los actos relacionados radica en que ambos establecen modificaciones a normativa ambiental de rango superior, sin existir la POTESTAD constitucional para ello. Explicando lo anterior tenemos que tomar en cuenta que LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS en su artículo 16 señala:*

*“Estudio del impacto ambiental: Para autorizar la explotación de un servicio público, a juicio del Ministerio del Ambiente y Energía o por ley expresa, es requisito indispensable presentar, ante el ente encargado de otorgarla, un estudio de impacto ambiental, aprobado por ese Ministerio. El costo del estudio correrá por cuenta del interesado. El estudio del impacto ambiental deberá incluir una declaración jurada, suscrita por los solicitantes y los autores, de que la información suministrada y la evaluación son ciertas. La resolución emitida por el Ministerio del Ambiente y Energía, sobre la evaluación ambiental, será vinculante para el ente encargado de otorgar la concesión o el permiso”*

*Por su parte la misma Ley General de Telecomunicaciones señala: ARTÍCULO 3.- “Principios rectores: ... k) Sostenibilidad ambiental: armonización del uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la garantía constitucional de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los operadores y proveedores deberán*

*cumplir toda la legislación ambiental que les resulte aplicable”.*

*Que en contraste con lo anterior, en la Resolución N° 02031-2009-SETENA se señala en sus “considerandos” que partiendo de que el impacto de una torre, o también llamada de una radio base, será de “baja significancia” o que dado que el área de infraestructura de una torre es pequeña, o que como no se generan aguas residuales, se justifica que la valoración del impacto se haga vía la metodología de un instrumento D2. (ver el “por tanto” PRIMERO)*

*Se destaca en su “por tanto” SEGUNDO de esa Resolución N° 02031-2009-SETENA, que solo en los proyectos de torres o radio bases o antenas de telefonía celular que se ubiquen en área frágiles ambientalmente serán valoradas conforme a un D1, a efecto de llevar a cabo una evaluación profunda.*

*Por su parte, en la Resolución N° 0123-2010-SETENA se ratifica la resolución anterior y se señala que toda valoración de este tipo de proyectos, no será vía estudio de impacto ambiental o un D1 por su baja significancia ambiental... Pero ello es absolutamente violatorio a aspectos incluso constitucionales, al principio precautorio, al principio de discrecionalidad, al de proporcionalidad y al de razonabilidad y amerita que se acoja esta acción... Tengamos presente que el Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, que es el Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), del 28 de junio del 2004 señala que los proyectos que tienen que cumplir con el trámite de permisos ambientales pertenecen a dos grupos, los del Anexo 1 y los del Anexo 2.*

potencial y los términos de referencia para la elaboración del EsIA.

*Presentación a la SETENA, de forma directa, bajo su responsabilidad, de un Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en concordancia con las guías ambientales que la SETENA pondrá a su disposición en el Manual de EIA y de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del presente reglamento. En este último caso, la actividad, obra o proyecto no gozará de una viabilidad ambiental potencial, hasta tanto la SETENA así lo indique en la resolución administrativa sobre el EsIA...”*

Se agregó en el escrito de interposición de la acción de inconstitucionalidad:

*...El suscrito considera que la intención de los funcionarios de SETENA, al poner en vigencia ambas resoluciones administrativas fue la de facilitar la instalación de radio bases o torres de telefonía mediante el debilitamiento y reducción de los requisitos ambientales (umbrales de protección) contemplados expresamente en el Reglamento de Procedimientos de SETENA y las leyes de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos y la Ley General de Telecomunicaciones, con el único fin; de promover la inversión extranjera en telefonía celular. A todas luces se estaría violentando de no declararse la inconstitucionalidad de esos actos, el principio de regresión y su contraparte, el principio de progresividad en materia ambiental...”*

Es decir, como se aprecia, era groseramente manifiesta la inconstitucionalidad al pretender

Los del Anexo 1 son aquellos para los cuales existe una ley específica que ordena la realización de un estudio de impacto ambiental.

El artículo que se cita a continuación (de ese reglamento), dice:

Sección I – A Categorización, clasificación y calificación de actividades, obras o proyectos

Artículo 4°. – Actividades, obras o proyectos sujetos a la EIA.

Las actividades, obras o proyectos nuevos, que están sujetos a trámite de obtención de viabilidad (licencia) ambiental ante la SETENA, según el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, se dividen en: Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica que ordena el cumplimiento del trámite. El Anexo No. 1, que forma parte integral de este reglamento, enumera estas actividades, obras o proyectos.

El artículo 28 del Reglamento General de EIA explica el procedimiento que deben cumplir las actividades, obras o proyecto del Anexo 1:

“Artículo 28°. – Requisitos para los proyectos de la Lista del Anexo No. 1.

Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica que ordena la elaboración y aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, podrán cumplir alternativamente cualquiera de los siguientes dos procedimientos:

Cumplimiento del trámite de Evaluación Ambiental Inicial, presentando a la SETENA el Documento de Evaluación Ambiental (D1) con el fin de obtener la viabilidad ambiental

“rebajarse” vía directriz, una disposición legal que exigía un estudio de impacto ambiental (EslA) integral (o conocido con el término D1) y por tanto; ello generaba una regresión; es decir, se argumentó que por simples disposiciones administrativas se pasó a hacer más laxa la exigencia de un EslA, que a la postre permitiría la proliferación masiva de TTC.

Nuestros magistrados constitucionales, analizando los anteriores argumentos dispusieron en voto N° 2012-014111, resolución de las dieciséis horas y cero minutos del nueve de octubre del dos mil doce lo siguiente:

*“El accionante fundamenta la acción en lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, normativa que remite a los servicios públicos a un estudio de impacto ambiental, cuando lo exija una ley o así lo disponga la SETENA. De igual manera, en el inciso k) de la Ley General de Telecomunicaciones, que contiene entre los principios rectores de la ley, la sostenibilidad ambiental. Para analizar la petición deducida en el expediente, es necesario que esta Sala determine el alcance del numeral 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el ámbito de las regulaciones de las Telecomunicaciones (Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642 y Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades del sector de Telecomunicaciones, Ley No. 8660), lo cual ya ha sido definido por esta Sala Constitucional, y a pesar de que el accionante no advierte de las reformas legales que afectaron ésta y otras disposiciones, las que*

*permiten deducir que la actividad de telecomunicaciones no se puede reputar más como un servicio público. Precisamente se desestima este argumento, toda vez que este punto fue discutido en la jurisdicción preventiva de constitucionalidad, cuando la Sala conoció de la consulta al proyecto legislativo de la Ley General de Telecomunicaciones, la que se evacuó mediante la sentencia No. 2008-004569, y estableció entre otras cosas que: “En lo tocante a la falta de caracterización de las telecomunicaciones como un servicio público, es preciso señalar que la publicatio, esto es, la asunción de la titularidad pública de un servicio público para ser prestado o gestionado directa o indirectamente por una administración pública, es una cuestión que se encuentra reservada a la libertad de conformación o configuración del legislador ordinario, de modo que es una cuestión de oportunidad y conveniencia legislativa calificar una actividad o no como servicio público o de interés público o general -salvo que la propia Constitución lo haga-, tanto que, tradicionalmente, la doctrina afirma que esa declaración es reserva de ley.” En consecuencia, de lo dicho, no se trata de un servicio público que deba someterse a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos...”*

Ahora, de una simple lectura encontramos el primer error que conlleva a la transgresión del principio de no regresión, pues los señores magistrados con lo supra expuesto escudan su razonamiento, para debilitar los estándares ambientales alcanzados, con el simplista argumento de que las

telecomunicaciones no pueden ser catalogadas como un “servicio público” y por esto según ellos, no existía exigencia legal de hacer un serio EslA, dejando de lado el peso que conlleva la defensa a un derecho humano, sobre una posición formalista como la utilizada. Recordemos que esa misma Sala ha catalogado que la defensa de un ambiente sano y equilibrado conlleva a la garantía y primacía de los derechos fundamentales.

Con relación a lo indicado, por ejemplo:

*“La Sala Constitucional ha indicado, en reiterada jurisprudencia, que la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales suscritos por Costa Rica, reconocen el derecho de los habitantes de la República a disfrutar del derecho a la salud y de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art 21,50, 73, y 89 de la Carta Magna). En este sentido este tribunal en sentencia No. 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993 indicó: “ ... La calidad ambiental es un parámetro de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc, pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para el uso de generaciones presentes y futuras, lo cual no es tan novedoso, porque no es más que la traducción a esta materia del principio de “lesión”, ya consolidado en el derecho común, en virtud del cual el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales. Por un lado, los iguales*

*derechos de los demás y por el otro el ejercicio racional y del disfrute útil del derecho mismo...” De aquí se extrae una directriz mínima, según la cual el Estado costarricense debe velar por la salud pública y la protección del ambiente. Ello implica no sólo que se deben tomar las medidas necesarias para impedir que se atente contra ellos, sino también que se debe adoptar medidas que los refuercen...” (Voto 2473 - 04)*

También los magistrados continuaron haciendo una regresión ambiental más acentuada; cuando en ese voto N° 2012-014111 dijeron:

*“Si la tramitación de un Estudio de Impacto Ambiental para la colocación de las radio bases carece de una expresa remisión legal, entonces es lógico conforme al mencionado artículo 16, como segundo argumento, que el mecanismo para determinar el impacto ambiental queda en el criterio de la SETENA. En este sentido, lo que impugna el accionante es una decisión discrecional de la Administración Pública, porque lo que se quiere combatir es un acto administrativo ayuno de requisitos, los que, a juicio del interesado, la SETENA debe exigir criterios técnicos más rigurosos. En este sentido, lo pretendido en el escrito de interposición de la acción es que esta Sala declare que se carece de criterios técnicos y científicos que permitan entender que la decisión del órgano, es errónea, inviable e insuficiente para tutelar el medio ambiente, por lo que lo resuelto por la SETENA no está suficientemente sustentado, y que*

esa circunstancia permite concluir que las resoluciones impugnadas, desde el punto de vista técnico y científico, son improcedentes por tratarse de actividades de alto riesgo ambiental. El examen de constitucionalidad, en estos términos, no se puede residenciar aquí, pues más allá de la posibilidad de atacar ciertas resoluciones con carácter general en esta jurisdicción, es lo cierto que para arribar a la conclusión que se pide, este Tribunal debe valorar si se trata de una actividad de alto, moderado o bajo riesgo ambiental, lo que requiere de otro tipo de análisis, además de los elementos de la discrecionalidad del acto, que sugiere el informe del Secretario General de la SETENA y la Procuraduría General de la República. Esto nos lleva a un problema de legalidad que debe dirimirse en la vía administrativa o en un proceso judicial en que medie la discusión de estos criterios, donde haya o no pruebas directas de las afirmaciones del accionante, con peritajes, evaluaciones científicas plausibles por la comunidad científica, entre otros. Como es evidente, la evaluación de la especificación, lista o detalle de requisitos técnicos como una exigencia que garantice la protección del medio ambiente, no es un tema que debe dirimirse en esta jurisdicción...”

Al decirse que la Sala Constitucional no encontraba ninguna inconstitucionalidad porque no hay norma expresa que obligue a hacer una EsIA, dado que no se habla de un servicio público, descartan una obligación legal cuando sí la hay, pero peor aún, ellos desechan y plantean con ello un retroceso al resolver que; como jueces constitucionales no

pueden anular por inconstitucional una directriz administrativa que evidentemente roza con el derecho previsto en nuestra norma máxima del artículo 50 de la Carta Fundamental que dice que se debe garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano; es decir, que al parecer los altos jueces olvidan sus responsabilidades y le dan primacía a la discrecionalidad de la Administración, por sobre lo previsto en instrumentos internacionales y la misma Constitución Política. Consecuentemente, para los jueces es correcto pensar que la discrecionalidad administrativa debe desplazar un derecho constitucional.

Y conforme a lo anterior, para ellos en este caso, la obligación constitucional de proteger el ambiente debe pasar de lado. Y entonces, como se aprecia, los operadores de justicia constitucional entran a exponer -con un argumento ultra regresivo-, que cualquier otra decisión está en el orden de las potestades de SETENA, olvidando que ellos han señalado que la discrecionalidad de la Administración no puede sobrepasar los derechos constitucionales, donde precisamente estos juzgadores son los llamados a hacer valoraciones y contrastes de las normas y las actuaciones administrativas. Por sobre todo a nuestro criterio, olvidan ellos también el principio de progresividad, pues en este caso nunca se justificó el por qué no era necesario hacer una valoración integral ambiental. Señalaron los magistrados que ellos no podían entrar a conocer o ponderar si algo es de alto, o mediano, o bajo riesgo, puesto que eso le corresponde a la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativo, pero ese argumento no concuerda con lo resuelto

en reiterados votos constitucionales, donde estos mismos señores y señoras fueron a la médula del asunto, sin evadir las garantías fundamentales y manifestaron:

*“El daño que se pueda causar al ambiente siempre es de difícil o imposible reparación y la aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere de la total certeza de mínima afectación de los recursos naturales, pues así lo dispone por fuerza propia el artículo 50 de la Carta Política... La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere - de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y encomendados a SETENA – un análisis pormenorizado que incluya, como lo exige el artículo 24 de la Ley Orgánica del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hace posible la aprobación del estudio...” (Voto 1174-05) (el resaltado es nuestro)*

O bien:

*“...el Estudio de Impacto Ambiental previo constituye el instrumento técnico idóneo para cumplir el principio precautorio que rige la materia ambiental, razón por la cual, prescindir de él implica omitir la prevención debida tratándose de la intervención humana en el medio...” (Voto: 6322-03)*

Por otro lado, interesante es este voto que presentamos a continuación, pues los altos jueces aclararon que el deber de pronunciarse sobre aspectos como los acá discutidos eran obligatorios para ellos por lo dispuesto en la norma 50 de la Constitución Política.

Además, si leemos infine observamos que los magistrados ya hasta han expuesto -lo mismo que la Contraloría General de la República- que la SETENA no es una oficina de confianza. Externaron propiamente:

*“V.- En cuanto al caso concreto, no corresponde a este Tribunal evaluar técnicamente el impacto ambiental de la actividad de extracción de hidrocarburos: el recurso de amparo no es una vía plena que tenga a disposición los medios probatorios necesarios para tal cometido. Sin embargo, el artículo 50 de la Constitución Política, tal como se señaló, ordena al Estado que garantice el derecho a un ambiente sano. Tal obligación implica que el Estado debe tomar todas las medidas técnicas posibles para asegurarse de que la actividad que aprueba no causará daños al ambiente. Si bien el pronunciamiento del órgano estatal encargado es en sí un asunto técnico, el deber de pronunciarse y la exigencia de rigurosidad es un asunto jurídico... La Constitución no exige solo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar como se dijo todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente... Es decir, en SETENA recae todo el deber del Estado de garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como indica el artículo 50 constitucional. Ante tan importante responsabilidad, sería razonable esperar la fortaleza técnica y administrativa del órgano encargado. No obstante, hay razones para dudar. La Contraloría General de la República, en las conclusiones del Informe No.04-PFA “Fiscalización sobre Evaluación de*

*Impacto Ambiental” rendido en el año 2000, dice: “Los resultados obtenidos en la presente fiscalización muestran que la Secretaría Técnica Nacional Ambiental ha tenido una serie de debilidades en su gestión, que pueden estar incidiendo en el cumplimiento de su función primordial, cual es, lograr un equilibrio entre los procesos productivos y el medio ambiente....” Lo indicado no garantiza que esa entidad esté contribuyendo adecuadamente a la conservación del medio ambiente, además que esté previniendo y mitigando los impactos ambientales generados por las actividades de desarrollo ...” Voto: 13295-01) (el resaltado es nuestro)*

Es decir ¿Si para otros casos fueron detallistas y exigen plena objetividad, por qué en este asunto de las TTC, en aplicación del criterio jurídico de la progresividad y del precautorio no quisieron acoger la acción? De hecho, nos parece que con el razonamiento de los magistrados se desconstitucionalizan los fines ambientales constitucionales ampliamente protegidos en el pasado tal y como veíamos también en la jurisprudencia citada supra, cuando comentamos las generalidades de lo preventivo y lo precautorio. La gravedad del asunto está dada en que los jueces dispusieron que la necesidad de valorar más a fondo las torres, queda excluida de sus potestades constitucionales y con ello se desresponsabilizaron. En este sentido ellos reafirman que no tenían criterios para determinar si la proliferación de torres era

o no algo de alto impacto cuando las mismas directrices habían sido claras al señalar que el asunto era masivo<sup>27</sup>. Ahora, a nuestro criterio, les faltó a los magistrados hacer una simple lectura de las directrices y ello conllevó a la regresión que tendía a permitir que miles de torres se hicieran con requisitos y exigencias ambientales escasas, incluso, sin participación ciudadana como hablaremos en el próximo aparte. No hace falta ser un buen calificador para entender que una sola torre no es un impacto significativo si la misma se hace en una zona abandonada, a lo largo de una carretera, pero si hablamos de miles de ellas y muchísimas de estas en zonas residenciales, la visión debió de haber cambiado y se debió de aplicar el criterio de progresividad y proporcionalidad, pero todo ello falló, muy convenientemente, para los intereses de las transnacionales torreras, que de haberse encontrado con lugar la acción, hubieran visto eventualmente la necesidad de invertir más dinero en los estudios ambientales integrales y es posible que de un análisis en conjunto de las torres existentes y promediando las que pudieran venir en futuro, no hubiera permitido considerar oportuno instalarlas a distancias de 300 metros entre ellas en residenciales, zonas de escuelas, iglesias, y plazas públicas.

Mención especial requiere tener presente lo que por voto salvado o de minoría dispusieron los magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, que externaron que la acción de inconstitucionalidad sí debió de ser declarada con lugar, pues según ellos, efectivamente lo que se dijo fue esa especie de desconstitucionalización de la protección ambiental que hemos hablado con

<sup>27</sup> En directriz que es la resolución N° 02031-2009-SETENA se dice en el considerando cuarto: "Que dado que la proliferación de torres de telecomunicaciones **será masiva**..." (el resaltado es nuestro)

base a reiterados votos. Dispusieron estos insignes operadores de justicia:

*“...no comparten los suscritos el criterio vertido por esta Sala en el sentido de que la actividad de telecomunicaciones ya no se puede reputar como un servicio público, puesto que, aunque tal calificación haya sido variada legalmente, para la determinación de su naturaleza, como tal, tienen mayor relevancia otros criterios referidos a las necesidades sociales. Ya esta Sala en varias ocasiones ha calificado ciertas actividades como servicio público, más allá que el legislador las haya denominado como tales. Los derechos fundamentales se debilitan notablemente si la tutela depende de definición legislativa, sin que su esencia haya cambiado...”*

Yendo más a profundidad, nos argumentan los jueces del voto de minoría que jamás una interpretación o modificación legal puede trascender la naturaleza del servicio y menos pueden hacer que los derechos fundamentales como lo es la protección a la biodiversidad pasen a menos, o se relajen por cambios legales. Señalaron ellos reconociendo tácitamente la regresión ambiental a la que hemos hecho referencia:

*“Por lo tanto, en este caso, a diferencia de lo que consideró el voto de mayoría, sí resulta aplicable la obligación de un estudio de impacto ambiental para los servicios públicos (artículo dieciséis de la Ley de la ARESEP), pues las telecomunicaciones, por la trascendencia que representan hoy en día en sociedad, son un servicio público, independientemente del*

*sujeto que lo preste. La participación convergente de particulares en la prestación de un servicio público no se dilucida por una definición legal, sino que se define por la naturaleza misma del servicio que se presta, que nunca es una actividad privada. La variación en el régimen legal que regula una actividad, no le quita su naturaleza de servicio público, porque su contenido material, su propia naturaleza, evidencia que tiene relevancia pública. Resulta incomprensible que el cambio del régimen legal excluya el cumplimiento de una garantía tan importante como el estudio de impacto ambiental. El cambio de la naturaleza jurídica con la intervención de sujetos privados, no puede debilitar la tutela del medio ambiente, que es un valor constitucional de especial relevancia, si nos atenemos a la propia redacción del artículo cincuenta de la Constitución...”*

Sobre el aspecto de la mala visión del voto de mayoría al disponerse que la Administración puede aplicar la discrecionalidad y rebajar los estándares de aplicación del principio precautorio que igualmente resultaron en una regresión señalaron:

*“Por otro lado, en atención al principio precautorio que opera en materia ambiental y que tiene rango constitucional, no es admisible que quede en manos de un órgano administrativo, de creación legal, la determinación de un impacto ambiental mediante una resolución que carezca de suficiente fundamentación, tal como ocurrió en este caso. A pesar de que en esta sede no corresponda determinar el grado de impacto ambiental de una actividad, sí*

*es posible examinar la fundamentación que da SETENA para arribar a tal determinación, máxime en este caso, pues se trata de un servicio público. Motivación que es particularmente ayuna de los argumentos que legitimen la decisión y que por demás, no tomó en cuenta el criterio de la ciudadanía...”*

Como hemos podido leer, en el caso de los campos electromagnéticos y el de las torres de telefonía, los altos jueces han generado regresiones serias y lamentables. Es claro que no hablamos de errores simples de interpretación, sino que hablamos que quienes tienen el poder más alto de velar por derechos fundamentales y constitucionales colaboran en transgresiones que son retrocesos muy serios que perjudican a personas que incluso no han nacido.

#### **IV. La participación ciudadana en regresión**

##### IV.1 La participación

La participación ciudadana informada ha sido un aspecto destacado en varios instrumentos internacionales y es claro que tal ha sido su relevancia que la misma es reconocida como un principio referencial del derecho a un desarrollo sustentable.

En la Declaración de Río 92, queda manifiesta la voluntad internacional consagrada en el Principio 10, denominado como “Participación Ciudadana”, señala el principio:

*“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener*

*acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.” (el resaltado es nuestro)*

El artículo 13 de la Carta de la Tierra, incluido en el aparte IV, con un significativo título de democracia, no violencia y paz, busca lo mismo, pero acoge además la necesidad de transparencia y gobernabilidad al declarar:

*“Fortalecer las instituciones democráticas en todos los niveles y brindar transparencia y rendimient de cuentas en la gobernabilidad, participación inclusiva en la toma de decisiones y acceso a la justicia” (el resaltado es nuestro)*

Como se puede apreciar perfectamente, desde lo internacional se nos señala la hoja de ruta, donde obliga a que los Estados deban dar el derecho de participación y el de información previo a adoptar decisiones, pues lo contrario es un sin sentido y una burla a esas garantías.

Todo lo anterior no es nuevo, sino que tiene historia vieja, tal y como leemos el Principio 19 de la Declaración de Estocolmo de 1972 que señala:

*“Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada, y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio ambiente en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos”*

En la Convención sobre el acceso a información, la participación pública en el proceso de adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales denominada Convención Aarhus se dice:

*“Art. 2. Cada parte (cada Estado) tratará de velar porque los funcionarios y autoridades asistan y orienten al público en la búsqueda de acceso a la información, el fomento de la participación en el proceso de adopción de decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales” (el resaltado es nuestro)*

Sobre el valor de todos los instrumentos que hablan de protección a derechos fundamentales nuestra Sala Constitucional ha señalado:

*“... hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no ha sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país...” (2313-95)*

Por su parte nuestra Constitución Política incluso señala en su numeral 9<sup>28</sup> que Costa Rica es un Estado democrático y participativo, por ello no es extraño que incluso en la Sala Constitucional se haya resaltado el derecho de participación en muchos de sus votos, donde destacamos los siguientes:

*“...Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores,*

28 Artículo 9 constitucional: “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí...”

la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa...” (voto N° 2120-03)

También ha expuesto:

“... El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente **en la formación y ejecución de la voluntad pública...**” (voto No. N° 2120-2003) (el resaltado es nuestro y conlleva a tener claro que ese derecho debe ser dado previo a la emisión de la conducta administrativa)

Además:

“... La participación ciudadana carecería, totalmente, de sentido si no se brinda a los administrados facilidades para informarse sobre

los criterios técnicos y demás circunstancias que sustentan determinado proyecto o decisión...” (voto No. N° 2120-2003)

Por su parte, en la resolución N° 18106-09 de la Sala se dispuso:

“III.- Sobre el derecho de participación ciudadana. El principio de participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió el principio de cita en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República es popular, representativo participativo, alternativo y responsable. Asimismo, tanto a nivel constitucional como legal, se han establecido una serie de mecanismos que buscan que el principio antes mencionado pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum para la aprobación o derogación de leyes y reformas parciales a la Constitución, o la iniciativa popular en la formación de leyes. En cuanto a este tema, conviene destacar lo dicho por esta Sala en su sentencia número 2005-05649 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del once de mayo del dos mil cinco, en la que se señaló en lo que interesa: “...En efecto, el principio democrático contenido en el preámbulo y artículo 1° de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, supone, necesariamente, el de la participación política directa, efectiva, libre y

consciente de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas fundamentales en cuanto les atañen. Sobre este último principio, el artículo 9° de la Constitución Política, en su versión actual, después de la reforma parcial verificada por la Ley No. 8364 del 1° de julio del 2003, dispone que “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”. No cabe la menor duda que la última reforma parcial al artículo 9°, fue jalónada, en buena parte, por la que se produjo, casi un año antes, de los ordinales 105 y 123 de la Constitución, en cuanto se enfatiza el carácter participativo del Gobierno de la República y se señala explícitamente que, además de los tres Poderes, éste lo ejerce el pueblo, obviamente, a través de su participación en el diseño de las grandes líneas políticas del país, mediante el referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley. En el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos es menester indicar que existe una convergencia absoluta de estos en consagrarle y **garantizarle a las personas el derecho de participar o tomar parte directamente en el gobierno o en la dirección de los asuntos públicos de su país**, así lo establecen, a título de ejemplo, los artículos 21, párrafo 1°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre de 1948, 23, párrafo 1°, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966...” (el resaltado es nuestro)

En lo legal se dice en Costa Rica en la Ley Orgánica del Ambiente, numeral 6:

“Participación de los habitantes: El Estado y las municipalidades, **fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones** y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente” (el resaltado es nuestro)

Por su parte en el Código Municipal se señala en el artículo 5:

“Las municipalidades **fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local...**” (el resaltado es nuestro)

IV.2 La participación y las regresiones en el caso de las torres de telefonía

Teniendo en cuenta el anterior marco, vemos que en nuestro Estado existe -o debería existir- un rango amplio de participación ciudadana y como leíamos de los votos constitucionales, esta participación, para ser efectiva debe ser un derecho ejercido previamente al otorgamiento de un permiso, puesto que lo contrario sería todo un sin sentido. Pero resulta que a pesar de lo anterior, en el voto de la acción de inconstitucionalidad de TTC antes comentada, los magistrados de

mayoría incurrieron en una seria regresión al tener por buena una participación ciudadana otorgada para luego de dar los permisos ambientales a cada torre de telefonía.

Dispusieron los magistrados en ese voto N° 2012-014111:

*“Por otra parte, en la acción se aborda el problema de la participación y la infracción al derecho a la información, como el establecimiento de mecanismos para vertebrar la sociedad y su relación con las instituciones públicas, es decir, para permitir que el ciudadano pueda formarse su opinión, así como pronunciarse en asuntos que sean de su interés y de relevancia para sus aspiraciones de vida en sociedad. Sin embargo, también se ha analizado, en forma reiterada el tema, mediante los recursos de amparo en los que se reclama contra la falta de participación e información, autorizado por las resoluciones y medidas de la SETENA, lo que ha sido conocido entre otras sentencias por las números: 2011-5516, 2011-8316, 2011-12704, 2011-12745, 2011-15288, 2011-15763, 2012-6711 y 2012-08270. En este sentido, el punto quedó resuelto por la Sala con la sentencia No. 2011-05516, en cuanto establece lo siguiente: “De previo debe indicarse, que no le corresponde a este Tribunal determinar las especificaciones que debe cumplir el administrado en lo que se denomina un “Plan de Comunicación a la Comunidad” como reclama el amparado. Si bien es cierto esta Sala ha reconocido la existencia del derecho de participación ciudadana en asuntos de índole ambiental, este*

*derecho debe ser comprendido, al menos para ser de conocimiento de esta jurisdicción, para aquellos proyectos que por su índole especial y de gran trascendencia o afectación pueda afectar sensiblemente a una comunidad. Tratándose de un principio constitucional, resulta consecuente su adopción también en otra normativa de índole legal, incluso abarcando mayores ámbitos a los que constitucionalmente se tutelen vía amparo, lo cual es acorde al ordenamiento jurídico, sin embargo la verificación de estas audiencias o comunicaciones, no corresponde ser verificada en todos los casos por esta jurisdicción, sino únicamente en aquéllos en que éstas resulten indispensables por su grado de afectación, como los casos considerados técnicamente de alto impacto ambiental, supuesto que no es al que nos enfrentamos en el presente caso, ya que se trata de una obra que se encuentra calificada como de “bajo impacto ambiental potencial” Precisamente, un principio fundamental lo debemos encontrar en la propia Ley General de la Administración Pública, cuando establece que: “Artículo 16.- En ningún caso podrán 1. dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2.” En este sentido, el accionante propone en su demanda la prelación, a las decisiones políticas como las jurídicas, a la participación ciudadana, para que éstas disciplinas encuentren límites previos en él y en el derecho ambiental, lo que, a su*

*juicio, debe ser así con la actividad de instalación de torres y de radio bases, la considera de alto impacto ambiental. Pero como se indicó arriba, lo anterior debe ser dirimido en otra jurisdicción diferente a la constitucional, pues si el legislador al regular el ámbito del sector de las Telecomunicación dejó al criterio de la SETENA lo referente al posible impacto ambiental, y ello lo hizo al amparo del principio de atención del criterio versado del legislador. En este sentido, la Asamblea Legislativa se permite aconsejar y escuchar por los mejores criterios técnicos y científicos sobre una determinada materia técnica, o deja ciertas áreas reguladas, abiertas a la flexibilidad propia de la actividad e intensidad regulatoria administrativa, a la que no puede descender la función legislativa. De este modo, aunque sea quien toma la decisión final, si el legislador no lo reguló en concreto, entonces permitió que la SETENA lo resolviera diferentemente. Así, señala que en España la colocación de torres de telecomunicaciones no se considera de alto impacto, y si ello está confirmado por las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, entre otros principios, entonces efectivamente conducen a un tratamiento menos exigente por un menor impacto ambiental al señalado por el accionante. Lo que determina la norma es que si la ciencia y la técnica proponen un tratamiento unívoco, las decisiones jurídicas como políticas deben estar*

*guiadas por éstas. En este sentido, entre mayor peligrosidad exista en una actividad, más estrictas deben ser las exigencias; por el contrario, si una determinada práctica o actividad es de bajo impacto ambiental, las exigencias políticas y jurídicas pueden relajarse, como en efecto se ha descrito en los sendos escritos de las autoridades informantes, como de los coadyuvantes. En este sentido, el derecho ambiental no podría conducir a una tiranía de la participación ciudadana privilegiándola por encima de las reglas exactas de la técnica y la ciencia, si éstas permiten relajar o flexibilizar la oportunidad, y si no existen razones al día de hoy para estimar un cambio normativo, tampoco lo sería para establecer que un tratamiento distinto al unívoco de la ciencia y de la técnica. Por lo expuesto, este extremo al igual que el anterior debe declararse sin lugar...” (el resaltado es nuestro)*

Hay que destacar varios aspectos; para iniciar tenemos que ver que los magistrados señalan que las torres de telefonía y radio base son proyectos designados como de bajo impacto, pero al igual que señalamos arriba<sup>29</sup>, la sumatoria de todas y cada una de esas miles de estructuras son afectaciones serias con una capacidad de carga que no quiso ser dimensionada por los jueces, aspecto que conllevó a “descuidar” la verdadera significancia del derecho de participación, que como hemos dicho, debe

29 Y sin entrar a los efectos de la contaminación electromagnética.

ser previo al otorgamiento de cualquier permiso. Por otro lado, como se aprecia en los razonamientos o (in) justificación judicial citada, los magistrados llegan a la extraña e irracional conclusión de que la participación ciudadana solo debe ser previa si la misma es para proyectos de alta significancia, conllevando ello a una línea muy delicada, pues hacer perder lo que incluso ha sido reconocido por diferentes instrumentos internacionales que no hace ese tipo de diferencias, e incluso se desconoce lo dicho por esa misma Sala anteriormente y, todo ello, es verdaderamente algo muy serio por el retroceso, nos hacen ver que existe una “nueva” línea de interpretación restrictiva, que sin lugar a dudas, favorece solamente a los proyectistas de torres, pero no a la ciudadanía, ni a la defensa del derecho a un ambiente sano y equilibrado. Finalmente, vemos de manera grotesca como estos jueces han reconocido abiertamente la regresión de derechos fundamentales cuando dicen que el derecho de participación debe “relajarse”, aspecto este que es perjudicial para un Estado que se ha proclamado y es reconocido internacionalmente como defensor de los derechos fundamentales.

En el voto de minoría los magistrados Gilbert Armijo y Fernando Cruz señalan:

*“Efectivamente cuando en la resolución impugnada SETENA estableció que la participación ciudadana a las comunidades procede hasta luego de otorgada la viabilidad ambiental incurrió en una violación al principio de participación ciudadana. La participación del ciudadano debe ser previa y no únicamente posterior al otorgamiento de los permisos.*

*Justamente el ciudadano debe informarse y expresar su opinión ante las Autoridades Administrativas, antes que estas dicten sus correspondientes actos administrativos, para con ello poder presentar argumentos que enriquezcan el sustento de las decisiones de la Administración Pública. Toda participación ciudadana tiene la aspiración de influir en la decisión, no se trata solamente de expresar opinión y argumentos que al fin y al cabo no tengan ninguna trascendencia en las decisiones administrativas que se toman respecto de la comunidad. La consulta posterior se convierte en un formalismo que debilita significativamente la participación de la ciudadanía. El control ciudadano en temas de medio ambiente no sólo se deriva del artículo nueve de la Constitución, sino que se funda en el propio artículo cincuenta de la carta fundamental, porque brinda una acción de control calificada a cualquier ciudadano. De la lectura de esta norma se infiere, sin duda alguna, que la participación ciudadana en materia de medio ambiente, debe producirse antes de adoptar la decisión, porque control activo de la ciudadanía debe darse en un escenario que asegure su incidencia efectiva, ya que la que se hace posteriormente, no es más que una notificación de lo que ya se resolvió...”*

Por su parte el magistrado Paul Rueda, en su voto salvado independiente, dentro de este mismo expediente, ampliando aún más señala al respecto de la participación ciudadana:

*“Como indiqué en los votos números 2013-003121, 2012-014990 y 2012-005866, la construcción de torres de telefonía celular requiere audiencia específicamente cuando esto conlleva una modificación a un plan regulador, en virtud de lo dispuesto de manera expresa en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana. Tal audiencia significa una manifestación del derecho constitucional al gobierno participativo, cobijado constitucionalmente en el artículo 9 de nuestra Ley Fundamental. Hecha la aclaración anterior, a los efectos de este asunto, existirán situaciones en que la instalación de torres de telefonía celular no sea - per se - de bajo impacto ambiental (verbigracia: cuando la planta de emergencia de una torre opere con algún hidrocarburo y se encuentre sobre un manto acuífero vulnerable); en tales casos muy específicos, que no comportan la generalidad de las situaciones, contrario al criterio de la mayoría, estimo, por un lado, que SETENA se encuentra obligada a conferir audiencia previo al otorgamiento del permiso ambiental y, por el otro, que esta instancia sí puede ejercer control de constitucionalidad, como en efecto ya lo ha hecho (ver sentencia número 2012-016866 de las 14:30 horas del 4 de diciembre de 2012)...”*

Como podemos leer, es claro que se evidencia una inequívoca discrepancia de criterios entre los magistrados de mayoría con los disidentes, por lo cual nos deja entrever también que el asunto de las violaciones fueron bien discutidas, por lo que no fue por cuestión de olvidos, o de errores casuísticos

y al azar; que se generaron las regresiones odiosas en materia ambiental, al menos en estos casos de las torres de telefonía celular.

## V. Conclusiones

Si bien ya habíamos entendido -por nuestra práctica profesional- que existían regresiones generadas desde la Sala Constitucional, fue mediante este análisis que estructuramos la información necesaria que nos permite enunciar casos particulares, donde se denota el cambio de timón serio que evidencia las regresiones de parte de los que son llamados a defender los derechos humanos de tercera generación.

En el caso de los campos electromagnéticos es preocupante que siendo un caso claro, donde se podía aplicar el criterio precautorio sobre la incertidumbre, más bien los magistrados dispusieran; que como las informaciones eran contradictorias, se debía declarar sin lugar el amparo.

En la acción de inconstitucionalidad por las antenas de telefonía celular vemos que los altos jueces, de nuevo, prefieren acudir a argumentos formalistas antes que aplicar razonamientos que van encausados a defender los derechos humanos fundamentales, lo cual se torna verdaderamente lamentable. Un sistema que antepone la forma; antes que el fondo, no progresa y está destinado a ser tomado por fuerzas que no conllevan a poder materializar un desarrollo sustentable inclusivo, sino uno donde los fines antropocéntricos tengan relevancia.

La verdad parece, que luego de venir argumentándose a lo largo de la historia de la existencia de la Sala Constitucional una clara defensa del derecho de participación ciudadana, resulta un contra sentido

resolver; que en cuanto al asuntos de TTC se dispusiera que el sistema tenía que relajarse, pues ello deja entrever que se entra a una fase peligrosa, donde se pone por delante los derechos empresariales antes que los de la ciudadanía. Véase que externar que “... *el derecho ambiental no podría conducir a una tiranía de la participación ciudadana privilegiándola por encima de las reglas exactas de la técnica y la ciencia, si éstas permiten relajar o flexibilizar la oportunidad y si no existen razones al día de hoy para estimar un cambio normativo...*” nos devuelve, cuando menos, 50 años en la historia de las reivindicaciones de la luchas en defensa de causas ambientales al alrededor del mundo.

Tal y como lo señala el epígrafe de este artículo, sentimos la necesidad de investigar el tema de las regresiones ambientales relacionadas con las posturas de los jueces constitucionales, pues hay aspectos que merecen ser analizados para buscar nuevas rutas que nos hagan al menos no retroceder de los diques logrados, para bien de gente que incluso no ha nacido.

Es claro, que se debe sistematizar toda la jurisprudencia constitucional ambiental para detallar aún más lo que acá apenas hemos enunciado; esa labor será saludable para

poder construir el derecho al desarrollo sustentable nacional que nos merecemos y por el que hemos luchado.

Finalmente, sabiendo que las regresiones ambientales protegen el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y que éstas tienen la función vital de blindar nuestro ordenamiento ambiental, sería válido cuestionarnos lo siguiente: ¿existirán consecuencias penales, civiles o administrativas para los operadores de justicia que rompan los diques y disminuyan la protección alcanzada? ¿Estaremos ante conductas penales como el prevaricato<sup>30</sup>? Estas dudas se tendrán que resolver en futuras investigaciones, pero nos parece que es vital incursionar en esos estudios pues sino; el tema de las regresiones no trascenderá, dejando huellas de peso más allá del mundillo académico.

Somos fieles creyentes que no es correcto, justo y menos sano, para los derechos humanos, considerar que el rebajar los estándares ya alcanzados, por parte de los magistrados, sea tomado como aspectos que están dentro de las potestades legales de estos funcionarios, pues esa lógica puede hacernos llegar a prácticas judiciales muy peligrosas para Estados que; por tradición son civilistas y respetuosos de los derechos fundamentales.

## VI. Bibliografía

Astigas, C. 2001. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. CEPAL-ECLAC. Chile.

Cabrera, J. 1994. Indubio pro natura. Boletín de la Fundación Ambio No. 3 Costa Rica.

Córdoba Morales, J. 2009. Torres de telefonía: Grupo denuncia vía rápida para otorgar permisos ambientales. Semanario Universidad. Costa Rica. Disponible en [http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=442:torres-de-telefonía-grupo-denuncia-vía-rápida-para-otorgar-permisos-ambientales-&catid=40:noticias-ambientales&Itemid=60](http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=442:torres-de-telefonía-grupo-denuncia-vía-rápida-para-otorgar-permisos-ambientales-&catid=40:noticias-ambientales&Itemid=60)

Embid Tello, A. 2009. Retos jurídicos de la radiación no ionizante. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. España.

Golbenberg, I. y Cafferatta, N. 2001. Daño ambiental. Problemática de su determinación causal. Ediciones Albeledo-Perrot. Argentina.

Peña Chacón, M. 2012. “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”. Revista Judicial, No. 103, San José, marzo 2012, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/)

revista%20104%20por%20archivo/07-principio%20no%20regresion.pdf

Milano, A. 2005. El principio precautorio. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica.

Mesa Cuadros, G. 2007. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho. Universidad Nacional de Colombia. Colombia.

Sagot, A. 2013. El Principio de no regresión en materia ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras. Disponible en: [http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d](http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d)

Sagot, A. 2007. Aspectos conceptuales y jurisprudencia constitucional ambiental de los principios precautorio y preventivo”. Análisis conceptual sobre los principios y el tratamiento que les da la Sala” Costa Rica.

Santana Plata, P. 2013. Las controversias en el derecho internacional ambiental y los retos en la aplicación del principio de precaución en el ámbito local. Revista de Derecho Público. Enero/Junio. Universidad de los Andes. Colombia.

Walsh, R. et al. 2000 Ambiente, derecho y sustentabilidad. Ediciones Ley. Argentina.

30 Dictar resoluciones contrarias a la ley.

# LOS OTROS MODOS DE TERMINACIÓN DE LA QUIEBRA

*M.Sc. Luis Albán Arias Sosa*

## **ADVERTENCIA**

No se incluye -adrede- en este trabajo, la modalidad extintiva – ampliamente publicitada- bajo el nombre: Convenio o Concordato Resolutorio. Puesto que el mismo, a diferencia de los aquí observados, goza de un vasto tratamiento en la literatura jurídica.

## **INTRODUCCIÓN GENERAL**

El proceso de ejecución colectiva denominado Quiebra procura el cumplimiento, en la medida de lo posible, de las obligaciones del fallido. Sin embargo, dicha pretensión no siempre se produce.

Es por esa razón que existen diversos modos de terminación de la falencia, y no solamente uno. Dichas modalidades son objeto de estudio y regulación fuera de nuestras fronteras. Infortunadamente, no ha sucedido lo mismo en nuestro país. Aquí, salvo el gran aporte del Dr. Vargas Soto, y de una que otra tesis, no se ha discutido mucho el punto (ni siquiera jurisprudencialmente).

En dicho contexto es que se ubica este trabajo. Tiene la modesta intención de colaborar en la difusión de esta temática. Y busca, además, hacer algunas apreciaciones propias, para el examen de una cuestión

Para los efectos anteriores, planteamos, para guiar nuestro estudio, la siguiente hipótesis:

El pago es el modo de terminación por antonomasia de la Quiebra.

Orientan el estudio, estos objetivos:

Explicar los modos singulares de terminar anormalmente el proceso.

Exponer en qué consisten las modalidades extintivas anormales que se vinculan estrechamente a los acreedores.

Reseñar el desarrollo de las operaciones liquidadoras preliminares.

Indicar la manera en que se procura cumplir con las deudas del quebrado.

Los lineamientos fundamentales de esta investigación, se encuentran representados en la hipótesis y objetivos esbozados. Se trata de las ideas principales que sobresaldrán en el desarrollo de la misma.

Este estudio, dedicado a los modos de terminación de la quiebra, involucra, para su realización, el uso de libros, tratados, trabajos finales de graduación, jurisprudencia, ordenamiento jurídico y demás fuentes que se refieran al tema de comentario.

Propiamente, la investigación utiliza, para su desarrollo, el método hipotético-deductivo. Se parte de las distintas maneras que acaban la falencia, para recalcar, específicamente, en la forma regular de que ello ocurra. Seguimos en esto las recomendaciones del Dr. Odilón Méndez Ramírez en su libro: La Investigación Científica.

Nuestra monografía consta de un par de capítulos, que tienen dos secciones cada uno. En el primero de ellos, nos interesan las modalidades extintivas anormales del proceso. Quedando para el segundo, lo relativo al modo normal de terminar la Quiebra.

## **CAPÍTULO I: MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN**

Muchas son las modalidades que se utilizan para concluir la Quiebra. Correspondiendo a este primer capítulo, el tratamiento de las formas no típicas de acabar el proceso.

Nos ocuparemos, antes que nada, de los modos que se consideran particulares; para con posterioridad revisar aquellos que se vinculan, de manera especial, con los acreedores del fallido.

1 Según el Código Procesal Civil son aquellas resoluciones que contienen un juicio valorativo o un criterio del juzgador. Código Procesal Civil. Ley N°7130 de 16 de agosto de 1989, San José, Imprenta Nacional, 1era edición, 1989, art.153 inc. 2.

2 Este último establece, para otros casos, la aplicación de sus normas a la Quiebra, en cuanto no haya previsión en el ordenamiento mercantil. Código Procesal Civil, art. 818, párrafo segundo.

## **SECCIÓN I: MODALIDADES SINGULARES**

El proceso de Quiebra puede terminar anormalmente por las impugnaciones que se presenten contra su apertura o por la ausencia de fondos para su continuación.

En el primer caso nos quedaremos sin falencia; mientras que en el segundo, cabe la posibilidad de una reanudación. Veamos.

### **A. Revocación del Auto Declarativo.**

La Quiebra, cuyos modos de terminación son el objeto de este estudio, precisa ser declarada judicialmente mediante un auto<sup>(1)</sup>. El contenido del mismo, lo establecen los Códigos de Comercio y Procesal Civil.<sup>(2)</sup>

Básicamente, la declaratoria dispondrá: la apertura del proceso, determinación provisional del período de sospecha, nombramiento del curador, prevenciones al deudor, la ocupación, inventario y depósito de los bienes del fallido, comunicación a los Registros, y al Correo, la concesión de un plazo para legalizar créditos, prohibición de hacer pagos o entregas al deudor, prevenciones a los poseedores de bienes del fallido, el señalamiento de lugar para notificaciones, comunicación al Ministerio

Público y la publicación de la parte dispositiva de la resolución de apertura.<sup>(3) (4)</sup>

Contra el auto declarativo de la Quiebra se pueden establecer los recursos de revocatoria y el de apelación. Estando legitimados para presentarlos, fundamentalmente, el deudor y los acreedores.<sup>(5)</sup> Tenemos dudas acerca de la procedencia del Recurso de Casación en este caso, pues nuestro ordenamiento no considera a la resolución de apertura como auto con carácter de sentencia.<sup>(6)</sup> La jurisprudencia patria ha mostrado conformidad con estos criterios. Respecto a la naturaleza de la decisión, se ha manifestado: “La resolución que decreta la quiebra es un auto. No tiene carácter de sentencia, por cuanto no le pone término al proceso. Por consiguiente, su apelación debe presentarse dentro de tercero día”.<sup>(7)</sup> Sobre la impugnación, por parte de los acreedores, se dijo: “Si la quiebra, en términos generales está destinada a afectar, no solo al deudor y a su patrimonio, sino también a los acreedores, es innegable que cualquiera de éstos, en el caso de la quiebra voluntaria que se ve afectado con ella, está legitimado para el ejercicio del remedio impugnatorio de la declaratoria que considere ilegal, ...”.<sup>(8)</sup>

En caso de prosperar la impugnación, tendremos la Revocación del Auto Declarativo. Siendo éste uno de los modos de terminación de la Quiebra. Ello por cuanto la comprobación de la falta de los presupuestos necesarios para abrir el proceso, conlleva la eliminación de la apertura. Quedando la Quiebra como si nunca se hubiera dado.<sup>(9)</sup>

Por eso Brunetti le asigna a la resolución declarativa un carácter provisional. Al considerar que a consecuencia de un recurso podría perder vigencia.<sup>(10)</sup>

Respecto al modo de terminación en análisis, menciona el ordenamiento procesal civil:

*“Revocada la declaratoria del concurso, volverán las cosas al estado que tenían con anterioridad; sin embargo, deberán respetarse los actos de administración legalmente realizados por el curador, lo mismo que los derechos adquiridos por terceros de buena fe.”<sup>(11)</sup>*

De lo anterior se deriva una regla general (vuelta al estado previo) que,

3 Ibid. art. 763.

4 Código de Comercio. Ley N° 3284 de 30 de abril de 1964, San José, Editorial Porvenir, Reimpresión de la 9 ed., 1994, art. 863.

5 Ver en igual sentido, Código Procesal Civil, art. 764.

6 Ibid. art. 591, inc. 2) y art. 153, inc. 4).

7 Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°516 de 9 H 30 de 24 de octubre de 1990. Quiebra de “A.D.S.A.”

8 Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°425 de 11 de agosto de 1987. Incidente de nulidad de la declaratoria de quiebra solicitada por el Banco Nacional, dentro de la quiebra de “B.C.S.A.”

9 Ver en igual sentido, BRUNETTI (Antonio), Tratado de Quiebras, México, Editorial Porrúa, 1 era edición, 1945, p.294 y PROVINCIALI (Renzo), Tratado de Derecho de Quiebra, Barcelona, Editorial A H R, 1 era edición, Vol. III, 1959, p.12.

10 Ver BRUNETTI (Antonio), op. cit., p.295.

11 Código Procesal Civil, art. 764, párrafo quinto.

como usualmente ocurre, presenta sus excepciones (actos de administración del curador y los derechos de terceros).

Efectivamente, en principio, la revocación del auto declarativo hace que toda la actuación y eficacia producidas, con la apertura de la Quiebra, queden sin valor.<sup>(12)</sup> Se habla de una eficacia retroactiva, en cuanto se tiene por sentado que nada ocurrió.<sup>(13)</sup>

Sin embargo, para el caso costarricense, habrá que entender que dicho planteamiento sufre las excepciones referidas a los actos de administración y derechos de terceros. Por lo que, en sentido propio, no puede hablarse de una cesación total de los efectos de la declaratoria.

Entre las principales consecuencias particulares provocados por la revocación, en criterio de Lupo y Romero, están: la reintegración al deudor de sus bienes, papeles, libre tránsito y demás derechos; el que la Quiebra se tenga por no hecha y carezca de efectos; la posibilidad de los acreedores de proceder en la vía que corresponda, contra el deudor, en la búsqueda de la satisfacción de su interés individual; etc.<sup>(14)</sup>

Finalmente, por la "... inexistencia de alguno (s) de los presupuestos ... necesarios para declararla ..."<sup>(15)</sup> la Quiebra debe desaparecer. Pero así como se publicó su apertura, debe hacerse lo propio con la revocatoria.<sup>(16)</sup>

Explicado, de esta manera, el cierre por revocación; toca el turno de examinar la otra modalidad, que hemos denominado, "singular".

### **B. Insuficiencia del Patrimonio.**

Este modo de finalizar con la Quiebra, de manera anormal, se presenta cuando el patrimonio a liquidar es insuficiente (o, peor aún no existe) para cubrir los gastos que el proceso en estudio implica.<sup>(17)</sup>

La hipótesis en cuestión la recoge nuestro Código Procesal Civil, al establecer que la Quiebra puede darse por terminada cuando no haya bienes que realizar.<sup>(18)</sup>

La razón que justifica una disposición como la que examinamos, está en que el patrimonio, que supuestamente debe repartirse entre los acreedores, falta totalmente o lo consumen

los gastos del proceso. Con lo cual queda truncada una de las principales finalidades de la Quiebra, y por ello la terminación opera. "Se trata, en realidad, ..., de una ineludible imposición de las circunstancias."<sup>(19)</sup>

Sería improductivo desarrollar el complejo proceso de liquidación que nos ocupa, para conseguir un resultado inútil que solo decepcionaría a los acreedores. Bien ha dicho De Pina que en estos casos, si se continúa tramitando la Quiebra, lo único que se consigue es perder el tiempo y gastar innecesariamente.<sup>(20)</sup>

Una terminación por insuficiencia del patrimonio, presupone la firmeza de la resolución que se pronuncie sobre el reconocimiento de los créditos.<sup>(21)</sup> La jurisprudencia argentina ha ahondado más en el punto: "La clausura por falta de activo constituye una medida de carácter excepcional que sólo es dable decretar cuando la insuficiencia del activo del deudor para satisfacer los gastos del juicio ... sea manifiesta, extremo que no se da si no se ha practicado el inventario de los bienes del fallido, ni el síndico ha llevado a cabo diligencias tendientes a la realización de dichos bienes, ni a determinar la existencia de otros con cuyo producto sea posible continuar ..."<sup>(22)</sup>

Consideramos compatible la disposición legal patria con lo resuelto por los tribunales argentinos. La primera establece el mínimo de trámite del proceso que debe haberse desarrollado, lo segundo brinda criterios excelentes para realmente darle el uso debido a la modalidad de terminación que tratamos.

Nuestro ordenamiento guarda silencio en cuanto al sujeto que puede solicitar la terminación. En doctrina dicha posibilidad le es concedida al curador.<sup>(23)</sup> Consideramos que, efectivamente, es el indicado para ello; por ser quien administra la Quiebra y por ende (se supone) conoce la situación del patrimonio perfectamente.<sup>(24)</sup>

Por otra parte, le corresponde al juzgador determinar la utilidad de continuar o no con el proceso. En virtud de su apreciación, tomará la decisión respectiva.<sup>(25) (26)</sup>

Sobre esta temática, Malagarriga ha comentado que los fondos, cuya falta o insuficiencia paralizan los procedimientos, empiezan a escasear casi desde que se necesitan para la publicación de los edictos.<sup>(27)</sup>

Sobre los efectos de este modo de terminación, diremos que suelen señalarse

12 Ver en igual sentido, PRIETO-CASTRO (Leonardo), Derecho Concursal. Procedimientos Sucesorios. Jurisdicción Voluntaria. Medidas Cautelares, Madrid, Editorial Tecnos, Reimpresión de la 1 a edición, 1978, p.71.

13 "La revocación, tiene eficacia ex tunc, y remueve la sentencia declarativa y los efectos que de ella derivan ..." Ver PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p.12.

14 Ver LUPO y ROMERO comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p.20.

15 Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, de 11 de mayo de 1987. Quiebra de "I.C.C.S.A."

16 Así lo dispone el ordenamiento costarricense. Código Procesal Civil, art. 764, fine.

17 Ver en igual sentido, CERVANTES AHUMADA (Raúl), Derecho de Quiebras, México, Editorial Herrero, Reimpresión de la Tercera Edición, 1985, p. 107, DE PINA VARA (Rafael), Derecho Mercantil Mexicano, México, Editorial Porrúa, Decimo-segunda Edición, 1979, p. 477 y RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), Curso de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, Decimoséptima Edición, T. II, 1983, p. 431.

18 Código Procesal Civil, art. 808, párrafo primero.

19 MALAGARRIGA (Carlos), Tratado Elemental de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tercera Edición, T. IV, 1963, p. 322.

20 Ver DE PINA VARA (Rafael), op. cit., p. 477.

21 Así dispuesto por la normativa procesal. Código Procesal Civil, art. 808, párrafo primero.

22 C.N. Comercio, Sala A, de 16 de abril de 1970. A.N. s/ quiebra.

23 Ver en ese sentido, RIPERT (Georges), Tratado Elemental de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1 era edición, T. IV, 1954, p.441.

24 Lo cual además sería conforme con disposiciones mercantiles sobre el punto. Código de Comercio, art. 876, inc. c) y o).

25 Ver en igual sentido, BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), Concursos y Quiebra, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Cuarta Edición, 1990, p. 752.

26 Código Procesal Civil, art. 808, párrafo segundo.

27 Ver MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 323.

como tales: la no rehabilitación del quebrado y la recuperación de las acciones individuales por parte de los acreedores.

Se ha indicado que el "... quebrado no puede obtener su rehabilitación en tanto no cancele íntegramente sus deudas".<sup>(28)</sup>

Parece que hacia esa dirección se orienta el ordenamiento mercantil, al establecer que la rehabilitación procede al prescribir los créditos legalizados, o sus saldos, en caso de que no se hayan cancelado las deudas en su totalidad.<sup>(29)</sup>

Terminada la Quiebra, vía insuficiencia del patrimonio, los acreedores pueden ejercer sus acciones individuales para perseguir el cobro de sus créditos. Según Malagarriga; cada acreedor puede ejecutar libremente al deudor, como podía hacerlo antes de la Quiebra, y hará suyo lo que obtenga.<sup>(30)</sup>

Esto último, a juicio de Bonfanti y Garrone, constituye el aliciente para que el acreedor accione. Es su motivación principal.<sup>(31)</sup> Ripert, sin embargo, menos optimistamente; considera que, con la supresión de la prisión por deudas, el ejercicio de la acción individual no ofrece utilidad a ningún acreedor.<sup>(32)</sup>

Si resulta inútil o no la acción individual dependerá de la existencia de fondos

suficientes, en el patrimonio del deudor, para satisfacer el crédito del acreedor que accionó (Que no haya, o sea insuficiente, el activo para continuar la Quiebra, no significa que necesariamente no haya dinero para pagar al acreedor individual).

Finalmente, cabe en este aparte, señalar la posibilidad de reapertura del proceso que contempla nuestra legislación. Se ha dispuesto que la aparición de pertenencias del fallido, permitirá que se reabra la Quiebra.<sup>(33)</sup>

Lo cual encuentra su fundamento en que la terminación opera por ser insuficiente el patrimonio, de manera que si desaparece esa situación no hay razón para concluir el proceso. Obviamente habrá que justificar la existencia de los fondos necesarios para continuar. Así lo ha entendido Dávalos; quien consigna: "..., cuando prueben que existen bienes; entonces la quiebra continuará en el punto en que se hubiere interrumpido, ...".<sup>(34)</sup>

Podemos sostener, entonces, la posibilidad de seguir los procedimientos en cualquier momento, en que se vuelva a contar con los bienes suficientes.<sup>(35)</sup> Por lo tanto, el modo de terminación de la Quiebra que estudiamos reviste un carácter provisional.<sup>(36)</sup>

28 Ver LUPPO y ROMERO comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 19.

29 Código de Comercio, art. 950, párrafo segundo.

30 Ver MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., pp. 327 - 328.

31 Ver BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 753.

32 Ver RIPERT (Georges), op. cit., p. 441.

33 Código Procesal Civil, art. 808, fine.

34 DAVALOS MEJIA (Carlos), Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, México, Editorial Harla, 1 era edición, 1984, p. 610.

35 Ver en igual sentido, GAMBOA VAZQUEZ (José), La Función del Órgano Jurisdiccional en la Quiebra, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, p. 119.

36 Ver en ese sentido, FASSI (Santiago), Concursos Comerciales y Civiles, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1 era edición, 1977, pp. 294 - 297.

*"..., la conclusión de la quiebra tiene aquí un carácter provisional, pues la inexistencia de bienes por liquidar puede desaparecer en cualquier momento, por descubrimiento de bienes ocultos o por su adquisición posterior."*<sup>(37)</sup>

Cerrado, así, este aparte. Conviene pasar a la revisión de otras maneras a través de las cuales la Quiebra acaba.

## **SECCIÓN II: MODALIDADES RELACIONADAS CON LOS ACREEDORES**

Dentro de estos modos de terminación, como su nombre lo indica, resulta decisiva la participación de los acreedores. Ya sea no concurriendo al proceso, u optando por avenirse. En ambos casos la ejecución colectiva no se justifica por la ausencia de pluralidad. Observemos.

### **A. Falta de Acreedores.**

Contrario a lo que ocurre en el modo de terminación precedente (insuficiencia del patrimonio), en éste que empezamos a estudiar lo que falta es la concurrencia del pasivo. En otras palabras, no hay una

pluralidad de acreedores que se presenten a solicitar su pago.<sup>(38)</sup>

Precisamente en razón de ello es que opera la terminación. Así lo juzgan varios autores. Provinciali: "... no se puede concebir ... una ejecución colectiva para un solo acreedor."<sup>(39)</sup> Cervantes: "..., la quiebra es un procedimiento colectivo, que no puede realizarse si no existe colectividad, ..."<sup>(40)</sup> Rodríguez: "..., no puede desconocerse que la existencia de una pluralidad de acreedores concurrentes es la base misma de todo el procedimiento, ..."<sup>(41)</sup>

A manera de resumen; se puede concluir que la presencia de un sólo acreedor no justifica el proceso de Quiebra, el mismo presupone multiplicidad de acreedores. En el mismo sentido se han manifestado los Tribunales Argentinos: "carece de razón de ser y debe extinguirse, ...".<sup>(42)</sup>

En criterio de Rodríguez la pluralidad de acreedores es un dato que la ley lo presume existente, probadas la cesación de pagos y la calidad de comerciante.<sup>(43)</sup> Obviamente esa presunción no sobrevive con la concurrencia de uno, o ninguno, de los acreedores.<sup>(44)</sup>

La ausencia de acreedores no la debemos entender, necesariamente, como que éstos

37 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 431.

38 Ver en ese sentido, DAVALOS MEJIA (Carlos), op. cit., p. 610. y DE PINA VARA (Rafael), op. cit., p. 478.

39 Ver PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 23.

40 Ver CERVANTES AHUMADA (Raúl), op. cit., p. 107.

41 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 432.

42 C.N. Comercio, Sala A, de 12 de agosto de 1976. M.C. s/ quiebra.

43 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 432.

44 En este punto hay que recordar, el plazo para la legalización de créditos que se establece en la declaratoria de Quiebra. Código Procesal Civil, art. 763, inc. g).

no existen. El Licenciado Gamboa ensaya una posible explicación a la falta de los mismos:

*“...; significa solamente que los acreedores no quieren hacer valer sus derechos en el proceso de quiebra, especialmente debido a negociaciones extrajudiciales efectuadas entre el fallido y sus acreedores, ...”*<sup>(45)</sup>

Respecto a los efectos producidos por este modo de terminación, considera Rodríguez que son idénticos a los provocados por la revocación.<sup>(46)</sup> Es decir, en criterio del autor mexicano, cesan todos los efectos de la Quiebra.<sup>(47)</sup>

Las principales consecuencias, son apuntadas por Lupo y Romero: recupera el deudor sus bienes y papeles, el proceso carece de efecto, y, algo primordial, el acreedor recupera la posibilidad de accionar individualmente contra el deudor.<sup>(48)</sup>

Esta última solución nos resulta bastante razonable, por cuanto carece de sentido un proceso de ejecución colectiva para un solo acreedor. En estos casos resulta mejor, el ejercicio de una acción en forma singular.<sup>(49)</sup> Con acierto se ha manifestado: “El acreedor

concurrente, ..., queda en libertad de proceder en la vía ordinaria, en la ejecutiva, en la sumaria o en la que corresponda según la naturaleza de su crédito. En la misma situación quedan los demás acreedores no concurrentes.”<sup>(50)</sup>

Sobre el modo de terminación que nos ocupa, ha dicho el Licenciado Gamboa que la legislación patria no se refiere a él. Aún así, lo estima aplicable (sin decir de qué forma).<sup>(51)</sup>

Consideramos, que al menos existen dos posibilidades.

1- Recurrir la resolución de apertura, con la obtención de una decisión favorable, a causa de la falta de acreedores. 2- La revocatoria que de oficio, por este motivo, haga el juzgador del proceso de Quiebra.<sup>(52)</sup>

Por lo expuesto, en el párrafo precedente; parece ser que, cuando menos en el ámbito nacional, la terminación por falta de concurrencia del pasivo, se enmarca dentro de la finalización por revocatoria del auto declarativo.<sup>(53)</sup>

Contrariamente; la otra modalidad de terminación relacionada con los acreedores, sí la recoge expresamente la normativa.

45 Ver GAMBOA VÁZQUEZ (José), op. cit., p. 120.

46 Véase supra Cap. I, Sec. I, aparte A.

47 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 432.

48 Ver LUPO y ROMERO comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 20.

49 El acreedor hará efectivos sus derechos en la vía correspondiente, ...” Ver DAVALOS MEJIA (Carlos), op. cit., p. 610.

50 Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Joaquín), op. cit., p.432.

51 Ver GAMBOA VÁZQUEZ (José), op. cit., p. 120.

52 Ver en ese sentido, Código Procesal Civil, art. 764 y 556.

53 Véase supra Cap. I, Sec. I, aparte A.

## **B. Avenimiento.**

La otra modalidad de terminación estrechamente relacionada con los acreedores, es la del Avenimiento. Al respecto el sistema patrio indica que: vencidos los plazos para la legalización de créditos, y antes de concluir la calificación de los mismos, todos los acreedores pueden dar su consentimiento para prescindir de la Quiebra, con lo cual ésta queda terminada y se levantan las interdicciones sobre el deudor. Se debe proceder a publicar la terminación y a poner al deudor en el goce de sus bienes.<sup>(54)</sup>

Dicho esto, exploremos la figura. Avenir, según los entendidos, significa conformarse o resignarse con algo.<sup>(55)</sup> Básicamente, eso es lo que hacen todos los acreedores del fallido. Se resignan a una parte de su crédito con la intención de evitar males mayores en caso de que se liquidaran los bienes. En otras palabras, con la pretensión aludida, todos los acreedores, poniéndose de acuerdo con el deudor, consienten la terminación del proceso.<sup>(56)</sup> De allí que lleve razón la afirmación de Fassi, en el sentido de que el deudor puede solicitar la finalización

de su Quiebra si están de acuerdo todos sus acreedores.<sup>(57)</sup>

El avenimiento se parece al convenio, o concordato, dentro de la Quiebra, pero no son lo mismo. En común tienen el ser modos de terminación.<sup>(58)</sup> Pero mientras en el convenio basta la conformidad de una mayoría, que se impone a una minoría; en el avenimiento se requiere la anuencia de la totalidad de los acreedores del quebrado.<sup>(59)</sup>

En Argentina, llamando a los “convenios” con el nombre de “acuerdos”, se han pronunciado de similar forma a la expuesta:

*“A diferencia de los acuerdos, ..., en los que la voluntad de la mayoría decide con efecto vinculatorio para los acreedores minoritarios, el avenimiento requiere el consentimiento de “todos” los acreedores.”*<sup>(60)</sup>

La diferencia que recién se apunta resalta el fundamento del avenimiento, como modalidad de finalización de la Quiebra, el mismo radica en el consentimiento unánime de los acreedores.<sup>(61)</sup> “Sin éstos el proceso no tiene razón de ser”.<sup>(62)</sup>

54 Ver en ese sentido, Código Procesal Civil, art. 802 y Código Civil. Ley N° 3 del 28 de setiembre de 1887, San José, Editorial Porvenir, 3 era edición, 1988, art.962.

55 Real Academia de la Lengua Española citada por BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 725.

56 Ver en igual sentido, CERVANTES AHUMADA (Raúl), op. cit., p. 108, GAMBOA VÁZQUEZ (José), op. cit., p. 120 y RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 433.

57 Ver FASSI (Santiago), op. cit., pp. 286 - 287.

58 Ver en igual sentido, BRUNETTI (Antonio), op. cit., p. 298.

59 Ver en igual sentido, BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 725 y MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 317.

60 C.N. Comercio, Sala C, de 4 de noviembre de 1977. “C.S.S.A.”, quiebra.

61 La “conformidad de todos los acreedores verificados. Es lo que justifica la conclusión de la Quiebra”. Ver FASSI (Santiago), op. cit., p. 287.

62 C. Ap. CC. de Bahía Blanca, Sala I, de 19 de mayo de 1988. J.A.Z. c/ E.G. y otra.

Otra gran distinción que presenta el avenimiento es que, a juicio de Brunetti, se compone de tantos acuerdos distintos, como acreedores hayan.<sup>(63)</sup> Explican Bonfanti y Garrone que cada acuerdo es formalizado con cada uno de los acreedores, individualmente considerados.<sup>(64)</sup> En otros términos; la conformidad de todos los acreedores se consigue mediante acuerdos individuales a los que llega, con cada uno de ellos, el deudor.

Esto que precede, en principio, encuentra dificultades en nuestro país. Por cuanto, en el Código de Comercio se establece la nulidad de los convenios particulares entre el fallido y un acreedor, o grupo de ellos.<sup>(65)</sup>

Entonces: ¿Es o no factible el avenimiento en Costa Rica? Los ordenamientos civil y procesal lo aceptan <sup>(66)</sup>, pero se presenta una complicación con lo dispuesto por la normativa mercantil.

A manera de ensayar una posible solución y tratando de armonizar las normas, podemos decir que: el avenimiento será posible, siempre y cuando el quebrado logre acuerdos con todos los acreedores (sin excepción alguna).<sup>(67)</sup> Puesto que de lo contrario, acuerdos parciales (que excluyan a acreedores), cabrá la nulidad de lo pactado. De no considerarse oportuna nuestra propuesta de concertación

normativa, entendemos que sería difícil la procedencia de la figura en estudio, en el ámbito nacional.

Por otra parte, en estos casos de terminación, el control de los Tribunales se limita a verificar la existencia de las condiciones necesarias para que el avenimiento opere.<sup>(68)</sup> Es decir, el juez interviene para comprobar la totalidad de los consentimientos. Por eso pensamos que es acertado el criterio de Bonfanti y Garrone, cuando señalan: "..., la actividad jurisdiccional queda limitada al simple contralor de la unanimidad de los acreedores concurrentes".<sup>(69)</sup>

En este sentido, la doctrina ha manifestado: la necesidad del deudor de probar, normalmente con documentos públicos o privados, la conformidad de todos los acreedores para que la Quiebra termine.<sup>(70)</sup>

Sobre los aspectos precedentes nuestra legislación es omisa. Sin embargo, pareciera presuponer, o al menos no vedar, las actuaciones recién mencionadas.

Decimos esto, por cuanto, el ordenamiento nacional, se limita a disponer la terminación de la Quiebra, con su respectiva publicación y puesta del deudor en el goce de sus bienes<sup>(71)</sup>, como si se estimara que el juez ya

63 Ver BRUNETTI (Antonio), op. cit., p. 298.

64 Ver BONFANTTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 727.

65 "..., si se hiciera tales acreedores perderán cuanto derechos tengan en la quiebra, la cual por ese sólo hecho será calificada de culpable". Código de Comercio, art. 937.

66 Véase supra Cap. I, Sec. II, aparte B –inicio-.

67 Obsérvese que el numeral 937 no alude a acuerdos que comprendan a la totalidad de los acreedores. Código de Comercio, art. 937.

68 Ver en igual sentido, BRUNETTI (Antonio), op. cit., p. 298.

69 Ver BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 727.

70 Ver DAVALOS MEJIA (Carlos), op. cit., p. 610 y MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 316.

71 Ver en ese sentido, Código Procesal Civil, art. 802 y Código Civil, art. 962.

ha confirmado la voluntad de la totalidad de los acreedores.

Pasando, ahora, a los efectos del avenimiento; podemos particularizarlos como sigue: " ..., vuelve el deudor a la libre disponibilidad y administración de sus bienes ..."<sup>(72)</sup>, recupera su legitimación procesal, cesa la intervención de su correspondencia, los pagos que se le hagan son válidos <sup>(73)</sup>, el juzgado no sigue conociendo la causa, los acreedores, por su parte recuperan las acciones individuales <sup>(74)</sup>, etc.

Aparte de los tradicionales efectos que produce la finalización que nos ocupa, Bonfanti y Garrone revisan un interesante enfoque referido, propiamente, a los efectos sobre el mismísimo proceso de Quiebra. Señalan los profesores argentinos que la masa, a consecuencia del avenimiento, se desintegra; pero los actos de los órganos serán válidos si llegaron a perfeccionarse.<sup>(75)</sup>

Autores como Fassi y Malagarriga determinan como efecto del avenimiento: la recuperación, por parte del quebrado, de la plena capacidad.<sup>(76)</sup> Dicho efecto no parece ser de recibo en nuestro medio, pues, la ley ha dispuesto la necesidad de la rehabilitación

para que cesen las interdicciones legales sobre el fallido.<sup>(77)</sup>

Para finalizar este aparte, y no llevar a engaños a nadie, debemos indicar que lo expuesto, para el caso costarricense, constituye una lección teórica. Dado que no tenemos noticia de que alguna vez se haya utilizado la figura. Consideramos, y en esto seguimos a Brunetti, que se trata de una institución sin mayor trascendencia en la práctica, en donde ha permanecido ignorada, como algo fuera de la realidad.<sup>(78)</sup>

Contrario le ocurre al modo normal de finalizar la falencia, pues presenta más vitalidad, como enseguida veremos.

## **CAPÍTULO II: MODO NORMAL DE TERMINACIÓN**

La forma común de la conclusión del proceso de Quiebra es el pago a los acreedores.

Dicho pago constituye la tercera fase de un proceso complejo llamado: Liquidación.

Por lo que se puede sostener que la satisfacción de los diversos créditos, se ve antecedida por unas maniobras preliminares.

72 C.N. Comercio, Sala D, de 7 de noviembre de 1977. "K.S.A.", quiebra.

73 Ver en igual sentido, BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 729.

74 Ver en igual sentido, LUPO y ROMERO comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., pp. 20 - 21.

75 Ver BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 730.

76 Ver FASSI (Santiago), op. cit., p. 289 y MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 319.

77 Código de Comercio, art. 958.

78 Ver BRUNETTI (Antonio), op. cit., p. 297.

## SECCIÓN I: OPERACIONES PREPARATORIAS

Antes de pagar, se requiere obtener el producto que con los bienes del quebrado se pueda adquirir. Además, también será necesario establecer los créditos adeudados, con su correspondiente graduación. Son estas las operaciones, a las que nos dedicaremos de seguido.

### A. Liquidación del Activo.

La liquidación, como noción general, corresponde al "... conjunto de operaciones tendientes a realizar el activo y extinguir el pasivo de la quiebra, entregando el sobrante, si lo hubiere, al fallido."<sup>(79)</sup> Cómo se deduce de lo esbozado, la finalidad que se persigue es el pago de los acreedores.

En este aparte nos dedicaremos específicamente a la liquidación del activo<sup>(80)</sup>, reservando el resto de la sección al tema de la liquidación del pasivo.<sup>(81)</sup>

Liquidar el activo significa proceder a realizar los bienes de la Quiebra.<sup>(82)</sup> Porque, como

bien lo expresa Garrigues, la conservación y administración de los bienes del quebrado solo tienen sentido, en cuanto buscan su más provechosa enajenación para repartir el producto entre los acreedores.<sup>(83)</sup>

)  
En virtud de lo anterior, continúa el autor español: "La liquidación se realiza con la percepción de los créditos y con la enajenación de los bienes muebles e inmuebles del quebrado, ..."<sup>(84)</sup>

Dicha enajenación es por excelencia labor del curador. A él le corresponde liquidar los bienes del quebrado.<sup>(85)</sup> Para el logro del mencionado objetivo, tiene entre sus principales funciones: procurar el aseguramiento e inventario de los bienes, cobrar los créditos a favor de la quiebra, obtener la devolución de objetos, continuar los procesos que interesen al concurso y, primordialmente, vender los bienes.<sup>(86)</sup>

Sobre el punto dispone la normativa patria que el curador debe vender los bienes por montos no menores a los del avalúo, para enajenarlos por una suma menor ocupa de la anuencia de los acreedores y el juzgador.<sup>(87)</sup> Otra medida de trascendencia, es la necesidad de autorización judicial para vender privadamente bienes inmuebles.<sup>(88)</sup>

79 Ver MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 300.

80 ACTIVO. Haber total de una persona natural y jurídica.// En el comercio, el importe general de los valores efectivos, créditos y derechos que un comerciante tiene a su favor." CABANELLAS (Guillermo), Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1 era edición, 1988, p. 12.

81 Véase infra Cap. II, Sec. I, aparte B.

82 Ver en igual sentido, MARTINEZ VAL (José María), Derecho Mercantil, Barcelona, Editorial Bosch, 1 era edición, 1979, p. 604 y URÍA (Rodrigo), Derecho Mercantil, Madrid, Ediciones Jurídicas, Decimonovena Edición, 1992, p. 999.

83 GARRIGUES (Joaquín), Curso de Derecho Mercantil, Bogotá, Editorial Temis, Reimpresión de la séptima edición, T. V, 1987, p. 81.

84 Ibid. p.82.

85 Ver en igual sentido, RIPERT (Georges), op. cit., p. 433 y URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 999.

86 Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 876 y MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., pp. 307 - 308.

87 Ver en este sentido, Código de Comercio, art. 876, inc. j) y Código Procesal Civil, art. 781, párrafo cuarto.

88 Ver en este sentido, Código de Comercio, art. 877, inc. 2) y Código Procesal Civil, art. 778, párrafo primero.

Excepcionalmente, en casos de utilidad manifiesta para la Quiebra, el juez podrá autorizar ventas directas de bienes.<sup>(89)</sup> Ello encuentra asidero en nuestro ordenamiento: "Cuando haya necesidad de realizar efectos, bienes, o valores que pudieren perderse, disminuirse o deteriorarse, o fuere muy costosa su conservación o fuere útil su venta por algún motivo especial, el juez podrá ordenar su venta, previo el avalúo correspondiente."<sup>(90)</sup>

Lo indicado en los dos párrafos precedentes nos sirve para concluir, con Bonfanti y Garrone, que el curador no es el sujeto "todopoderoso" de la liquidación.<sup>(91)</sup> Tiene bastantes controles y, salvo casos aislados, no actúa en solitario; sino que lo hace bajo la vigilancia de los acreedores y la autoridad judicial competente.

Por otra parte, no es extraño que se produzca el problema de los llamados "bienes invendibles". Es decir, aquellos en que su venta ha resultado infructuosa.<sup>(92)</sup> La principal solución que se plantea, en nuestro medio, para estos casos, en donde parte del patrimonio del fallido no se ha podido liquidar, es la venta judicial de los bienes.<sup>(93)</sup>

La decisión de rematar los bienes corresponde al juez de la Quiebra. Este deberá decidir si el remate tendrá base o no. Medida, esta última, que se toma cuando no hay más alternativa para "deshacerse" del bien.<sup>(94)</sup>

Si, pese a lo expuesto persistiera la situación. Tenemos una disposición legal que señala:

*"Los objetos que no hayan podido realizarse, de conformidad con los acuerdos de la junta, se entregarán a la libre disposición del concursado."<sup>(95)</sup>*

El Doctor Vargas Soto no compartió esta futura posición normativa. Opinó que, como la Quiebra extingue las obligaciones del fallido en la medida en que su patrimonio lo permita, sólo se justifica la devolución de aquellos bienes sobrantes que no se ocupan para pagar todas las deudas.<sup>(96)</sup>

Consideramos acertada doctrinariamente la postura que don Francisco Luis defendió en su oportunidad. Sin embargo, nos cuestionamos, ahora, si: ¿Cabrán hacer distinciones donde la ley no las hace? Nos

89 Ver en igual sentido, BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p. 700. y MALAGARRIGA (Carlos), op. cit., p. 302.

90 Código Procesal Civil, art. 783, párrafo primero.

91 Ver BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., pp. 686 - 687.

92 En Argentina, según cuentan algunos de sus tratadistas, lo que hace el juzgador, en estos casos, es entregar los bienes a entidades con fines altruistas. Ver en ese sentido, Ibid. p. 700.

93 Código Procesal Civil, art. 805.

94 Ahora bien, rematados los bienes o créditos quedará todavía pendiente el punto referente a la distribución de los productos del remate, razón por la que sostenemos que no se debe ver esta disposición - el remate - como un medio de acabar el proceso de concurso o quiebra, sino como un instrumento que busca terminar la liquidación de los bienes del deudor a fin de poder llegar a la distribución final". VARGAS SOTO (Francisco Luis), Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed., 1989, p. 177. Lo entre guiones es nuestro.

95 Código Procesal Civil, art. 807, párrafo final.

96 Ver VARGAS SOTO (Francisco Luis), Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed., 1989, p.180.

parece que la respuesta es negativa. Por lo cual, sin diferenciaciones de ninguna clase, los bienes no realizados se devuelven al deudor.

Reseñada la operación preparatoria de liquidación del activo, resulta primordial completar el cuadro con la otra operación liquidadora.

### **B. Liquidación del Pasivo.**

Dijimos atrás que la liquidación, en cuanto a noción general, comprende las operaciones de liquidación del activo y del pasivo.<sup>(97)</sup> A la citada en último término se dedica este aparte (puesto que en el anterior, estudiamos la primera).

La liquidación del pasivo <sup>(98)</sup>, realizado el patrimonio del quebrado y obtenido el dinero correspondiente, consiste en una: “determinación exacta de los créditos y su respectiva graduación ...”<sup>(99)</sup>

Esta operación que nos ocupa, luego de pasado su antecedente lógico <sup>(100)</sup>, comprende

tres fases sucesivas y distintas. A saber: examen y reconocimiento de los créditos; su graduación; y el pago de los acreedores.<sup>(101)</sup> Esta fase final la retomaremos en su oportunidad.<sup>(102)</sup>

Resulta evidente que para poder pagar, se requiere ineludiblemente establecer los sujetos a quienes se les adeuda.<sup>(103)</sup> Debe seleccionarse los acreedores que pueden participar en la Quiebra. Ello precisamente, es lo que se busca con el examen y reconocimiento de créditos.<sup>(104)</sup> Martínez lo ha definido, en los siguientes términos: “..., es la operación que tiene por objeto determinar los acreedores que tienen derecho a participar.”<sup>(105)</sup>

En forma muy clara y amplia se ha manifestado, sobre el particular, el tratadista Broseta Pont:

*“Como es sabido, frente a la masa activa (patrimonio ejecutable del quebrado) se ha de crear la masa pasiva (conjunto de acreedores con derecho a obtener su satisfacción concursal), para cuya constitución definitiva es indispensable*

97 Véase supra Cap. II, Sec. I, aparte A.

98 En el activo figura todo lo que se posee o cabe acreditar, aún pendiente de cobro; mientras que en pasivo se incluye todo lo que se debe. // Por extensión, en el comercio se habla de activo como de haber, que en todo patrimonio hay; el pasivo equivale al debe que existe en el mismo.” Ver CABANELLAS (Guillermo), op. cit., p. 12.

99 Ver MARTINEZ VAL (José María), op. cit., p. 604.

100 La liquidación del activo es el antecedente lógico de la liquidación del pasivo: solo cuando el caudal de la quiebra se haya convertido en dinero podrán pagarse los créditos contra la quiebra ...” Ver GARRIGUES (Joaquín), op. cit., p. 82.

101 Ver en igual sentido, MARTINEZ VAL (José María), op. cit., p. 105 y URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 1002.

102 Véase infra Cap. II, Sec. II, aparte A.

103 Al respecto Garrigues distingue entre acreedor concursal y concurrente. El primero, simplemente, acude a la Quiebra. En tanto, el segundo tiene el derecho de acudir y a ser tomado en cuenta. Ver GARRIGUES (Joaquín), op. cit., p. 82.

104 El italiano Provinciali determina como finalidades de este examen, entre otras, la aprobación de la existencia de créditos contra el deudor y; en ese caso, conocer su número, montos y naturaleza. PROVINCIALI citado por BROSETA PONT (Manuel), Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, Novena Edición, 1991, p. 724.

105 Ver MARTINEZ VAL (José María), op. cit., p. 605.

*examinar si quienes pretenden ser acreedores lo son efectivamente, con el fin de reconocer su derecho a participar en el procedimiento y en el posterior reparto del patrimonio del deudor.”<sup>(106)</sup>*

Pero como, para la consecución de la meta final (pagar), no basta el examen y el reconocimiento de los créditos; es indispensable pasar a la segunda fase de la liquidación del pasivo: la graduación de los créditos.

“Graduar los créditos quiere decir establecer el orden por el cual les corresponda ser satisfechos, determinando la respectiva posición, privilegiada o no, de unos y otros”.<sup>(107)</sup> La finalidad de esta operación es lograr ordenar los créditos; según su naturaleza, para luego cubrirlos organizadamente.<sup>(108)</sup>

De lo anterior se deriva la ausencia de nivelación absoluta de los acreedores <sup>(109)</sup>. En virtud de que se respeta, sobremanera, el privilegio que distingue al crédito.

La paridad de condición de los acreedores (par conditio creditorum) no se ve afectada por la graduación.<sup>(110)</sup> Puesto que aquella no

significa el trato igual para todos los créditos, sino que sostiene el “... idéntico tratamiento de los créditos de igual naturaleza.”<sup>(111)</sup>

Posteriormente a las operaciones preparatorias, se llega a una tercera fase.<sup>(112)</sup> “El importe del activo líquido, ..., se distribuye entre los acreedores a prorrata según créditos verificados ...”<sup>(113)</sup> Efectivamente, pasados el examen y el reconocimiento de créditos, lo mismo que la graduación, corresponde el turno a la operación final de “pagar”.

Es por ello que, en la sección siguiente, nos ocuparemos del cumplimiento de las obligaciones del fallido con lo producido mediante la liquidación.

## **SECCIÓN II: SATISFACCIÓN DE LOS CRÉDITOS**

A esta altura de la investigación, expuestas otras modalidades extintivas y las operaciones preparatorias, se perfila, con toda convicción, el pago: como la manera de concluir “naturalmente” un proceso de Quiebra. Lo cual determina, el norte a seguir en los siguientes apartes.

106 Ver BROSETA PONT (Manuel), op. cit., p. 724.

107 Ver URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 1003.

108 Ejemplo de lo expresado lo constituyen los créditos de los trabajadores. Nuestros tribunales han establecido, a tenor del Código de Comercio, que los mismos anteceden en prioridad a los de la masa y los comunes. Ver en igual sentido, Sala Segunda Civil, N°127 de 15 H. 30 de 14 de mayo de 1979. Quiebra de “E.B.C.L.” y Sala Segunda Civil, N°195 de 15 H. 15 de 3 de julio de 1979. Quiebra de “E.C.J.R.S.C. e H.S.R.L.”.

109 Más bien el ordenamiento mercantil los desnivela, al clasificarlos en: reales, laborales, inquilinarios, de la masa y comunes. Código de Comercio, art. 886.

110 Resolviendo un asunto, que en alguna medida se refería a la graduación, se dijo: “Si los créditos de un acreedor se han calificado como comunes, y este se ha conformado con dicha situación, no puede pretender posteriormente que para efectos de pago se le tome en cuenta como un acreedor privilegiado.” Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°9 de 13 de agosto de 1980. Quiebra de “C.V.S.J.S.A.” y “C.M.S.A.”

111 Ver BROSETA PONT (Manuel), op. cit., p. 725.

112 Véase supra Cap. II, Sec.I.

113 Ver RIPERT (Georges), op. cit., p. 436.

## A. El Pago.

La etapa postrimera del proceso, por excelencia, la constituye el pago.<sup>(114)</sup> Tratándose de una Quiebra, el término hace referencia al cumplimiento que se lleva a cabo con el producto de la liquidación del activo.<sup>(115)</sup>

En efecto, lo obtenido mediante la liquidación del patrimonio del deudor debe repartirse entre sus acreedores. Todo ello de conformidad con las operaciones preparatorias realizadas.<sup>(116) (117)</sup>

Por los motivos apuntados, compartimos el criterio del Profesor Uría cuando expresa: El pago se hace con el producto de los bienes de la quiebra, percibiendo los acreedores sus créditos a prorrata <sup>(118)</sup> según la graduación efectuada.

Tenemos que indicar, a este respecto, que el pago debe comprender, además de los créditos, los desembolsos por administración de la Quiebra. Entre ellos están: costas, honorarios, gastos, etc.<sup>(119)</sup>

La justicia Argentina se ha mostrado conforme con esta postura. Manifiesta que la Quiebra puede concluir "... previo pago concursal del pasivo verificado y de sus intereses, así como de las costas y gastos."<sup>(120)</sup>

El modo de terminación que examinamos presenta dos variantes: pago íntegro y pago parcial. Correspondientes a la satisfacción, completa o incompleta, de las deudas.

De Pina apoya lo dicho: El "... pago puede alcanzar a cubrir el importe total de todos y cada uno de los créditos o ser insuficiente para ello, debido a lo cual cada crédito recibe sólo solución parcial."<sup>(121)</sup>

Así las cosas; la clase de pago dependerá de la capacidad de lo producido, con la liquidación de todos los bienes del fallido, para saldar lo adeudado.<sup>(122)</sup> Tendremos, entonces, cumplimientos integrales, en donde todos los créditos son pagados; y cumplimientos parciales, en los que sólo se pudo pagar parte de los créditos (al consumirse completamente el patrimonio del quebrado).<sup>(123)</sup>

Una "tercera clase de pago", al que suele hacerse referencia, es al extra concursal. Se trata del supuesto en que un tercero, en lugar del deudor, da cumplimiento a las obligaciones.

La jurisprudencia argentina admite esta posibilidad: "Nada obsta a que el pago lo efectúe un tercero, pues admitido que el pago pueda ser realizado por el fallido, resulta de aplicación el principio de derecho común según el cual los terceros, ..., gozan de esa facultad ...".<sup>(124)</sup>

Con estos antecedentes se puede brindar un concepto de pago extra concursal:

*"... aquel realizado por un tercero, ajeno a la quiebra, cancelando la totalidad de las deudas que forman el pasivo de la masa."*<sup>(125)</sup>

Tres consideraciones conviene realizar sobre la categoría de pago en examen. Primero: debe señalarse que, a falta de disposición comercial, pareciera posible, en el medio costarricense, que un coacreador pague extra concursalmente.<sup>(126)</sup> Lo cual vendría a excepcionar la noción doctrinaria que atribuye a un tercero dicho pago.

Segundo: encontramos que este pago debería efectuarse hasta después de la operación preparatoria denominada reconocimiento de los créditos <sup>(127)</sup>. Pues, en virtud de la misma se conocerá a los sujetos a quienes se les debe pagar. Y se podrá, entonces, hacer de manera extra concursal el pago.<sup>(128)</sup>

Tercero: "El pago extracontractual, ..., solo se produce con la íntegra satisfacción de las deudas del quebrado, ..."<sup>(129)</sup> Deben incluirse aquí los gastos de administración de la Quiebra.<sup>(130)</sup> Las dos últimas características apuntadas, nos llevan a sostener que estamos en presencia de una especie de pago íntegro. Con lo cual la "categoría de pago" que estudiamos, se encontraría comprendida dentro de la clasificación de pagos que hemos adoptado.<sup>(131)</sup>

Pasando al tiempo del pago a los acreedores, nos dice Rodríguez: "A partir del momento en que comienza la realización del activo, ..., empieza a distribuirse entre los acreedores el dinero recaudado."<sup>(132)</sup>

Efectivamente, para realizar el pago, no se requiere la finalización de la etapa liquidadora del patrimonio del fallido. Contrariamente, en cuanto se vaya obteniendo metálico,

114 En sentido general significa: "Cumplimiento de una obligación". Ver CABANELLAS (Guillermo), op. cit., p. 232.

115 Ver en igual sentido, RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 429.

116 Véase supra Cap. II, Sec. I.

117 Para Garrigues el objeto del reparto es el producto de los bienes de la Quiebra, o sea la masa activa convertida en dinero, siendo sujetos del reparto los acreedores reconocidos. Ver GARRIGUES (Joaquín), op. cit., p. 87.

118 Ver URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 1004.

119 Ver en igual sentido, FASSI (Santiago), op. cit., p. 290, MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, s.n.e., T. IV, 1979, p.316 y PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 34.

120 C.N. Comercio, Sala A, de 12 de agosto de 1976. M.C. s/ quiebra.

121 Ver DE PINA VARA (Rafael), op. cit., p. 477.

122 Para Prieto-Castro la Quiebra termina, por liquidación total del pasivo, cuando se ha pagado íntegramente a los acreedores. Concluyendo el proceso sin dicha liquidación, cuando el haber obtenido en la realización del activo no es suficiente para pagar en su totalidad los créditos. Ver PRIETO-CASTRO (Leonardo), op. cit., p. 74.

123 la quiebra acaba y finaliza o con el completo pago a los acreedores, de ser suficiente parte de los bienes para ello, o con la entera liquidación de aquellos bienes, cubra o no íntegramente o totalmente el importe de los créditos." RAMIREZ (José), La Quiebra, Barcelona, Editorial Bosch, 1 era edición, T. III, 1959, p. 24.

124 C.N. Comercio, Sala B, de 30 de diciembre de 1976. "A.S.A.", quiebra.

125 Ver GAMBOA VAZQUEZ (José), op. cit., p. 118.

126 Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 2 y Código Civil, art. 765, párrafo primero.

127 Véase supra Cap. II, Sec. I, aparte B.

128 Ver en igual sentido, Lupo y Romero comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p.36 y RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 430.

129 Ver RAMIREZ (José), op. cit., pp. 25 - 26.

130 Véase supra Cap. II, Sec. I, aparte A -inicio-.

131 Ibid.

132 Ver RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 429.

se puede pagar en forma paulatina las acreencias.<sup>(133)</sup> Obviamente, en esto, debe respetarse la prelación resultante del graduar los créditos.<sup>(134)</sup>

Introduciéndonos al campo de los efectos, producidos por esta modalidad de terminación, se distinguen tres órdenes: patrimoniales, procesales y personales. Entre los primeros, señala Rodríguez: la conclusión del desapoderamiento, exigibilidad de intereses, concluye el vencimiento anticipado de los créditos no vencidos, desaparece la posibilidad de ejercer acciones propias de la Quiebra, etc.<sup>(135)</sup> Se destacan como efectos procesales principales: desaparición de la masa y de los órganos del proceso; además, el fallido recobra su legitimación activa y pasiva.<sup>(136)</sup> Eso sí, quedan subsistentes los efectos que la declaración de quiebra produjo sobre la persona del deudor.<sup>(137)</sup>

¡Claro está! que tratándose de un pago parcial, los efectos que se presentan son

bastante interesantes. En criterio de Lupo y Romero: “El quebrado no puede obtener su rehabilitación en tanto no cancele íntegramente sus deudas ...”.<sup>(138)</sup> En este caso, los acreedores conservan sus acciones contra el fallido por la cantidad que aún les adeuda.<sup>(139)</sup> Dichas acciones se pueden hacer valer en el momento en que se descubra que el deudor se ha hecho de nuevos bienes.<sup>(140)</sup>

La temática de comentario encuentra respaldo en el ordenamiento mercantil vigente:

*“Distribuido el haber entre los acreedores, éstos conservan, por todo el término de la prescripción de su respectivo crédito, derecho para cobrar al deudor el saldo que haya quedado en descubierto; ...”*<sup>(141)</sup>

Por otro lado, sobre la terminación de la Quiebra, el Doctor Vargas Soto hace una crítica a nuestro ordenamiento procesal.<sup>(142)</sup> Puesto

133 Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 930, párrafo primero y Código Procesal Civil, arts. 787, 793, párrafo segundo, 794, 795.  
134 Véase supra Cap. II, Sec. I, aparte B –final-.  
135 Ver RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 428.  
136 Ver en igual sentido, MESSINEO (Francesco), op. cit., p. 316. y SANCHEZ CALERO (Fernando), Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Decimocuarta Edición, 1990, p. 619.  
137 Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 958, y Lupo y Romero comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 18.  
138 Ver Lupo y Romero comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 19.  
139 Ver en igual sentido, BROSETA PONT (Manuel), op. cit., p. 727, DE PINA VARA (Rafael), op. cit., p. 477 y SANCHEZ CALERO (Fernando), op. cit., p. 620.  
140 Ver en igual sentido, DAVALOS MEJIA (Carlos), op. cit., p. 609, PRIETO-CASTRO (Leonardo), op. cit., p. 74 y URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 1005.  
141 Código de Comercio, art. 931.  
142 VARGAS SOTO (Francisco Luis), Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed., 1989, pp. 173 - 174.

procuraremos consolidar la hipótesis rectora del estudio.

## **B. Modo de Terminación por Antonomasia.**

Empecemos por percatarnos de la finalidad que se persigue con el proceso de Quiebra. Sí observamos con atención, nos daremos cuenta de que todo lo actuado procura satisfacer los créditos que contra el deudor existen.<sup>(151)</sup> Con esa motivación es que se transforma el patrimonio en dinero.<sup>(152)</sup> “Es decir, se inicia la quiebra para que los acreedores, ..., cobren”.<sup>(153)</sup>

Sucede muchas veces, sin que ello menoscabe la finalidad general apuntada, que el proceso no permite cobrar en forma completa los créditos. Y, aún así, la Quiebra acaba.

En virtud de consideraciones como las anteriores es que se habla de diversas maneras de concluir el proceso.<sup>(154)</sup> Una clasificación, que algunos autores hacen, distingue entre modos de terminación

que el mismo dispone que una vez realizados los bienes concluye la Quiebra.<sup>(143)</sup> Lo cual, según hemos visto, no es cierto: faltaría la tercera fase liquidadora (es decir pagar).<sup>(144)</sup>

Más a tono, entonces, con la realidad de las cosas, se muestra el artículo 808 procesal que dispone el fenecimiento de la Quiebra con la ejecución de la distribución final.<sup>(145)</sup> En efecto, pagados los acreedores concluye la Quiebra.<sup>(146)</sup>

Obviamente, como el proceso fue abierto mediante una resolución judicial <sup>(147)</sup>, se necesita una decisión de los tribunales para terminarlo.<sup>(148)</sup> En el caso que nos ocupa, se trata de una sentencia.<sup>(149)</sup>

Según el Licenciado Gamboa es “... exigida la resolución del juzgado dando por finalizada la quiebra en vista de la importancia del procedimiento, máxime que el juez es el órgano contralor y director de ésta”.<sup>(150)</sup>

Ahora, con el apoyo de las principales clasificaciones de modalidades extintivas,

143 Código Procesal Civil, art. 803.  
144 Véase supra Cap. II, Sec. I, aparte B –final-.  
145 Código Procesal Civil, art. 808, párrafo primero.  
146 Ver en ese sentido, DAVALOS MEJIA (Carlos), op. cit., p. 609, RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 430 y URÍA (Rodrigo), op. cit., p. 1005.  
147 Código Procesal Civil, art. 763.  
148 Estamos claros en cuanto al deudor se refiere, que la Quiebra finaliza con la rehabilitación. Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 950 y siguientes.  
149 Ibid. art. 928.  
150 Ver GAMBOA VAZQUEZ (José), op. cit., p. 116.  
151 Véase supra Cap. II, Sec. I.  
152 Ibid. Cap. II, Sec. I, aparte A.  
153 Ver RAMIREZ (José), op. cit., p. 417.  
154 Como muestra de la diversidad que se presenta, Lupo y Romero nos comentan acerca de dos modos de terminación de la práctica judicial española: Desistimiento al instante y pago antes de que la Quiebra se declare. Ver Lupo y Romero comentando a PROVINCIALI (Renzo), op. cit., p. 18.

provisionales y definitivos. Ello según haya posibilidades o no de reanudar la Quiebra<sup>(155)</sup>

Ramírez manifiesta al respecto:

*“..., acabada la quiebra temporalmente, cabe su reapertura o seguimiento posterior, por que no cesa el estado de quiebra; acabada en cambio, definitivamente, no cabe ya hablar ni de estado de quiebra ni procedimiento de quiebra, sin perjuicio de que pueda solicitarse de nuevo la declaración de quiebra.”<sup>(156)</sup>*

De lo precedente se colige que: si la modalidad de finalización es provisional, podemos tener una continuación del proceso; en cambio, siendo definitiva, lo que se puede llegar a dar es uno nuevo. Con lo que resulta claro que, en cuanto a eficacia, las consecuencias son nítidamente distintas.

Sin embargo, la principal clasificación existente, es la que divide los modos de terminación en normales y anormales. Lo cual se refiere a “... que se agote el

procedimiento concursal o cese éste antes de llegar a su conclusión procesal”<sup>(157)</sup>

Así las cosas, en el primer caso el proceso se agota a plenitud. En el segundo se acaba antes de agotarse, por truncarse su desenvolvimiento natural.<sup>(158) (159)</sup>

Expuestas las dos clasificaciones que anteceden, conviene que las ubiquemos en el medio costarricense. Comenzaremos con los modos definitivos y provisionales, para continuar luego con los normales y anormales.

Dentro de las modalidades de terminación definitiva estarían: la revocación del auto declarativo<sup>(160)</sup>, la falta de acreedores<sup>(161)</sup>, el avenimiento,<sup>(162)</sup> y el pago. Constituyendo la insuficiencia del activo una modalidad provisional.<sup>(163)</sup> Ello es así, por cuanto sólo en el último “modo” citado es posible proseguir la Quiebra.

Pasando a la clasificación más importante diremos que, con la excepción del pago, todas las otras maneras de acabar el proceso estudiadas son anormales.<sup>(164)</sup> Puesto que

en ellas se interrumpe el desarrollo regular de aquel.

Sobre el particular, se ha indicado:

*“Esta nota-truncar, cortar, interrumpirel natural curso del proceso - constituye, pues, la nota característica de estos modos de acabar la quiebra.”<sup>(165)</sup>*

Ya de lo comentado, acerca de las clasificaciones, se desprende que el pago<sup>(166)</sup> es un modo de terminación de la Quiebra normal y definitivo. Algo que trataremos de destacar en las siguientes líneas finales.

Es ya conocido por nosotros, que la Quiebra tiende a obtener el cumplimiento de las obligaciones que el quebrado tiene con sus acreedores. Es esa, ni más ni menos, la finalidad del proceso.<sup>(167)</sup>

Por lo que conseguida esa meta, como lógica consecuencia, la Quiebra acaba.<sup>(168)</sup> “Y, por tanto cabe entender y proclamar que el modo normal de acabar el juicio de quiebra no es otro que el pago de los acreedores”.

<sup>(169)</sup> Por lo demás, se trata de la forma en que plenamente se agota el proceso previsto por el ordenamiento.<sup>(170)</sup>

Es por esas razones, que apoyamos a Rodríguez cuando afirma:

*“La transformación del activo en dinero mediante las operaciones de liquidación y el pago de los acreedores con el numerario así obtenido es el procedimiento normal de conclusión de la Quiebra.”<sup>(171)</sup>*

Relacionado con el carácter definitivo que ostenta el pago, se ha expresado: “... indudablemente, una vez realizados los bienes ocupados al deudor, y distribuido su importe entre los acreedores, el juicio de quiebra habrá acabado tanto si la liquidación permitió el completo pago de los créditos, como si sólo permitió el reparto de un determinado dividendo, ...”<sup>(172)</sup>

La normativa patria, en concordancia con esta posición, dispone la terminación de la Quiebra realizada la correspondiente

155 Ver en igual sentido, Ibid. p. 23.

156 Ver RAMÍREZ (José), op. cit., p. 15.

157 Ver BROSETA PONT (Manuel), op. cit., p. 724.

158 Ver en igual sentido, VARGAS SOTO (Francisco Luis), Contribuciones al Estudio del Derecho de Quiebra Costarricense, San José, Colegio de Abogados, 1 era edición, 1977, p. 197.

159 El principal modo de terminación anormal, en nuestro ordenamiento y jurisprudencia, es el Convenio dentro de la Quiebra. Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 933 y siguientes, Código Procesal Civil, art. 796 y siguientes; Tribunal Superior Civil, N°990 de 9 H. de 12 de noviembre de 1975. Ejecutivo de “F.N.B. of Ch” c/ J.R.A.S. y otros.

160 Quedando la Quiebra como si nunca se hubiera dado. Véase supra Cap. I, Sec. I, aparte A.

161 La terminación por falta de concurrencia del pasivo, se enmarca dentro de la finalización por revocatoria del auto declarativo. Ibid. Cap. I, Sec. II, aparte A –final-.

162 Todos los acreedores pueden dar su consentimiento para prescindir de la Quiebra, con lo cual ésta queda terminada. Ibid. Cap. I, Sec. II, aparte B –final-.

163 Se ha dispuesto que la aparición de pertenencias del fallido, permitirá que se reabra la Quiebra. Ibid. Cap. I, Sec. I, aparte B –final-.

164 Ver en igual sentido, BROSETA PONT (Manuel), op. cit., p. 724.

165 Ver RAMÍREZ (José), op. cit., p. 63.

166 Una interesante variante del pago, está representada por el 804 del Código Procesal Civil. Dicho numeral establece la posibilidad de recibir una deuda activa - el Dr. Vargas dice que bienes también - en pago del crédito debido. Es decir, se concluye el proceso mediante la atribución de bienes o créditos a manera de pago. Coincidimos, eso sí, con don Francisco Luis en que el título del hoy artículo es incorrecto. Código Procesal Civil, art. 804 y VARGAS SOTO (Francisco Luis), Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed., 1989, p. 176.

167 Véase supra Cap. II, Sec. II, aparte B –inicial-.

168 Se trata de una conclusión normal, “toda vez que a través del concurso o la quiebra se busca liquidar el patrimonio del deudor, para con su producto proceder al pago del dividendo que corresponderá a cada uno de los acreedores.” Ver VARGAS SOTO (Francisco Luis), Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed., 1989, p. 160.

169 Ver RAMÍREZ (José), op. cit., p. 23.

170 Ver en ese sentido, Código de Comercio, art. 928 y Código Procesal Civil, art. 808, párrafo primero.

171 Ver RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín), op. cit., p. 429. El subrayado es nuestro.

172 Ver RAMÍREZ (José), op. cit., pp. 8 - 9.

distribución, formalizándose la conclusión con una sentencia (con autoridad y eficacia de cosa juzgada material). Lo anterior sin perjuicio de las acciones individuales de los acreedores, por los saldos en descubierto pendientes <sup>(173)</sup>.

De esta manera consideremos, junto a otros, que el pago constituye la modalidad de terminación de la Quiebra por excelencia. En virtud de su tendencia al exacto cumplimiento de la prestación debida.<sup>(174)</sup>

## **CONCLUSIÓN GENERAL**

Llegada la finalización del presente estudio, luego de efectuado el mismo, resulta oportuno señalar los aspectos fundamentales que sobresalen en esta investigación.

En la revocación del auto declarativo, la verificación de la ausencia de los presupuestos requeridos para la apertura provocan su desaparición.

Dicha revocación, en términos generales, causa una vuelta al estado previo a la declaratoria. Sin embargo, en Costa Rica, ella no alcanza a los actos de administración legales del curador, ni a los derechos de terceros de buena fe.

La insuficiencia del activo, impide tener los fondos necesarios para la consecución del proceso. Por lo que éste acaba.

Decidido el reconocimiento de créditos, el curador podrá pedir la conclusión de la Quiebra

por ser el patrimonio insuficiente. Será el juez quien resolverá lo que corresponda.

El desenlace de la acción individual, que el acreedor puede usar cuando la falencia acaba por insuficiencia del patrimonio, dependerá de que los fondos del quebrado alcancen para satisfacer el crédito adeudado.

Demostrada la existencia de bienes para continuar, cabrá la reapertura de la Quiebra que había cesado por ser insuficiente el patrimonio. Ello por cuanto el fundamento de la conclusión desaparece.

El proceso termina por la falta, o ausencia absoluta, de acreedores; en virtud de que la falencia presupone la presencia de una pluralidad de acreedores que solicitan su pago.

La modalidad extintiva por falta de acreedores, en el medio costarricense, se inserta dentro de la finalización por revocatoria de la apertura.

Debe obtenerse el consentimiento conclusivo de la totalidad de los acreedores, para que la Quiebra acabe por avenimiento.

Dicho consentimiento es logrado por el deudor, mediante acuerdos individuales con cada uno de los acreedores.

En Costa Rica el avenimiento es posible, en la medida en que, sin excepción, el quebrado consiga acuerdos con todos sus acreedores. En caso de no alcanzar ese cometido, los pactos realizados con algunos acreedores serán nulos.

La unanimidad necesaria, en los casos de avenimiento, es verificada por el juzgador del proceso.

Dentro de las operaciones preparatorias, la liquidación del activo consiste en la realización de los bienes de la falencia.

Pese a la importancia que reviste el curador en la enajenación del patrimonio, no se le debe concebir como el órgano omnipotente de la liquidación.

Los bienes que no se puedan realizar, sin distinción alguna, se reintegran al fallido.

Liquidar el pasivo significa establecer con precisión los créditos y su correspondiente graduación.

El examen y reconocimiento de los créditos, consiste en la decisión de las acreencias que puedan entrar a la Quiebra.

La graduación de los créditos permite ordenarlos, de acuerdo a su naturaleza; para, de este modo, pagarlos en forma coordinada.

En el proceso que nos ocupa; el pago se refiere al cumplimiento que, con el producto de la falencia, se hace a los acreedores. Ello debe marchar acorde con las operaciones preparatorias efectuadas.

El pago puede ser íntegro o parcial. Según se satisfagan o no los créditos adeudados. El llamado pago extra concursal pertenece a la primera clase de pagos.

Una vez que se va obteniendo dinero, gracias a la liquidación, es posible ir pagando a los acreedores. Es decir, no hay necesariamente que esperar a que aquella culmine.

No es con la realización de los bienes que termina la Quiebra, como equivocadamente dice el legislador procesal en algún momento. Realmente, salvo los casos anormales, el proceso acaba con el pago.

Las modalidades extintivas de la falencia se pueden clasificar en provisionales y definitivas. Ello de acuerdo a la probabilidad o no de reabrir la Quiebra.

También se clasifican, dichas modalidades, en normales y anormales. Según que agoten el proceso, o corten su desarrollo natural.

El pago es una manera de finalizar la falencia en forma normal y definitiva. Por cuanto agota plenamente el proceso de Quiebra, sin ofrecer la posibilidad de una reapertura.

De conformidad con nuestro análisis, que divisó la inclinación de las falencias al cumplimiento preciso de lo debido, tendremos que el pago se configura como el modo de terminación por antonomasia de la Quiebra.

Es así como hemos constatado nuestras tesis iniciales, sobre todo en lo que atañe al pago como modalidad extintiva común. En nuestro criterio la doctrina, jurisprudencia y normativa examinadas apoyan las posturas indicadas al principio de nuestra monografía.

173 Ver en ese sentido, Código Procesal Civil, art. 808, párrafo primero y Código de Comercio, art. 928 y 931.

174 Ver en igual sentido, BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto), op. cit., p.736.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

BONFANTI (Mario Alberto) y GARRONE (José Alberto)

Concursos y Quiebra, Buenos Aires, Editorial Albeledo-Perrot, Cuarta Edición, 1990, 1028p.

BROSETA PONT (Manuel)  
Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, Novena Edición, 1991, 822p.

CABANELLAS (Guillermo)  
Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1 era edición, 1988, 344p.

CERVANTES AHUMADA (Raúl)  
Derecho de Quiebras, México, Editorial Herrero, Reimpresión de la Tercera Edición, 1985, 302p.

CORRALES SOLANO (Carlos)  
Nociones de Derecho Mercantil, San José, E.U.N.E.D., Sexta Reimpresión, 1993, 144p.

DAVALOS MEJÍA (Carlos)  
Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, México, Editorial Harla, 1 era edición, 1984, 652p.

DE PINA VARA (Rafael)  
Derecho Mercantil Mexicano, México, Editorial Porrúa, Decimo-segunda Edición, 1979, 491p.

FALCON (Enrique)  
Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1 era edición, 1978, 691p.

FASSI (Santiago)  
Concursos Comerciales y Civiles, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1 era edición, 1977, 422p.

GARRIGUES (Joaquín)  
Curso de Derecho Mercantil, Bogotá, Editorial Temis, Reimpresión de la séptima edición, T. V, 1987, 457p.

MARTINEZ VAL (José María)  
Derecho Mercantil, Barcelona, Editorial Bosch, 1 era edición, 1979, 727p.

MÉNDEZ RAMÍREZ (Odilón)  
La Investigación Científica, San José, Imprenta Mundo Gráfico, 1 ed, 1994, 154p.

MESSINEO (Francesco)  
Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, s.n.e., T. IV, 1979, 536p.

MONTOYA GIL (Horacio)  
De los Concordatos y la Quiebra de los Comerciantes, Medellín, Editora Beta, Primera Edición, 1976, 297p.

PRIETO-CASTRO (Leonardo)  
Derecho Concursal. Procedimientos Sucesorios. Jurisdicción Voluntaria. Medidas Cautelares, Madrid, Editorial Tecnos, Reimpresión de la 1 a edición, 1978, 298p.

PUENTE (Arturo) y CALVO (Octavio)  
Derecho mercantil, México, Editorial Banca y Comercio, Décima Séptima Edición, 1971, 430p.

RAMÍREZ (José)  
La Quiebra, Barcelona, Editorial Bosch, 1 era Edición, T. III, 1959, 839p.

## TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

GAMBOA VAZQUEZ (José)  
La Función del Órgano Jurisdiccional en la Quiebra, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, 140p.

VARGAS ARAYA (Manuel)  
La Capacidad de Obligarse del Concursado y el Quebrado, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986, 243p.

## CÓDIGOS

Código Civil. Ley N° 3 de 28 de setiembre de 1887, San José, Editorial Porvenir, 3 era edición, 1988, 238p.

Código de Comercio. Ley N° 3284 de 30 de abril de 1964, San José, Editorial Porvenir, Reimpresión de la 9 ed, 1994, 188p.

Código Procesal Civil. Ley N° 7130 de 16 de agosto de 1989, San José, Imprenta Nacional, 1 era edición, 1989, 283p.

## RESOLUCIONES JUDICIALES

### ARGENTINA

C. Ap. CC. de Bahía Blanca, Sala I, de 19 de mayo de 1988. J.A.Z. c/ E.G. y otra.

C.N. Comercio, Sala A, de 16 de abril de 1970. A.N. s/ quiebra.

C.N. Comercio, Sala A, de 12 de agosto de 1976. M.C. s/ quiebra.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Joaquín)

Curso de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, Decimoséptima Edición, T. II, 1983, 468p.

SANCHEZ CALERO (Fernando)  
Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Decimocuarta Edición, 1990, 742p.

URIA (Rodrigo)  
Derecho Mercantil, Madrid, Ediciones Jurídicas, Decimonovena Edición, 1992, 1260p.

VARGAS SOTO (Francisco Luis)  
Análisis del Proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el Campo de los Procedimientos Concursales, San José, Colegio de Abogados, 1 ed, 1989, 216p.

VARGAS SOTO (Francisco Luis)  
Contribuciones al Estudio del Derecho de Quiebra Costarricense, San José, Colegio de Abogados, 1 era edición, 1977, 294p.

## TRATADOS

BRUNETTI (Antonio)  
Tratado de Quiebras, México, Editorial Porrúa, 1 era edición, 1945, 336p.

MALAGARRIGA (Carlos)  
Tratado Elemental de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tercera Edición, T. IV, 1963, 593p.

PROVINCIALI (Renzo)  
Tratado de Derecho de Quiebra, Barcelona, Editorial AHR, 1 era edición, Vol. III, 1959, 699p.

RIPERT (Georges)  
Tratado Elemental de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1 era edición, T. IV, 1954, 565p.

C.N. Comercio, Sala B, de 30 de diciembre de 1976. "A.S.A.", quiebra.

C.N. Comercio, Sala C, de 4 de noviembre de 1977. "C.S.S.A.", quiebra.

C.N. Comercio, Sala d, de 7 de noviembre de 1977. "K.S.A.", quiebra.

## COSTA RICA

Sala Segunda Civil, N°127 de 15 H. 30 de 14 de mayo de 1979. Quiebra de "E.B.C.L."

Sala Segunda Civil, N°195 de 15 H. 15 de 3 de julio de 1979. Quiebra de "E.C.J.R.S.C. e H.S.R.L."

Tribunal Superior Civil, N° 990 de 9 H. de 12 de noviembre de 1975. Ejecutivo de "F.N.B. of Ch c/ J.R.A.S. y otros".

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 9 de 13 de agosto de 1980. Quiebra de "C.V.S.J.S.A." y "C.M.S.A."

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, de 11 de mayo de 1987. Quiebra de "I.C.C.S.A."

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°425 de 11 de agosto de 1987. Incidente de nulidad de la declaratoria de quiebra solicitada por el Banco Nacional, dentro de la quiebra de "B.C.S.A."

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°275 de 9 H. 10 de 3 de junio de 1988. Apelación de S.Q.R. dentro de la quiebra de "P.B.S.A." y otras.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N°516 de 9 H. 30 de 24 de octubre de 1990. Quiebra de "A.D.S.A."

# LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: ALCANCES Y PERSPECTIVAS

*Lic. Federico Torrealba<sup>1</sup>*

## Introducción:

La aprobación de la *Ley de Garantías Mobiliarias*, acaecida el último día de la legislatura 2000-2014, nos tomó por sorpresa. La Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, bajo la dirección del Dr. William Molinari Vílchez y luego de don Dr. Álvaro Hernández Aguilar, venía analizando el Proyecto de Ley, desde hacía varios meses, por encargo del entonces Presidente del Colegio, el Dr. Gary Amador. Se venía trabajando, podría decirse que a buen ritmo, pero con la laboriosidad que exigía una ley tan trascendental como esta. En la subcomisión conformada para el estudio, se encendían vivas discusiones sobre el *Proyecto*. Luego de las primeras lecturas, que resulta chocante por su complejidad técnica, y superadas algunas resistencias emocionales-ideológicas, nos dimos a la tarea de investigar, de analizar la ley objetivamente, con espíritu científico. Se dieron, es cierto, situaciones bastante *sui generis*, como la de que, durante los breves lapsos bisemanales que espaciaban una reunión de otra, se producían conversiones y reconversiones entre los miembros de la *Comisión*, que pendulaban a favor y en

contra de la ley. La bipolaridad no fue óbice para buscar con fruición todas las posibles fuentes, para intentar formar criterio objetivo y, sobre todo, para proyectar –anticipar, imaginar– cómo sería la rara mezcla de verter una ley modelo apátrida concebida en un ambiente de laboratorio, en las aguas turbias de nuestro ordenamiento privado.

Seguidamente me permito ofrecer, de manera fragmentaria, algunas de las reflexiones y conclusiones –hasta ahora muy provisionales– a que nos ha conducido esta búsqueda.

## Reflexiones sobre las garantías mobiliarias sobre créditos.

Las garantías sobre créditos, al tenor de la LGM, pueden ser traslativas y no traslativas: 1. *Traslativas*: El crédito sale de la esfera jurídica del acreedor original, quien, constituido en deudor garante *vis-à-vis* a su propio acreedor, lo transfiere en propiedad a favor del propio acreedor o bien a favor de un tercero (*v.gr.*, un fiduciario). La propiedad recibida por *accipiens* es una propiedad especial, íntimamente ligada a su función de garantía. La finalidad de la transmisión en garantía del crédito otorgarle al acreedor una vía de

<sup>1</sup> Conferencia dada el día 26 de agosto de 2014, en el marco del Simposio Internacional de Garantías Mobiliarias, organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

acceso directo –y, a menudo, exclusivo—al crédito que un tercero le adeude a su deudor. Pero allí no se agota: Una vez cobrado el crédito, una vez recogido su producto, éste se aplica al pago de la obligación garantizada en el plano de la relación jurídica entre el acreedor garantizado y el deudor garante, y de quedar un *superfluum*, éste debería ser restituído al segundo. 2. *No traslativas*: El crédito se conserva dentro del patrimonio del constituyente (el sujeto a quien la LGM denomina el deudor garante), pero afectado –gravado– a la satisfacción de otro crédito, el del acreedor-garantizado. Como el crédito sigue perteneciendo al constituyente de la garantía, el acreedor-garantizado adquiere, sobre el bien dado en garantía, un derecho real en cosa ajena. El acreedor garantizado queda habilitado para cobrarle directamente al deudor de su deudor<sup>2</sup> y para aplicar el producto de gestión cobratoria al pago del crédito garantizado. Hay, sin embargo, una diferencia muy notable entre ceder en garantía y gravar un crédito: En este último caso, como el constituyente sigue siendo el titular del crédito gravado, nada impediría, en principio, la constitución de garantías mobiliarias de grado inferior, sobre el mismo crédito en cuestión –salvo que el constituyente hubiere contraído, *vis-à-vis* al primer acreedor garantizado, la obligación de no constituir nuevas garantías sobre el bien en cuestión (lo que se conoce en el Derecho anglosajón como *negative pledge* o prenda negativa).

El artículo 25 de la LGM reconoce ambas modalidades -traslativa y no traslativa-- de garantías sobre créditos cuando alude “al

*crédito cedido o gravado*”. Los sistemas modernos de garantías tienden a ser muy flexibles, dejando a libertad contractual la selección del tipo garantía que mejor convenga a sus necesidades e intereses. En el Derecho francés, luego de la reforma al régimen de las *sûretés reeles* operada en 2006 y la inserción de la figura del fideicomiso en 2008, se admiten, igualmente, ambas posibilidades: Tanto la cesión en garantía o fiduciaria de créditos, como la constitución de gravámenes no traslativos sobre créditos (bajo la figura del *nantissement de creance*).

La LGM instituye un régimen de publicidad registral de garantías mobiliarias sobre créditos, aplicable tanto a las cesiones de créditos en función de garantía, como a las garantías no traslativas sobre créditos. Sin embargo, surgen dudas sobre si dicho régimen es extensible a todo tipo de cesión de créditos, incluidas las cesiones en propiedad plena (no en función de garantía). La incertidumbre surge de cara al texto del artículo 19 de la LGM, conforme al cual “las disposiciones de esta ley referidas a garantías mobiliarias sobre créditos y cuentas por cobrar también se aplica a toda especie de cesión de créditos independientemente de su denominación o nomenclatura”. Se pregunta, entonces, si la LGM modifica el derecho común de la cesión de créditos –incluyendo las cesiones en plena propiedad de créditos--, o si únicamente se limita a la cesión fiduciaria o en garantía de créditos. Si nos atenemos a la letra, el artículo 19 extiende la aplicación de la LGM a toda especie de cesiones de créditos, es decir, al género de

2 En este caso, se producen, convencionalmente, algunos de los efectos que la acción oblicua o subrogatoria genera a favor del actor, fundamentalmente la posibilidad de ejercer, frente al deudor de su deudor, el cobro de un crédito.

la cesión de créditos. Sin embargo, es de observar que la LGM no deroga, al menos expresamente, la normativa sobre cesión de créditos, que en nuestro Derecho positivo aparece en dos sitios: en los artículos 490 a 494 del Código de Comercio y 1104 a 1116 del Código Civil.

El principal rasgo distintivo de la LGM es la organización de un sistema de publicidad de las garantías sobre créditos. La oponibilidad a terceros se alcanza por la inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, “sin necesidad de notificación personal alguna al deudor del crédito cedido”(art. 22). Este nuevo sistema de oponibilidad a terceros sin notificación al deudor viene a exceptuar (¿o a modificar?) el derecho común de la cesión de créditos. Cabe recordar que conforme al derecho común (ex arts. 1107 y 1108 del *Código Civil*), antes de la notificación al deudor el cesionario está expuesto al *riesgo de embargo del crédito*, por parte de los acreedores del cedente. En efecto, antes de la notificación al deudor, el cesionario puede verse constreñido a tener que compartir el producto del crédito a prorrata con el primer embargante del crédito. Si el crédito objeto del contrato ya existe y está determinado, el cesionario puede fácilmente conjurar el *riesgo de embargo* notificando al deudor-cedido. Sin embargo, si el crédito es futuro y eventual –como ocurre en los contratos marco de *factoring* comercial--, la posición del futuro cesionario es muy vulnerable. Bajo el nuevo régimen de publicidad instituido por la LGM, es perfectamente viable la transmisión en garantía de créditos futuros y eventuales. De conformidad con el artículo 21 *in fine* “la cesión de uno o más créditos

3 Art. 2361 del *Code*.

*futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión e inscripción para cada crédito*”. Recordemos que el párrafo segundo del artículo 13, la garantía “sobre bienes futuros o bienes para ser adquiridos posteriormente a la publicidad de la garantía sin desplazamiento gravará los derechos del deudor garante solo **a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos...**”. Desde el instante en que el crédito se integra al patrimonio del deudor garante, ingresa gravado a favor del acreedor garantizado. Y si se trata de una cesión en garantía o de una cesión fiduciaria de créditos, el crédito se transfiere *ipso iure* al patrimonio del acreedor garantizado o, en su caso, del fiduciario.

Una de las finalidades de la creación de un registro público de garantías mobiliarias es la **eliminación de los gravámenes ocultos**. El sistema de derecho común de prelación de transmisiones de créditos, basado en la fecha cierta y en la notificación al cedido, no otorga, al adquirente potencial de un crédito –o de derechos de garantía sobre éste, una fuente oficial de información sobre la situación jurídica del crédito, que le permita conjurar el *riesgo de doble movilización* (es decir, el riesgo de que, previamente, el acreedor hubiere transferido o gravado el mismo bien incorporal).

La solución de la LGM sacrifica la privacidad por la seguridad. En el sistema francés instituido a partir de la reforma de marzo de 2006, el efecto de oponibilidad a terceros del *nantissement* –o gravamen no traslativo-- de créditos se alcanza inmediatamente, desde la fecha del acto<sup>3</sup> y sin necesidad

de cumplir la formalidad de la fecha cierta. Ese sistema ofrece la ventaja –en contraste con el sistema anterior del *Code*, basado en la notificación al deudor–, de permitir la creación de garantías mobiliarias sobre créditos futuros. Pero ofrece la desventaja de que no ofrece protección contra los gravámenes ocultos, ni contra los riesgos de ante datación y de *double mobilisation*<sup>4</sup>. En el *Codice civile*, la oponibilidad a terceros se alcanza a partir de la fecha cierta del pago de la contrapartida por parte del cesionario –norma, que, de algún modo, pretende desincentivar la simulación–.

En las garantías sobre créditos constituidas por el mecanismo de control –el cual, para efectos de oponibilidad a terceros, no requiere inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias–, la LGM requiere fecha cierta. Dispone así el artículo 5, inciso 9 de la LGM: “*El control, con fecha cierta, se considerará efectivo durante su período de vigencia con prevalencia sobre el derecho a disponer de los depósitos o valores que haya retenido el deudor garante*”.

### **Acreeedor garantizado vs. pagador subrogatario:**

Un problema que merece reflexión, es el de la confrontación entre acreedor garantizado y el pagador subrogatario del crédito. La primera hipótesis a analizar es la de la subrogación convencional, por el acreedor primigenio del crédito a favor del *solvens*. Dicha subrogación es fruto del acuerdo entre al acreedor original del crédito y el tercero pagador, el cual ha de ser coincidente con el pago (art. 786 del

*Código Civil*) y produce efectos respecto del deudor y terceros a partir de la notificación al deudor o la aceptación de éste (art. 787 *ibídem*). Sin embargo, la subrogación convencional puede verse obstaculizada si, para el momento en se produce el pago, ya el crédito es indisponible, por haber sido transferido o dado en garantía mobiliaria a un acreedor garantizado. Presuponiendo que el acreedor garantizado hubiere levantado la carga de la oponibilidad a terceros –v.gr., inscripción en el registro público de garantías mobiliarias– resulta clara la prevalencia de ésta, al ser, el *solvens*, un tercero quien le resulta oponible la garantía. Si la garantía mobiliaria ha implicado una cesión en garantía del crédito, resulta claro que el acreedor original, al ya no tener el crédito integrado a su patrimonio, carecería de legitimación para disponer del crédito por medio de un convenio de subrogación. Queda la pregunta en materia de garantías sobre créditos que no impliquen transferencia en garantía. La pregunta es si la pignoración de créditos implica su indisponibilidad.

La segunda hipótesis a encarar es la de la subrogación efectuada por el deudor, a favor del segundo prestamista que financia el pago al primer acreedor. Este tipo de subrogación, cabe recordar, acaece sin que sea requerido el consentimiento del primer acreedor. Ahora bien, si el primer acreedor constituye una garantía sobre su crédito a favor de un tercer acreedor garantizado, es natural que éste reciba el derecho al cobro del crédito. Si el deudor toma un préstamo para pagar la obligación, “*puede subrogar al prestamista en los derechos y acciones del acreedor*”

primigenio (art. 788 del *Código Civil*), pero, se pregunta: ¿Puede subrogar al acreedor-garantizado? La respuesta es negativa: No deben confundirse el vínculo obligacional entre el deudor del crédito y su acreedor original, con la relación obligacional entre el acreedor original –constituido en deudor garante– con el acreedor garantizado. El deudor que toma un préstamo para pagar la deuda puede subrogar al nuevo prestamista en los derechos que el primer prestamista tenía respecto de sí mismo, no en los derechos del acreedor garantizado *vis-à-vis* al primer prestamista (el deudor-garante). En virtud del principio estatuido en el artículo 24 de la LGM, el otorgamiento de una garantía mobiliaria sobre créditos no puede tornar más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido o gravado. La *ratio legis* de la subrogación por el deudor a favor del segundo prestamista (ex art. 788 del *Código Civil*) es ofrecerle al deudor en crisis un salvavidas para evitar la ejecución o lograr mejores condiciones de financiamiento. El hecho de que el acreedor original ceda en garantía o grave su propio crédito, no debe obstaculizar el efecto de la subrogación. La única diferencia es que el pago se ha de realizar directamente a favor del acreedor garantizado, con la diferencia de que, en lugar de extinguirse el crédito, éste queda subrogado a favor del segundo prestamista.

La tercera hipótesis a analizar es la de la subrogación de pleno derecho. Este tipo de subrogación se disciplina, a nivel de Derecho común, en el artículo 790 del *Código Civil* y en ciertas normas fragmentarias, como el artículo 49 de la Ley 8956 *Reguladora del Contrato de Seguro*. La misma LGM,

en su artículo 66, contempla una hipótesis de subrogación a favor del acreedor garantizado de grado inferior que paga el crédito de un acreedor garantizado de grado superior (que en lo fundamental reitera el principio establecido en el inciso primero del artículo 790 del *Código Civil*). Se pregunta qué ocurre si, al momento en que el *solvens* realiza el pago que dispara la subrogación de pleno derecho, el crédito se encuentra gravado por una garantía mobiliaria a favor de un acreedor garantizado. Si el pago se realiza al sujeto legitimado para recibirlo –digamos, al acreedor garantizado–, nada impide la subrogación de pleno derecho a favor del *solvens*. En lugar de un pago extintivo del crédito, se produce un pago con subrogación. El *solvens* se subroga en el crédito, el cual queda liberado de su gravamen. Es de recalcar que el pagador lo que se subroga es el crédito del deudor-garante, es decir, el crédito dado en garantía, no el crédito del acreedor garantizado. Para que el *solvens* pudiera subrogarse el crédito el acreedor garantizado por vía del artículo 66 LGM, tendrían que reunirse las siguientes condiciones: 1. Que el *solvens* esté posicionado como un acreedor garantizado de grado inferior. 2. Que el pago realizado se impute, no al crédito del deudor garante, sino al crédito del acreedor garantizado.

Finalmente, resta analizar la hipótesis del pago al deudor-garante, realizado con posterioridad a la inscripción de la garantía mobiliaria. En tal caso, el pago no podría producir el efecto subrogatorio, por aplicación del *prior in tempore, potior iure*. El *solvens* vendría a ser un tercero más, al cual le resultaría oponible la garantía mobiliaria.

4 V. JULIENNE, *op.cit.*, pp. 30-35.

## Garantías mobiliarias sobre créditos documentarios:

El *Capítulo IV del Título Tercero* de la LGM se dedica a las garantías mobiliarias sobre los denominados *créditos documentarios* o cartas de crédito. Conviene, en primer término —a fin de comprender a cabalidad las disposiciones— conocer qué es y cómo opera un *crédito documentario*.

Las cartas de crédito<sup>5</sup> —también denominadas créditos documentarios<sup>6</sup>— son instrumentos de uso frecuente en el **comercio internacional**, en cuya virtud un banco se obliga, irrevocablemente, a: 1. Realizar un pago a un beneficiario, que es usualmente el vendedor o exportador, contra la presentación de ciertos documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor; 2. Aceptar, pagar y, en su caso, descontar letras de cambio emitidas por el beneficiario (especialmente si la venta subyacente es a plazo); 3. Adelantar sumas al vendedor (en la carta de crédito financiera); y/o a 4. Autorizar a otro banco a realizar las prestaciones indicadas.

Descompongamos en partes la definición.

“...de uso frecuente en el comercio internacional...”

En la compraventa internacional de mercaderías, es muy común que el vendedor, es decir, el exportador, condicione su consentimiento a la emisión de un crédito documentario o carta de crédito a su favor. Es ése el mecanismo usual a través del cual el vendedor (exportador) se garantiza que le será pagado oportunamente el precio, por un sujeto de notoria solvencia (el banco).

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), periódicamente revisa las UCP, que son los *Usos y Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios*.

“...un banco se obliga, irrevocablemente...”

Los créditos documentarios son **negocios jurídicos unilaterales recepticios**. El negocio jurídico que antecede a la emisión de la carta de crédito, es bilateral: el comprador negocia con el banco los términos, condiciones y contragarantías a los fines de la emisión de la carta de crédito. Sin embargo, una vez emitida —y comunicada la emisión al beneficiario— el banco no puede desobligarse aduciendo vicios del negocio antecedente concertado con el importador (el *ordenante*). Concluido el negocio con el comprador, el banco procede a emitir formalmente el crédito documentario, el cual asume algunos de los atributos del título valor

—sin llegar a serlo—, en especial la literalidad y la abstracción.

La carta de crédito es, usualmente, irrevocable, tanto por el banco emisor como por el ordenante. El atributo de la **irrevocabilidad** es la fuente de seguridad jurídica para el vendedor, de que contra la presentación de determinados documentos, el banco procederá al pago sin traer a cuenta argumentos o excepciones externas al documento. De este modo, la carta de crédito funge como **instrumento de garantía** del pago al vendedor. En sí misma, se trata de una garantía *personal* —no real— cimentada en la solidez económica del garante, que es normalmente una institución financiera.

“1. Realizar un pago a un beneficiario, que es usualmente el vendedor o exportador, contra la presentación de ciertos documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor...”

Una de las funciones de la carta de crédito es la de fungir como mecanismo de pago en la compraventa internacional de mercaderías. El acreedor de dicho pago, que funge como beneficiario del crédito documentario, es el vendedor o exportador. La eficacia del crédito queda ligado a una carga —es decir a un deber jurídico en interés propio—: la presentación de ciertos documentos que demuestren el cumplimiento, por el vendedor, de las obligaciones del contrato de compraventa internacional. *Por ejemplo*: conocimientos de embarque (*bill of lading*) y otros documentos de transporte, facturas comerciales, pólizas de seguros, certificados de calidad e inspección, certificados de origen, etc. Dichos requisitos se enumeran *ex professo*, tanto en el contrato de compraventa como en la carta de crédito, para que no quede duda sobre los requisitos del pago.

“2. Aceptar, pagar y, en su caso, descontar letras de cambio emitidas por el beneficiario...”

En las compraventas internacionales a crédito, en las que el comprador goza de plazo para pagar (*ej.*, a 30, 60, 90 días), es común que el banco emisor del crédito documentario se obligue, a *aceptar*, y a *descontar*, durante el período de pendencia, letras de cambio libradas por el vendedor beneficiario de la carta de crédito. Estas letras se denominan **aceptaciones bancarias**: son títulos valores de deuda librados por el vendedor, aceptados por el banco librado, susceptibles de comercialización. De este modo, el vendedor (exportador) no tiene que esperar hasta el vencimiento del plazo de la letra —y de la exigibilidad del precio— para obtener liquidez. En la tasa de descuento está implícita una **operación de crédito**: el banco adelanta los recursos contra el pago de un rédito, representado por la tasa de descuento.

“3. Adelantar sumas al vendedor (en la carta de crédito financiera)...”

En algunas cartas de crédito, el banco emisor se obliga a realizar adelantos al vendedor, para que éste cuente con recursos líquidos suficientes para sufragar los costos de las materias primas y la manufactura de los bienes objeto del contrato. De esta manera, la carta de crédito funge como un instrumento de financiamiento de la actividad productiva del exportador. En las cartas de crédito con **cláusula roja**, el beneficiario puede requerir adelantos contra un simple recibo, o bien contra una contragarantía del reembolso en caso de incumplimiento. En las cartas de crédito con **cláusula verde**, el beneficiario puede pedir el adelanto contra la

5 Sobre este tema, es muy didáctica la obra de José RIVERA VARELA: *Contratación y Medios de pago Internacionales*. IJSA Investigaciones Jurídicas, San José, 2006. Para un amplio estudio comparativo e histórico, ver la vigente obra de Boris KOZOLCHYK: *El Crédito Documentario en el Derecho Americano*. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1973. Ver los *Usos y Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios* de la Cámara Internacional de Comercio.

6 Históricamente, antes de la era informática, las cartas de crédito se expedían materialmente, lo cual daba pie a debates sobre si el documento en cuestión era, o no, un título valor. En la actualidad, los créditos documentarios se emiten electrónicamente.

prueba documental de estar ya en posesión de la mercadería vendida o de haber echado a andar el proceso de fabricación.

“y/o a 4. Autorizar a otro banco a realizar las prestaciones indicadas.”

Salvo que ambas partes trabajen con un mismo banco transnacional, es muy común la corresponsalía del banco local emisor del comprador con otro banco de confianza del vendedor. De este modo, en la emisión de créditos documentarios es usual que el banco corresponsal cumpla distintos roles, que pueden ir desde el simple *aviso* de la apertura de la carta de crédito –que es una función notificadora–, hasta la *confirmación* del crédito documentario –que es una función garantizadora–. El **banco confirmador** garantiza el pago *vis-à-vis* al beneficiario del crédito documentario. Desde luego, el escenario ideal, desde el ángulo visual del exportador, es que el importador emita un crédito documentario sujeto a la confirmación del banco con el cual el exportador mantiene relaciones comerciales, y que le inspira seguridad. Por demás está decir que el banco confirmador asume la obligación de pago, aun cuando el banco emisor entre en estado de quiebra, intervención o reestructuración judicial de pagos.

La LGM permite constituir garantías mobiliarias sobre los derechos personales conferidos por la carta de crédito. Dicha garantía puede recaer sobre dos posibles objetos: a) sobre la *cantidad incondicionalmente debida* por el banco, una vez que el beneficiario ha cumplido con la carga de presentar los documentos acreditativos del cumplimiento de sus obligaciones; y b) sobre la carta de crédito en sí misma considerada (o una parte de ella), como situación jurídica compleja, normalmente

estructurada bajo la forma de una *obligación condicional*, cuya eficacia queda sujeta a una carga correlativa, que es la presentación, por el beneficiario, de los referidos documentos acreditativos de su cumplimiento. Ciertas cartas de crédito, como vimos *supra*, pueden facultar al beneficiario con otras atribuciones, como la prerrogativa de emitir letras de cambio (aceptaciones bancarias) contra la carta de crédito, o el derecho de descontar tales letras con el propio banco. La diferencia entre uno u otro posible objeto de la garantía, es sutil, y amerita ser explicada con una analogía que al lector le puede resultar más familiar. Supóngase que una persona es dueña de diez acciones de una sociedad anónima, que generan, en promedio, dividendos anuales de un millón de colones por acción. Esta persona puede transferir a un tercero: a) Los dividendos de un año determinado, caso en el cual conserva en su patrimonio la acción; o b) Las diez acciones, sea como un paquete o una parte de ellas. En este caso, las acciones, como tales, dejan de pertenecer al *tradens*. Algo similar ocurre con las cartas de crédito: El titular, el acreedor de una carta de crédito puede transferir a un tercero (sea en propiedad o en garantía): a) la cantidad debida –caso en el cual él se mantiene como titular de la carta de crédito, pero transfiere el producto líquido. Jurídicamente, el banco pagador se desobliga pagándole al tercero designado por el acreedor de la carta de crédito; o b) La carta de crédito como tal, o una parte de ella. En tal caso, se produce una transferencia de dominio de la carta de crédito.

El artículo 31 de la LGM se refiere a la primera hipótesis planteada: la transferencia de la cantidad debida por una la carta de crédito. El 32 se refiere a la segunda hipótesis: la transferencia de la carta de crédito o de una parte de ella.

Tal como vimos *supra*, los créditos documentarios son, precisamente, créditos (derechos personales) *vis-à-vis* al banco emisor o confirmante. La primera pregunta que surge, de cara al texto del Capítulo IV del Título Tercero de la LGM, es si había, en realidad, necesidad de incluir una regulación especial para este tipo de créditos, o si bastaba, simplemente, con dejarlos comprendidos bajo el régimen general del Capítulo II del Título III, relativo a las garantías “sobre créditos y cuentas por cobrar”. La particularidad de los cartas de de crédito –o créditos documentarios–, que los distingue de las garantías referidas en el Capítulo II es su abstracción. No se requiere, de parte del deudor del crédito –el banco emisor o confirmante–, una manifestación de renuncia a excepciones basadas en la relación subyacente, para producir el efecto de abstracción. Los créditos documentarios son naturalmente abstractos. La abstracción o separación de la relación sustantiva (el contrato de compraventa internacional con el cual están relacionados) forma parte de su esencia misma: el acreedor primigenio de la carta de crédito, que es el sujeto en posición vendedora (el exportador), busca una posición de seguridad. Sabe que si cumple los requisitos pactados, consistentes en la presentación de un grupo de documentos que acreditan el cumplimiento de su parte del convenio (el conocimiento de embarque, la póliza de seguros a su cargo en las ventas CIF, etc.), el banco emisor le pagará, sin excusas y sin tomar en cuenta las protestas y las eventuales contra-órdenes que pudiera plantear el comprador.

Los créditos documentarios se clasifican en transferibles y no transferibles. El artículo 31 de la LGM permite la constitución de garantías mobiliarias sobre derechos de

pago sobre ambos tipos de cartas de crédito. La norma habla sobre la cantidad debida al beneficiario, una vez presentados y aceptados los documentos requeridos por la carta de crédito. Si se toma en cuenta que la carta de crédito puede originar adelantos, desembolsos progresivos (por ejemplo en las cartas con cláusula roja o verde) al beneficiario y descuentos de aceptaciones bancarias, debe entenderse que la cantidad debida es la cantidad neta e incondicional: el saldo deudor de la carta de crédito una vez deducidos todos los montos y cargos debitados y recibidos los documentos probatorios del cumplimiento del vendedor. Para la constitución de una carta de crédito sobre la cantidad debida, es preciso que el previo levantamiento de las cargas correlativas a la carta de crédito, es decir, la presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Para evitar la formación de un mercado secundario de derechos de pago sobre cartas de crédito, la LGM exige, como requisito de validez, el consentimiento expreso del deudor, el banco confirmante o emisor. Lo mismo dispone el artículo 32 de la LGM en lo concerniente a la constitución de garantías mobiliarias sobre créditos documentarios transferibles.

A diferencia de la cesión en garantía de créditos no cambiarios, que se perfecciona mediante acuerdo bilateral entre cedente y cesionario –sin que se requiera el consentimiento del deudor–, la cesión en garantía, tanto de los créditos documentarios transferibles, como de los de derechos de pago sobre créditos documentarios de todo tipo, exige el consentimiento previo del cedido, a nivel de validez. En efecto, de conformidad con el artículo 31, párrafo segundo de la LGM, la garantía mobiliaria

no se tiene por constituida, sino hasta el momento en que el banco cedido acepte la cesión: “Una vez que esta solicitud de cesión sea aceptada por uno de los anteriores bancos la garantía a favor del cesionario del pago se considerará constituida”. Lo mismo exige el artículo 32 en relación con la constitución de garantías sobre créditos documentarios transferibles: “La constitución de esta garantía ocurrirá en el momento en que el banco transferente (emisor o confirmante) apruebe la transferencia al segundo y siguientes beneficiarios...”.

La *ratio legis* de las restricciones al comercio jurídico de cartas de crédito y de derechos de pago sobre estas, es evitar el *riesgo de doble movilización* a través de la formación de un mercado secundario paralelo que pueda interferir con los derechos de otros sujetos, especialmente los derechos de los tenedores de *aceptaciones bancarias* libradas por el vendedor contra la carta de crédito, y los derechos de compensación del propio banco. Las aceptaciones bancarias --ver *supra*-- son letras de cambio emitidas por el vendedor contra la carta de crédito, las cuales constituyen instrumentos negociables transmisibles por endoso. Por tratarse de garantías personales, las aceptaciones no son inscribibles. Por otra parte, cabe tomar en cuenta que contra la carta de crédito se pueden generar notas de débito, en caso de que el propio banco acepte descontar las aceptaciones emitidas. También es común, en las cartas de crédito financieras, que el banco conceda adelantos al vendedor, a fin que éste pueda financiar los costos de manufactura y producción. En síntesis: las cartas de crédito constituyen la situación jurídica de base, en torno al cual se realizan diversas operaciones activas no inscribibles. En otras palabras: La carta de crédito, *per*

*se*, no refleja, en un momento dado, un crédito unidireccional a cargo del banco emisor o confirmante. Contra dicha carta de crédito bien pueden haberse generado adelantos, pagos descontados, etc., es decir, operaciones que generen débitos compensables contra la carta de crédito, y que deben ser objeto de un *neteo*. La única fuente de información sobre el estado jurídico y contable de una carta de crédito en un momento determinado, es el propio banco que ha emitido o confirmado la carta de crédito. Se hace necesario, por consiguiente, **centralizar** en el emisor o en confirmante todos los actos relativos a la carta de crédito, para evitar la concertación de operaciones incompatibles sobre la carta de crédito.

El artículo 31, párrafo segundo, exceptúa el **principio de libre comercio jurídico de créditos**, estatuido en el artículo 23 de la LGM. Este artículo, como vimos, instituye la inoponibilidad a terceros del pacto de no cesibilidad del crédito. En el caso de la cesión de derechos de pago sobre cartas de crédito, la propia ley estatuye un *ius singulare*, al exigir el consentimiento previo del deudor, en clave de validez. A diferencia de la cesión común de créditos, que no requiere el consentimiento del deudor, para la cesión en garantía de derechos de pago sobre créditos documentarios es precisa la aceptación del cedido. No sólo se requiere notificar al cedido --como formalidad de oponibilidad al deudor--, sino que requiere el consentimiento del cedido, a nivel de validez.

En lo concerniente a la oponibilidad a terceros, la LGM da un tratamiento distinto a las garantías sobre créditos documentarios. Si la garantía recae sobre la *cantidad incondicionalmente debida*, que el banco ha reconocido como adeudada, una vez

recibidos todos los documentos con los que el vendedor demuestra el cumplimiento de sus obligaciones, la garantía mobiliaria debe ser inscrita en el Sistema de Garantías Mobiliarias, para los efectos de su *efectividad* (eficacia frente a terceros) y su prelación. En cambio, la garantía mobiliaria traslativa sobre la carta de crédito transferible, o sobre parte de ella, se constituye y se torna oponibles a terceros simultáneamente, a partir del “*momento en que el banco transferente (emisor o confirmante) apruebe la transferencia al segundo y siguientes beneficiarios, y su efectividad y prelación también dependerán del momento de la transferencia estos beneficiarios acreedores*” (art.32). La ley deja en claro que, en estos casos, no es requerida la inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, a los fines prelación y efectividad. Cabe notar que la LGM no contempla, en este caso, la hipótesis de una garantía mobiliaria no traslativa (al estilo de *nantissement* francés). Esta laguna se suple por analogía, aplicando los mismos principios en uno u otro caso.

### **La garantía mobiliaria frente a los créditos alimentarios y laborales:**

La Ley Modelo de la OEA incluye, como parte de los contenidos del derecho de prelación del acreedor garantizado, el *derecho de persecución* de los bienes garantizados, con la muy notable excepción de los derechos de los terceros adquirentes en el curso del giro normal de los negocios del deudor garante. El derecho de persecución es el atributo típico del derecho de garantía: el bien queda afectado al gravamen, aun cuando salga del patrimonio del constituyente de la garantía. El gravamen sigue al bien, y el acreedor puede

hacer valer su derecho contra quienquiera que ostente la posesión o la titularidad subsecuente de la cosa.

El artículo 49 in fine de la LGM preceptúa: “*Se exceptúan de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias*”. La disposición se refiere a la prelación de la garantía mobiliaria publicitada. La pregunta es: ¿Priman, los privilegios legales generales de acreedores alimentarios y laborales, sobre la garantía mobiliaria? La letra del artículo 49 in fine apunta en sentido afirmativo. Esta excepción no se encuentra en la Ley Modelo de la OEA. En el sistema vigente antes de la LGM, los privilegios generales de acreedores alimentarios y laborales ceden ante los privilegios especiales del acreedor pignoraticio y del acreedor hipotecario. En efecto, los artículos 993 del *Código Civil* -- en materia de concursos de acreedores-- y 901 del *Código de Comercio* --en materia de quiebras-- estatuyen una escala descendente, iniciando con los siguientes privilegios especiales, de origen legal y contractual: 1. El privilegio especial del Fisco y los Municipios, respecto del valor de las cosas sujetas a los respectivos impuestos; 2. El privilegio especial del acreedor hipotecario, sobre el valor de la cosa hipotecada; 3. El privilegio especial de acreedor pignoraticio, sobre el precio de la cosa dada en prenda; 4. El privilegio especial del retenedor, sobre el valor de la cosa retenida; y 5. El privilegio especial del arrendador de finca rústica o urbana, sobre el valor de los frutos y los bienes muebles inmovilizados por destino (literalmente, en el art. 993 del *Código Civil*, “*sobre el valor de todos los objetos con que el arrendatario la haya provisto*”). El artículo 786 del *Código Procesal Civil* la primacía del acreedor garantizado con privilegio especial: *Los acreedores hipotecarios, los*

*pignoraticios y los que así se determinen por leyes especiales, sin perjuicio del derecho que les asiste de exigir el pago de sus créditos por separado, podrán presentarse en el concurso y solicitar la venta del bien que garantiza su crédito, y someterse, entonces, a lo dispuesto en la sección tercera, aunque en las votaciones carecerán de voto.* Cabe recordar, sin embargo, que los titulares de privilegios especiales deben contribuir a los gastos judiciales y extrajudiciales incurridos a los fines de la comprobación y liquidación del activo y el pasivo del concurso, así como en la administración, conservación y realización de los bienes del deudor y en la distribución del producto de la liquidación<sup>7</sup>. Dicha contribución ha de ser plena en cuanto a los gastos vinculados a un beneficio especial de acreedor privilegiado y proporcional en cuanto a los gastos incurridos en interés común de los acreedores, a discreción del juez.

El artículo 171 del *Código de Familia* preceptúa: “*La deuda alimentaria tendrá prioridad sobre cualquier otra, sin excepción*”. A pesar de la rotundidad de esta disposición, siempre se ha entendido que dicha norma establece un privilegio general de primer rango, que, sin embargo, está por debajo de los privilegios especiales de los acreedores hipotecarios y prendarios.

En materia de créditos por prestaciones laborales, establece el artículo 33 del *Código de Trabajo*: “*Las indemnizaciones previstas en los artículos 28, 29 y 31 procederán también cuando el patrono liquide o cese*

*en sus negocios, voluntariamente o no. En caso de insolvencia, concurso, quiebra, embargo, sucesión u otras similares, gozarán los créditos que por estos conceptos correspondan a los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios; y el curador, depositario, albacea o interventor, estarán obligados a pagarlos dentro de los treinta días siguientes al reconocimiento formal que ellos o los tribunales de Trabajo hagan de dichos créditos, o en el momento que haya fondos si al vencerse este plazo no los hubiere del todo*”. El artículo 175 *ibidem* hace extensivo el mismo privilegio a “*los créditos por salarios devengados, sin limitación de suma ni de tiempo trabajado, ya sea que el trabajador continúe o no prestando sus servicios*”. Si bien el texto del artículo 33 habla de un *privilegio especialísimo*, que únicamente se inclina ante los créditos alimentarios, claramente se trata de un *privilegio general*, coercible contra el patrimonio no gravado del deudor y contra el *superfluum* resultante de la liquidación de los bienes gravados. Hay consenso general en que el derecho real *in re aliena* de los acreedores prendarios o hipotecarios es, como acreedores separatistas, inmune a reclamos de acreedores laborales o alimentarios<sup>8</sup>. Salvo que existan otros privilegios especiales (*v.gr.*, impuestos, contribuciones a gastos del concurso, gastos y honorarios de ejecución) u otros gravámenes de grado superior, el acreedor hipotecario o prendario tiene un derecho indiscutible a ser pagado con preferencia,

<sup>7</sup> *Cfr.*, los artículos 990, inciso 1, del *Código Civil* con el del 892 *Código de Comercio*.

<sup>8</sup> El reconocido experto en Derecho concursal, don Alfredo Bolaños, entrevistado por este redactor confirma cómo en la práctica forense se reconoce la preferencia de los acreedores hipotecarios y prendarios, sobre el valor de los bienes pignorados o hipotecados, por encima de los privilegios generales de los acreedores alimentarios y laborales.

sea con el producto de la liquidación del bien dado en garantía, o con éste mismo<sup>9</sup>. La garantía real crea una reserva de valor con un destino específico: la satisfacción del crédito garantizado. Para que un acreedor común o con privilegio general pudiera prevalecer sobre el acreedor hipotecario o prendario, le hubiera sido necesario –bajo el Derecho vigente antes de la LGM– incoar una acción tendiente a lograr la nulidad o la ineficacia relativa (*v.gr.*, una acción pauliana o revocatoria) contra el mismo gravamen. Y es que, si bien la acción pauliana no ha producido mucha jurisprudencia en nuestro medio, lo cierto es que, por tratarse, la constitución del gravamen, de un acto de disposición, es perfectamente pasible de una acción de este tipo, en caso de reunirse sus condiciones de aplicación<sup>10</sup>, a saber: si la constitución del gravamen fue a título oneroso, han de acreditarse dos condiciones: el *eventum damni* (la incobrabilidad del crédito) y el *consilium fraudis* (el conocimiento, por el deudor garante y el acreedor garantizado, del daño que el acto en cuestión le habría de causar al acreedor no garantizado del primero<sup>11</sup>). Si la constitución del gravamen fue a título gratuito, *v.gr.*, para garantizar sin contraprestación una deuda ajena, únicamente es necesario probar la primera condición.

Hasta aquí la descripción del derecho vigente con anterioridad a la LGM. Tomando en consideración los fines y valores que

la inspiran –entre los cuales sobresale la seguridad jurídica del acreedor garantizado– hubiera sido de esperar que la LGM mantuviera la prevalencia de la garantía mobiliaria sobre los créditos con privilegio general, como los alimentarios o los laborales. Sin embargo, el último párrafo agregado al artículo 49 produce cierta perplejidad, cuando estatuye: “*Se exceptúan de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias*”. Salvo que se ensayara, ya en el plano gramatical o exegético, alguna interpretación distinta a la que parece indicar su literalidad, parece claro que la prelación la garantía publicitada es inoponible a los acreedores alimentarios y laborales. Si es esa la interpretación prevaleciente, parece que la LGM introdujo un riesgo transaccional imposible de conjurar.

En el plano axiológico, la rivalidad entre los créditos alimentarios y laborales, por un lado, y los créditos con privilegio real, por otro, es un problema complejo. Los créditos alimentarios y laborales entrañan la realización de valores primarios: vida, techo, salud, alimentación de los acreedores. Son una cuestión de subsistencia. Por otra parte, los acreedores garantizados reclaman seguridad jurídica. No vaya a ser que, por decisiones del deudor garante, se vaya a frustrar la expectativa del acreedor garantizado, de asegurarse el pago preferencial accediendo a la reserva de

<sup>9</sup> La *Ley de Cobro Judicial* estatuye una especie de pacto comisorio legal: El artículo 25 *in fine* preceptúa: “*Si para el tercer remate no hay postores, los bienes se tendrán por adjudicados al ejecutante, por el veinticinco por ciento (25%) de la base original*”.

<sup>10</sup> *V.* el art. 848 del *Código Civil*.

<sup>11</sup> En los préstamos bancarios, esta condición podría inferirse *in re ipsa* si la institución de crédito conoció o debió conocer, antes de otorgar el préstamo, que el deudor no tenía capacidad de pago, y que, por consiguiente, el único modo de honrar la obligación era incumplir con sus obligaciones alimentarias y patronales.

valor representada por los bienes recibidos como garantía. Bajo el sistema anterior a la LGM, ambos órdenes de intereses se habían acomodado reconociéndole al acreedor hipotecario o prendario su derecho indiscutiblemente prioritario sobre los bienes específicos hipotecados o pignorados. El principio de especialidad parecía acantonar el privilegio hipotecario o prendario dentro del perímetro de ciertos bienes concretos. Con todo, nada le garantizaba a los acreedores laborales y alimentarios la existencia de recursos adicionales o residuales suficientes para la satisfacción de sus créditos, una vez pagadas las prendas e hipotecas. La subordinación de estos créditos a los créditos con privilegio real se aceptaba con estoicismo. Nada impedía, por otra parte, que el deudor diera en prenda e hipoteca, mediante actos individuales, la totalidad de su patrimonio. La esperanza del acreedor común y del acreedor con privilegio general se centraba en que, por un lado, no todos los bienes del deudor eran susceptibles de ser dados en prenda o hipoteca. La LGM viene a ampliar sustancialmente los bienes dables como garantía. Se llega al extremo de admitir la constitución de una garantía mobiliaria universal, capaz de abarcar y absorber, de un trazo, todo el patrimonio mobiliario del deudor, presente y futuro. Frente a este tipo de garantía, los acreedores comunes no tienen más remedio que soportar con resignación la incobrabilidad de sus créditos<sup>12</sup>. Pero ¿qué suerte habría de reservar a los acreedores con privilegio general alimentario y laboral? Esa preocupación parece haber tocado las fibras intuitivas de nuestros legisladores<sup>13</sup>,

12 Los acreedores alimentarios siempre tienen acceso a otra forma de compulsión: la gestión del apremio corporal del deudor.

13 En las actas de la Asamblea Legislativa no quedó registrada ninguna discusión sobre el problema axiológico planteado.

y motivado la inserción –ciertamente sorpresiva, en el contexto y la lógica de la ley-- del último párrafo del artículo 49 de la LGM. Sin embargo, no ha quedado claro: 1. Si, en efecto, los acreedores alimentarios y laborales pueden perseguir los bienes objeto de garantías mobiliarias (es decir, si el derecho de prelación conferido por la garantía mobiliaria es inoponible al acreedor laboral o alimentario); ni tampoco, presuponiendo una respuesta afirmativa, 2. Cómo habría de operar, en la práctica, la realización de la primacía del privilegio general alimentario y laboral sobre la garantía mobiliaria.

### ***La cristalización y la necesidad de reformar la normativa sobre procedimientos concursales curativos:***

La LGM es implacable con el deudor incumplido. Desde el momento en que el acreedor garantizado comunica al deudor garante su decisión de ejecutar la garantía, se produce lo que en el Derecho inglés se conoce como la cristalización. A partir de ese momento, de conformidad con el artículo 15, inciso 1, queda suspendido –congelado-- el derecho del constituyente a “usar, transformar, vender, permutar, constituir otras garantías mobiliarias, arrendar y efectuar cobros de cuentas por cobrar en relación con los bienes dados en garantía y sus bienes derivados o atribuibles en el curso normal de sus negocios”. Por si quedara alguna duda, el artículo 67 de la LGM reitera: “El derecho del deudor

garante de vender o de transferir bienes en garantía en el curso normal de sus negocios queda suspendido desde el momento de inscripción del formulario de ejecución y el aviso de comunicación de éste al deudor garante. Dicha suspensión continuará hasta que la ejecución haya terminado, salvo que el acreedor garantizado autorice lo contrario”. Cabe agregar que ambos actos –la inscripción del formulario de ejecución y el aviso de comunicación– pueden ocurrir en un santiamén: tardan lo que tardan en llegar sendos mensajes de correo electrónico: uno al Registro y otro al deudor, por el medio de comunicación señalado en el contrato. Para una empresa en marcha, la cristalización es un frenazo en raya del giro del negocio. Si lo que había ofrecido como garantía era su inventario, desde el momento en que recibe la comunicación de ejecución, debe clausurar la recepción de pedidos y cerrar la tienda –salvo que el acreedor autorice lo contrario--. Con la cristalización, devienen eficaces, ipso jure, los pactos de apropiación y de reposesión extrajudicial. Al tenor del artículo 68, “los acreedores garantizados pueden ejercer sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía desde el momento en que el deudor garante incumpla sus obligaciones”. Y si el deudor opone resistencia, entonces entra en acción aparato coercitivo del Estado, en los términos del artículo 73 LGM: “Cuando no se haya pactado o no sea posible dar cumplimiento a los procedimientos especiales de apropiación o reposesión pactados, el acreedor garantizado puede presentarse al juez y solicitarle que libre de inmediato mandato de apropiación o reposesión, el que se ejecutará sin audiencia del deudor garante. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del

acreedor garantizado”. Llama la atención la función asignada al juez: de inmediato, sin previa audiencia a la contraparte, ha de librar un mandato de apropiación –es decir, de transferencia coactiva del derecho de propiedad, v.gr., en presencia de un pacto comisorio–y/o de reposesión, haciendo valer el poder coercitivo del Estado. Si bien la LGM no lo dice, parece evidente que ese mandato puede implicar el uso de la fuerza, por ejemplo, de allanamientos. Esta norma contraviene frontalmente, en nuestra opinión, el principio constitucional del debido proceso, que en su forma más elemental implica que el juez, cuando menos, de previo a desencadenar las fuerzas heterónomas del Estado, se detenga a escuchar lo que a bien tenga que decir la contraparte (¿qué ocurre –se pregunta--, si el acreedor garantizado está pretendiendo hacer valer un pacto de anatocismo, o una cláusula penal descomunal, o un pacto comisorio leonino, o, peor aún, una garantía mobiliaria falsa?). Un juez que no escucha a la contraparte –rectius, un juez a quien el legislador le impone el deber de no escuchar a la contraparte--, antes que un juez es un verdugo. Los promotores de la LGM sostienen que no hay motivo para alarmarse. Que se trata de un simple sistema solve et repete, y que si algo tenía que decir, si algo tenía que alegar, para eso tiene los remedios judiciales ex post: que para eso está el juicio ordinario. Este argumento, puesto a contraluz del contexto presente de nuestro derecho procesal civil, donde el espectro del ordinario de los diez años tiene carne y hueso, es poco menos que un sarcasmo.

La LGM, como hemos visto, se inspira en el sistema de las *secured transactions* bajo el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos. Sin embargo, es de observar que allí

el deudor en crisis tiene acceso a otro tipo de remedios de cara a los procedimientos extrajudiciales y judiciales (*collection acts*) de ejecución de *security interests*: tales remedios se encuentran fuera del *Article 9*, en otro cuerpo normativo: el *Bankruptcy Code*, o código federal de quiebras y otros concursos de acreedores. Este cuerpo de reglas contiene, según veremos, una serie de remedios a favor del deudor en crisis, incluyendo, aunque no exclusivamente, la suspensión inmediata de los procedimientos individuales de ejecución. Cuando la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica se avocó, por primera vez, al estudio del entonces *Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias*, algunos miembros de la Comisión, conocedores de la materia concursal –entre ellos los juzgadores civiles don José Rodolfo León Díaz don Alvaro Hernández Aguilar y don Christian Quesada Vargas–hicieron ver cómo la inserción de una ley como la propuesta debía venir acompañada de una reforma al Derecho costarricense del concursos de acreedores y quiebras. Y es que, según veremos, las figuras vigentes en nuestro país –*v.gr.*, la administración por intervención judicial y el convenio preventivo de acreedores–, no ofrecen remedios efectivos de salvamento para el deudor en crisis.

En Estados Unidos, un deudor en crisis puede lograr una inmediata suspensión de los procedimientos cobratorios acudiendo a los remedios que del *Bankruptcy Code*, en especial a través de los procedimientos de reorganización contemplados en los

*Chapters 11, 12 y 13*, de dicho cuerpo normativo federal. En Costa Rica, en contraste, los procedimientos colectivos de salvamento del deudor en crisis son sumamente limitados (*ver infra*). Conviene detenernos a analizar algunos aspectos del Derecho estadounidense de concursos, que en ese país operan como contrapeso de las prerrogativas que el *Article 9* le confiere al acreedor garantizado.

Existen, básicamente, dos tipos de procedimientos concursales: 1. Los procedimientos de *liquidación*, bajo el *Chapter 7* del *Bankruptcy Code*, en los que los activos del concursado (el *estate*) se venden a fin de pagar a los acreedores; y 2. Los procedimientos de *reorganización*, planteados bajo los *Chapters 11, 12 o 13*, en los que usualmente los activos permanecen bajo el control del deudor, bajo la supervisión de la Corte<sup>14</sup>.

En un caso planteado bajo el *Chapter 7*, los activos del deudor son administrados por una especie de curador designado por el juez, denominado el *bankruptcy trustee*, que normalmente dispone del *estate* en tres sentidos: Primero: Si un activo garantiza una deuda cuyo importe iguala o excede el valor económico del activo, el curador abandona el activo a la satisfacción del acreedor garantizado bajo el *Article 9*. En caso de existir un remanente de valor, corresponde al *trustee* reclamarlo para el *estate*. Segundo: El *trustee* abandona ciertos activos que el deudor reclama como exentos de la liquidación, los cuales le permiten subsistir y recomenzar (el llamado derecho al *fresh start*). Tercero: El

14 *Idem*.

*trustee* vende el resto de los activos, a fin de satisfacer los gastos administrativos y luego distribuir el remanente entre los acreedores quirografarios (denominados los *general unsecured creditors*). Como contrapartida, el deudor es liberado de la mayor parte de sus deudas, lo cual le permite seguir adelante.

En un caso tramitado bajo el *Chapter 11*, usualmente es el propio deudor quien asume las funciones del *trustee*. Él mismo actúa como *debtor-in-possession*, o “DIP”, lo cual explica por qué este procedimiento es el preferido por los deudores en crisis. El deudor puede conservar la posesión productiva de los bienes necesarios para ejecutar el *plan of reorganization* aprobado por la Corte. En los casos tramitados bajo los *Chapters 12 y 13*, normalmente es un *trustee* el encargado de recolectar los ingresos del deudor y de distribuirlos entre acreedores, conforme a lo proyectado en el plan de reorganización.

La presentación de una petición al amparo del *Bankruptcy Code* implica la automática suspensión (la *stay*) de los remedios que el acreedor garantizado tiene para el cobro (*collection*) de su crédito<sup>15</sup>. Si el deudor tiene un *equity in the collateral*, es decir, si el valor del bien dado en garantía sobrepasa el monto de la deuda, el acreedor garantizado no tiene derecho a liberar el bien de la orden de suspensión (*stay*) de los procedimientos de cobro. No obstante, en los procedimientos liquidatorios lo usual es que el *trustee* venda el bien, paga la deuda y conserva el excedente para su futura distribución entre los acreedores. En los procedimientos de reorganización, sin

15 V. DEL DUCA *et al*, p. 207 y ss.

embargo, el acreedor garantizado no puede liberar de la suspensión aquellos bienes dados en garantía que el deudor requiere para ejecutar el plan de reorganización. En contraste, tanto el *trustee*, como el DIP tienen la obligación de asegurar la conservación del valor del *collateral* (los bienes dados en garantía). En materia de intereses, operan las siguientes reglas: Si el bien dado en garantía vale más que el crédito (caso en el cual se dice que el acreedor garantizado está sobre-garantizado –*oversecured*–), el acreedor garantizado tiene derecho a cobrar intereses devengados con posterioridad a la presentación de la solicitud de inicio del procedimiento concursal, hasta el límite del valor del bien. Este margen de valor, del bien dado en garantía en comparación con el monto del crédito, es conocido como un *equity cushion* –que figurativamente evoca un colchón, es decir, una reserva de valor por encima del monto del crédito–. Dicho valor se emplea para satisfacer los *postpetition interests* del acreedor garantizado, es decir, los intereses devengados por la obligación con posterioridad de la presentación del procedimiento amparado al *Bankruptcy Code*. En contraste, si el acreedor está *infra* garantizado (*undersecured*), lo cual significa que el valor del bien es inferior al valor del crédito, el acreedor no tiene derecho a cobrar *postpetition interests*. En tal caso, a falta de una *equity cushion* que proteja al acreedor garantizado contra los riesgos de depreciación, puede levantarse la orden de suspensión (el *stay*), a menos que el deudor provea otros medios para salvaguardar la *secured claim*, por ejemplo, mediante pagos en efectivo u otra garantía adicional.

Es de observar que el ordenamiento costarricense es muy endeble en materia de remedios concursales a los deudores en crisis. Como alternativa a los procedimientos liquidatorios (quiebra y concurso de acreedores), se ofrecen la *administración por intervención judicial*<sup>16</sup> y el *convenio preventivo de acreedores*<sup>17</sup>. Sin embargo, ninguna de dichas figuras podría ofrecer un remedio efectivo. La figura de la administración por intervención judicial presenta importantes restricciones en el plano subjetivo, pues únicamente pueden acogerse a ella “*las empresas cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución*”<sup>18</sup>. A tal fin, el juez ha de considerar, entre otros aspectos, “*... el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados y de clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora*”. Básicamente, se trata de un remedio fuera del alcance del deudor civil y de la pequeña empresa. Aparte de lo anterior, cabe agregar que, si bien puede lograrse, a través de este procedimiento, la “*paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo*”<sup>19</sup>, dicho efecto no es inmediato ni automático. Por lo demás, la suspensión se exceptúa en los casos “*en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida*”<sup>20</sup>, como ocurre en los fideicomisos de garantía. Si nos atenemos a la interpretación literal de dicha

norma, parece claro que la excepción contenida en el inciso 2 del artículo 723 CPC permitiría la ejecución de fideicomisos de garantía; ya que, como se sabe, los bienes fideicometidos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente para integrarse a la esfera jurídica del fiduciario –la cual se subdivide internamente en varios subpatrimonios–. Una interpretación teleológica, sin embargo, podría conducir a resultados diversos<sup>21</sup>. Si el fin de la norma es evitar la liquidación de activos productivos estratégicos necesarios para el “*funcionamiento normal de la empresa*”, parece claro que dicho fin se vería fácilmente burlado mediante la concertación de fideicomisos de garantía de tales activos. La excepción número 2, interpretada de manera coherente con la *ratio legis*, quedaría reducida a los bienes de los fiadores o de terceros garantes, cuya liquidación no es óbice para la continuación de la actividad económica del deudor. Cabe recordar que en los fideicomisos de garantía, la transmisión de la propiedad al fiduciario, lo es con función de garantía. Normalmente el fideicomitente-deudor se reserva el derecho de explotar productivamente los bienes en cuestión, lo cual lo consiente el acreedor. Por consiguiente: Si, por un lado, el valor preponderante de la figuras concursales curativas es la prosecución de la actividad económica del deudor durante la administración por intervención judicial o el convenio preventivo; y, si, por otro, el acreedor fideicomisario consintió que el deudor

16 Art. 709 a 742 del *Código Procesal Civil*.

17 Arts. 743 a 759 del *Código Procesal Civil*.

18 Art. 709, párrafo segundo del CPC.

19 Art. 723 del CPC.

20 Art. 723, inciso 2.

21 Debe repararse en que el artículo 10 del *Código Civil* no estatuye ningún orden jerárquico entre los diversos métodos legítimos de interpretación de las leyes.

conservara el derecho a explotar los bienes; entonces, lo razonable sería que se decreta la suspensión de la ejecución de activos productivos estratégicos fideicometidos en garantía. Efecto que podría alcanzarse, si no por el artículo 723, por medio de una medida cautelar *ex professo*<sup>22</sup>.

En conclusión: Se hace imperativo revisar y poner al día la legislación patria sobre procedimientos concursales curativos. Esa legislación es el complemento ideal que merece nuestra nueva Ley de Garantías Mobiliarias.

22 Cfr los arts 242 y 746 del *Código Procesal Civil*, en relación con los artículos 20, 21 y 22 y del *Código Civil*.

# EL REENVÍO DE LAUDOS ARBITRALES ANULADOS

## A propósito de una mala práctica judicial

*Alberto Fernández López (\*1)*

### 1. *Preámbulo.*

Como es conocido, el arbitraje es una vía privada para la solución de conflictos, donde las partes han convenido en sustraer el conocimiento de la controversia de los Tribunales Judiciales locales.

Se reconoce en la doctrina, que el arbitraje comercial internacional es la vía idónea y natural, en el contexto económico actual de la globalización comercial, para resolver los conflictos surgidos en el comercio internacional. También, se acepta, que el arbitraje comercial nacional constituye un medio normal de solución de controversias, de naturaleza patrimonial y disponible, de un cierto nivel de complejidad o cuantía, donde las partes buscan celeridad, confidencialidad y conocimiento experto, sin entrar en el entramado o complejo proceso judicial.

La judicatura no está excluida o aislada de este ámbito del Derecho y de la vida

económica; al contrario, debe existir una relación de cooperación y asistencia entre ambas jurisdicciones, para facilitar la marcha del proceso arbitral y su efectividad.

La uniformidad internacional en cuanto a normas legales que regulan el arbitraje comercial internacional, en especial la Ley Modelo de la UNCITRAL<sup>2</sup> aceptada por 70 Estados<sup>3</sup>, Convención de Nueva York ratificada por 149 Estados y territorios<sup>4</sup> y Convención de Panamá ratificada por 19 países de nuestra América<sup>5</sup>, así como los principios, reglas y doctrina jurisprudencial generada por la práctica arbitral internacional,<sup>6</sup> representan una realidad en el mundo jurídico de los negocios internacionales, que si bien no está exenta de dificultades, han llegado a conformar un sistema de solución de conflictos internacionales con un crecimiento significativo en los últimos veinte años.

La práctica local o nacional del arbitraje no escapa a la necesidad de **conocer**,

1<sup>(\*)</sup> Abogado y Arbitro. Socio de CJA Abogados. Costa Rica. [afernandez@cjalegal.com](mailto:afernandez@cjalegal.com). Este artículo se basa en la conferencia impartida en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje celebrado en San José en setiembre del 2013.

2 En español Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mejor conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL.

3 Conforme consta en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

4 Conforme consta en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

5 Conforme consta en <http://oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

6 Es muy importante adaptar las normas y recomendaciones de entidades como la IBA (International Bar Association), Club Español del Arbitraje, CCI (Cámara de Comercio Internacional), para darle mayor vigor, flexibilidad y dinámica a los procesos arbitrales nacionales.

**desarrollar y utilizar** las mejores prácticas internacionales de ese instituto jurídico. En la medida que cada uno de nuestros países mantenga una aplicación de esas normas y principios reconocidos del arbitraje comercial internacional, conforme a los estándares internacionales, hará más confiable, segura y predecible la resolución de controversias en esta zona del mundo, minimizando el riesgo económico que conlleva cualquier operación de comercio internacional y la solución de sus eventuales conflictos.<sup>7</sup>

El desarrollo futuro del arbitraje en Costa Rica, si realmente queremos potenciarlo como una sede favorable internacionalmente, implica reconocer los límites a la intervención judicial en el arbitraje y admitir que sólo debe realizarse cuando expresamente exista norma jurídica habilitante para ello.

El propósito de este artículo es analizar sucintamente (a) la distinción entre la jurisdicción de los jueces y la jurisdicción arbitral, para que comprendiendo esas diferencias podamos (b) definir el rol que compete a la judicatura frente a un laudo anulado en cuanto a la práctica del reenvío y la asignación judicial de plazo para emisión del laudo.

## 2. *Dos jurisdicciones distintas y en relación de cooperación.*

La jurisdicción es la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula. Su particular modo de expresarse es la sentencia, donde se concreta la función de juzgar mediante la imposición de una conducta específica a las partes, para quienes – en virtud de hallarse sometidos a ella- reviste carácter vinculante y obligatorio.<sup>8</sup> A su vez, toda sentencia conlleva la amenaza de que, en caso de resistencia o de falta de cumplimiento espontáneo, se pueda imponer coactivamente.

En los casos de la jurisdicción obligatoria, como lo es la judicial, la autoridad de la sentencia proviene de la Ley que establece esa jurisdicción.

En el arbitraje comercial la fuerza obligatoria del laudo proviene de la **VOLUNTAD** misma de las partes que se comprometieron a acatarlo,<sup>9</sup> al haber accedido, de manera voluntaria, a dirimir su conflicto por medio de un tercero neutral, que es una persona

<sup>7</sup> Es muy importante adaptar las normas y recomendaciones de entidades como la IBA (International Bar Association), Club Español del Arbitraje, CCI (Cámara de Comercio Internacional), para darle mayor vigor, flexibilidad y dinámica a los procesos arbitrales nacionales.

<sup>8</sup> Caivano, Roque. Arbitraje. Editorial Ad Hoc. 2da edición. Buenos Aires. Pág.23-24.

<sup>9</sup> El artículo 34.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone que todo laudo es obligatorio para las partes y que al someter su controversia a arbitraje bajo ese Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considera que han renunciado a los recursos que legalmente puedan ser renunciados.

particular al que se le dan facultades jurisdiccionales y se reconoce a su decisión los mismos efectos que una sentencia. De manera mediata, los árbitros derivan su jurisdicción de la Ley que reconoce, incluso a nivel constitucional, el derecho que tienen los particulares para someter a arbitraje determinadas cuestiones patrimoniales y disponibles, siendo así que detentan una jurisdicción para un determinado asunto, no es una jurisdicción permanente como si lo es la judicial, por ello, la arbitral es una jurisdicción limitada en el tiempo y limitada a la materia que puede conocer y resolver.

Es de interés señalar que la Sala Constitucional, determinó en uno de sus primeros precedentes sobre el tema, que el arbitraje es un proceso de naturaleza jurisdiccional:

*“IV.- Naturaleza del arbitraje y principales rasgos.- Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alterno para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos.”<sup>10</sup>*

Al ser dos jurisdicciones distintas, el Poder Judicial indispensable para una buena marcha de los Estados y el arbitraje como un ámbito del derecho de libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, en principio, no deberían tener mayor relación.<sup>11</sup> Al respecto, desde el año 2000, la Sala Primera de la Corte decantó los alcances de la intervención de ese órgano judicial en los procesos arbitrales:

*“En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (Art.25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le substraigo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (Art.39). En suma la asignación de nuevas competencias a la Sala no puede ser entendida sino como la única injerencia permitida por el legislador a los tribunales en una institución concebida para potenciar una*

<sup>10</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 10352 de las 14:58 horas del 22/11/2000

<sup>11</sup> La teoría jurisdiccional del arbitraje no es pacífica en doctrina, aunque tiene una amplia aceptación. Puede verse al respecto González de Cossío, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. 2da edición México. Pág.12-19.

*alternativa real a la Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales.”<sup>12</sup>*

Como veremos más adelante, la intervención judicial en los procesos arbitrales debe ser entendida como de carácter taxativo, para permitir al arbitraje mantener su naturaleza de medio privado de solución de conflictos, conducido conforme la voluntad de las partes, es decir, utilizando un procedimiento libremente pactado por ellas o por el tribunal arbitral conforme a las características propias de la controversia. De aquí la conocida frase de que “el arbitraje es un traje a la medida” que se confecciona de acuerdo a cada caso.

Comprendiendo esas diferencias de método para producir la sentencia o el laudo, se comprende mejor el rol que debe desempeñar la judicatura cuando entra en relación con el arbitraje comercial.

### **3. El principio de intervención mínima.**

El arbitraje, a pesar de ser un proceso nacido por un acuerdo voluntario, topa muchas veces con partes renuentes a cooperar en la marcha del procedimiento y hasta abiertamente hostiles, por lo cual es imprescindible el auxilio judicial.

Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

<sup>12</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 4-F-00 de 15:00 horas del 5/1/2000.

<sup>13</sup> Caivano, Roque. Ob.cit. Pág. 25.

Los árbitros, en cambio, carecen del poder de imperium propio del Estado, por lo que requieren necesariamente la cooperación o auxilio judicial para implementar sus decisiones.

Como lo señala el profesor Caivano:

*“El arbitraje no puede existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen convencional.”<sup>13</sup>*

Lo que se debe indicar en este punto es que, al ser el método de resolución de conflictos distinto, **no cabe una intervención o abordaje similar.**

El Juez ante un asunto arbitral debe estar en aptitud y capacidad de comprender la distinta naturaleza que tiene ese método, del que él usualmente utiliza; debe comprender que los principios arbitrales universales de celeridad, eficiencia, autonomía de la voluntad, libre formulación del procedimiento, hacen que el Juez no deba intervenir más allá de lo que la misma ley nacional le permita, para no causar – con su intervención- una intromisión indebida.

La misión del Juez, de cara a un arbitraje, es dar **TUTELA DEL PROCESO ARBITRAL**, más que tutelar subjetivamente lo que él estime como lo justo o correcto. De lo contrario, se crea una sensación de incertidumbre o de duda acerca de lo que esa jurisdicción estatal en particular hará,

ya no sólo ante casos locales, sino ante los arbitrajes internacionales.<sup>14</sup>

### **4. La intervención judicial en la práctica del arbitraje en Costa Rica.**

En Costa Rica realmente es muy insipiente la práctica en el arbitraje comercial internacional, sin embargo, se tienen quince años de práctica sostenida en arbitraje nacional, algunos de los cuales, se han llevado a cabo con partes internacionales, corporaciones financieras y bancarias internacionales, multinacionales y personas de distintos orígenes nacionales.

Esa práctica ha generado una valiosa jurisprudencia judicial sobre el instituto del arbitraje, sobre lo cual no haremos mayores comentarios por haberlos hecho en otras instancias.<sup>15</sup>

### **5. El reenvío de laudos anulados. Un camino erróneo nutrido por buenas intenciones.**

El reenvío es una potestad jurisdiccional reservada a la Sala Primera de la Corte, cuando en el estudio de un Recurso de Casación, decreta la nulidad de una sentencia por razones procesales y ordena su remisión al Tribunal para que haga la reposición del

trámite procesal omitido y falle de nuevo con arreglo a derecho.<sup>16</sup>

Con fundamento en los artículos 610 inciso 1 y 616, ambos del CPC, de muy dudosa vigencia, desde los albores de la Ley de Resolución Alternativa de Controversias y Promoción de la Paz Social, en adelante Ley RAC, la Sala Primera estableció el reenvío de laudos anulados por razones procesales formales.

Uno de los primeros precedentes sobre este tema indicó:

*“VIII.- Por todo lo anterior resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, e insalvables se declaran por la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes. En otros casos la nulidad decretada podría tener valor de cosa juzgada. Pero también puede ocurrir*

<sup>14</sup> Un valor que se postula para una sede arbitral confiable es la certeza y consistencia de sus criterios judiciales con los estándares internacionales.

<sup>15</sup> Ver Fernández López, Alberto. Derecho Arbitral Jurisprudencial. Editorial LIL. 2da edición. San José, 2012 y “Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No 8937 de 2011” en Revista Arbitraje Comercial y de Inversión. Vol. IV. 2011(3). Iprolex. Madrid. Pág. 797.

<sup>16</sup> Ver artículo 601 inciso 1 del Código Procesal Civil.

que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitarse el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aún considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho.

IX.- Esta solución de suyo es completamente válida porque la Ley 7727 derogó del Código Procesal Civil solamente los artículos del 76 al 78 y del 507 al 529, esto significa que la nueva normativa arbitral dejó vigentes los artículos 616 sobre “nulidad en arbitrajes de derecho” y 617 sobre “nulidad en arbitrajes de equidad”. El numeral 616 dice literalmente **“Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario”**, consecuentemente procedería el reenvío previsto para el

recurso de casación por infracción a las normas procesales. En tal caso lo atinente sería anular el laudo y remitir el expediente al Tribunal Arbitral para que proceda a subsanar el vicio y posteriormente dictar un nuevo laudo ajustado a derecho.

X.- Principios similares tiene el numeral 617 del Código Procesal Civil en cuanto a la nulidad del arbitraje de equidad, y la Ley 7727 para el de derecho y el de equidad cuando el vicio determinado por la Sala solo sea parcial. En tal eventualidad no puede declararse la nulidad de todo el laudo sino solo de aquella parte donde exista el vicio, subsistiendo el fallo del Tribunal en todo donde no medie nulidad.<sup>17</sup> (Lo resaltado no es del original).

El fundamento ideológico de ese precedente judicial es la preocupación que causa a los Magistrados la anulación de un laudo y el efecto de imposibilitar a las partes la solución del diferendo, por lo que – en aras de salvaguardar el derecho de las partes y al instituto del arbitraje- deciden integrar normas jurídicas destinadas a regular los procesos judiciales civiles y aplicarlas al arbitraje.

El precedente citado se fue consolidando como jurisprudencia, cuando en el 2005, con otra integración la Sala Primera indicó:

“IV.- La materia de los arbitrajes se encuentra regulada, principalmente, en la Ley RAC. Sin embargo, bajo el

mismo criterio de especialidad, existen normas contenidas en otros cuerpos legales. Tal es el caso del artículo 616 del Código Procesal Civil, el cual, al delimitar la competencia de la instancia de casación en esta materia, dispone: “Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario.” En lo concerniente a los alcances de la nulidad del laudo, la Ley RAC, en sus ordinales 64, 65, 66 y 67, no establece si al declararse la misma habrá de anularse sólo tal resolución, ésta y parte del proceso arbitral, o bien, la totalidad de este último. Empero, la solución se halla en la citada disposición 616 que, como se indicó, ostenta el mismo carácter de norma especial y remite de modo directo a la general, con la finalidad de que se apliquen las mismas regulaciones procesales. Conforme a las causales de nulidad establecidas en el canon 67 de la Ley RAC, no puede impugnarse el fondo del laudo sino por cuestiones atinentes a aspectos procesales, de legalidad y de garantías en el derecho de defensa de las partes. Desde otro ángulo, en los procesos judiciales ordinarios, su trámite se dispone en el numeral 610 del Código Procesal Civil. Al quedar fuera, para los arbitramentos, lo que atañe al fondo del laudo, sólo corresponde aplicar su inciso primero. En este se impone: “Se examinarán primero las reclamaciones relativas al procedimiento, y si la Sala considerare procedente la nulidad por razones procesales, lo declarará así

y ordenará devolver el expediente al tribunal para que, **hecha la reposición correspondiente, se trate y falle de nuevo con arreglo a derecho.** Si la nulidad se fundare en que el proceso no es de conocimiento de los tribunales civiles o nacionales, se devolverá el expediente para que se archive.” (El resaltado no es del original). Como logra colegirse de la norma transcrita, no se ordena la nulidad de todo el proceso sino a partir del acto o resolución donde se cometió el yerro generador de la invalidez. De manera correlativa, cabe resaltar, en el tema de las nulidades procesales, uno de los principios esenciales que lo informa, es el denominado por la doctrina **“principio de conservación de los actos procesales”**. Al tenor del mismo, no es procedente declarar la nulidad tan sólo por la inobservancia al ordenamiento jurídico. Se requerirá, además, que suponga la indefensión de los intereses de alguna parte o de ciertos terceros a quienes alcanza lo decidido. La nulidad se trata, en realidad, tan solo de un medio de protección de los intereses jurídicos lesionados, cuando lo resuelto es ajeno a las formas procesales establecidas. Dentro de ese orden de ideas, sólo será necesario anular aquello que es útil para la tutela de los intereses descritos, en aplicación del aforismo “no hay nulidad sin perjuicio”. Por lo tanto, subsumiendo la materia de arbitraje dentro de este marco general, puede inferirse que, de manera análoga al litigio judicial, sólo se requerirá eliminar por nulidad aquellas actuaciones y resoluciones donde se hubiere cometido el yerro que produjo la indefensión y las

17 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 594-F-00 de 11:40 horas del 18/8/2000.

ulteriores, si dependen directamente de aquellas. Los que le precedan y donde no se haya afectado a las partes, provocándoles indefensión, no hay razón, de acuerdo a la teoría de las nulidades, para ordenar el cese de sus efectos declarándose su invalidez. Esto, además, concuerda con los principios de celeridad y economía procesales que inspiran la totalidad del sistema jurídico de resolución de conflictos, sea en el ámbito judicial o en el arbitral. De ese modo, deben preservarse las actuaciones y resoluciones; y sólo se eliminarán, por su patología, cuando la necesidad de evitar indefensiones lo imponga.”<sup>18</sup>

El criterio judicial transcrito tiene el serio error de estimar similares los métodos de solución de controversias judiciales y arbitrales, permitiéndose así utilizar el reenvió – creado para los procesos judiciales- como si tuviera un efecto similar en un proceso arbitral.

El tema del reenvió no ha sido pacífico en la Sala Primera y desde su origen fue adoptado por votación de mayoría, que se ha mantenido a pesar de las distintas integraciones de esa Sala.

Los votos salvados tienen una interesante fundamentación:

**“VOTO SALVADO:**

*El Magistrado Zamora Carvajal salva su voto, únicamente, en cuanto la Sala de casación ordena que “vuelva*

*el asunto al Tribunal Arbitral para que subsane en vicio que determinó la nulidad, confiriendo la audiencia omitida, y dicte el laudo en el plazo de 20 días después de las conclusiones o de la audiencia”, pues considera que ni la Ley 7727 de 9 de diciembre de 1.997, Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, ni el Código Procesal Civil, en su artículo 616, facultan a la Sala Primera para ordenarle al Tribunal Arbitral reponer el trámite omitido, que dio lugar a la nulidad del laudo, y que, aunque estuviere vencido el plazo para dictar el laudo, dicte, de nuevo, otro laudo, en un plazo de veinte días, que le confiere la propia Sala Primera. Efectivamente, dispone el artículo 64 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que, “el recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley...”, lo cual significa que el procedimiento, sea la tramitación, del recurso de nulidad en cuestión está normado en dicha ley, que es ley especial en la materia, y aunque el artículo 616 del Código Procesal Civil no hubiere sido derogado explícitamente por la Ley del RAC, es lo cierto que sí quedó derogado, implícitamente, desde que la nueva ley estableció una tramitación especial para el susodicho recurso de nulidad. **Ciertamente, resultaría ambiguo y contradictorio que pudiesen aplicarse, al mismo tiempo, para***

**el recurso de nulidad del laudo en arbitraje de derecho, las reglas de los artículos 65, siguientes y concordantes de la Ley del RAC, y, también, las relativas al recurso de casación contra sentencias dictadas en procesos ordinarios. Por otro lado, no hay que confundir lo que son reglas de tramitación, con decisiones judiciales que ordenen reponer trámites y al mismo tiempo integrar el derecho, para ordenar el dictado de un nuevo laudo, para lo cual se abre un nuevo plazo, sin que ello esté previsto en el acuerdo arbitral.**

**Las reglas de tramitación del recurso de nulidad del laudo son distintas de las reglas aplicables al recurso de casación, aunque en cuanto a algunas pudiese existir algún parecido. Según el artículo 65 de la Ley del Rac, el recurso de nulidad deberá interponerse ante la Sala Primera, por las causales establecidas en el artículo 67 de dicha ley, dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo o a la resolución que aclare o adicione la resolución. Este recurso no estará sujeto a formalidad alguna (el recurso de casación sí), pero deberá indicar la causal de nulidad en que se funda. Interpuesto el recurso, la Sala requerirá el expediente al Presidente del Tribunal arbitral, si fuere colegiado, o al árbitro que dictó el laudo, si fuere unipersonal, y una vez recibido el expediente, la Sala procederá a resolverlo en cuanto a su admisibilidad y al fondo, sin dilación ni trámite alguno. (En el recurso de**

*casación existen otros trámites). La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del laudo. (artículo 66). El artículo 67 establece las causas por las cuales el laudo puede ser declarado nulo, que son propias del proceso arbitral. El artículo 68 contiene la forma de remuneración de los árbitros. En cuanto a las reglas de tramitación del recurso de casación, no hay duda de que son más prolifas y técnicas. Comenzamos citando que hay una regla para la casación directa, que incluye el plazo para su ejercicio (art. 592); el artículo 596 establece cómo deberá interponerse el recurso, directamente ante la Sala de Casación correspondiente, dentro del plazo de 15 días. Deberá, además, indicarse el tipo de proceso, el nombre de las partes, la hora y fecha de la resolución recurrida y la naturaleza de esta, indicándose, también, la mención de la ley o leyes infringidas, y expresando, con claridad y precisión, en qué consiste la infracción. En el artículo 598, in fine, se dispone cómo se debe proceder si se da el caso de un litisconsortio. El artículo 600 se refiere a la obligación de la Secretaría de pedir el expediente por medio de nota; el 601, se refiere al emplazamiento; el 602 versa sobre la admisión, rechazo y vista; el 603, a la ampliación de la vista; el 604, sobre la ampliación del recurso; el 605, sobre la manera de proceder en la vista; el 606, sobre el diferimiento de la vista; el 607, sobre el turno del expediente entre los Magistrados, lo cual esta sujeto a los plazos del numeral 166 del mismo Código Procesal Civil; el 609, versa sobre recepción de prueba,*

<sup>18</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 727-F-2005 de 9:40 horas del 29/9/2005.

posibilidad que no confiere la Ley del Rac, para que la Sala Primera pudiese hacerlo, pues, más bien, esta ley dispone que la Sala resolverá "... sin dilación ni trámite alguno". El 610, establece reglas de cómo proceder en el dictado de la sentencia, examinando primero las reclamaciones relativas al procedimiento, y si es del caso con uso del reenvío, o si es por el fondo (entiéndase fondo del recurso y la causal fuere procedente), podrá la Sala casar y fallar el juicio por el fondo, de acuerdo al mérito de los autos, lo que, evidentemente, no se puede hacer en el arbitral, resolviendo el recurso de nulidad de un laudo; y el 611, contiene una regla sobre costas.

En cuanto al recurso de revisión que, también, cabe contra los laudos, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en cambio, sí establece que dicho recurso se aplicará de conformidad con el Código Procesal Civil. Esto nos lleva a razonar que si el legislador hubiere tenido en mente que el recurso de nulidad, igualmente, se rigiera de acuerdo con el Código Procesal Civil, entonces, lo habría dispuesto, como lo hace con el recurso de revisión, máxime cuando ambos recursos están normados en el mismo párrafo del mismo artículo (el 64). Desde otro ángulo, no tendría sentido el que el legislador estableciese un trámite especial para el recurso de nulidad de laudos, por un lado, y, por otro, permitiese la aplicación del Código

Procesal Civil, para el mismo efecto. El párrafo completo del artículo 64 de la Ley del Rac preceptúa: "El recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley. El recurso de revisión se aplicará de acuerdo con el Código Procesal Civil."

En lo que respecta a la derogatoria implícita del artículo 617 del Código Procesal Civil, cabe señalar que dicho numeral, que se refiere a la nulidad en arbitraje de equidad, en el inciso 1, dispone "que el recurso sólo será admisible si se encontrare en alguno de los casos indicados en el artículo 526, y expresará en qué causas de las indicadas se funda, y si no lo hiciere será rechazado de plano.". Pues bien, el artículo 526, al cual remite el numeral 617, se encuentra derogado por Ley N° 7727 del Rac. Consecuentemente, a todas luces se nota que el numeral completo no resulta de aplicación alguna para fundar la admisibilidad de algún recurso de nulidad. Además, la propia Ley 7727 no hace ninguna distinción respecto del recurso de nulidad, que cabe tanto para arbitraje de derecho o para arbitraje de equidad, existiendo un mismo procedimiento pautado en la dicha ley<sup>19</sup> (Lo resaltado no es del original).

Ese voto salvado, emitido desde el año 2000, contiene quizás uno de los mejores análisis sobre las diferencias legales y procesales que existen entre un proceso judicial y un proceso arbitral,

cuando éste último llega a la consideración del Juez estatal y se anula el laudo:

(i) No hay norma legal vigente que habilite a la Sala Primera a ordenar el reenvío de un laudo anulado.

(ii) No hay norma legal vigente, ni doctrina alguna, que permita a un órgano judicial ordenar un plazo para la emisión del laudo, cuando la fijación del plazo para emitir ese acto, es competencia exclusiva de las partes, por medio del acuerdo arbitral o del Reglamento al que hayan sometido la controversia.

(iii) Aunque haya cierta similitud en las reglas del recurso de casación y del recurso de nulidad arbitral, se trata de institutos jurídicos distintos, con una base conceptual muy diferente, por lo que no procede aplicarlos sin distinguir alguno.

Con la integración de la Sala Primera, hasta diciembre del 2013, los Magistrados León Feoli y Solís Zelaya reiteradamente han salvado el voto en casos de reenvío, fundamentándose en el principio de especialidad de la materia arbitral y la derogación tácita del artículo 616 CPC:

"VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA LEÓN FEOLI Y EL MAGISTRADO SOLÍS ZELAYA, quien redacta

I. Quienes suscribimos este voto de minoría, concurrimos con la posición

de mayoría, excepto en cuanto dispone el reenvío del asunto para que el Tribunal Arbitral laude de nuevo. La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos no goza de norma legal que conceda competencias a esta Sala para indicarle a los árbitros la reposición del trámite omitido. Amén de lo anterior, aún cuando no fuere derogado explícitamente el numeral 616 del Código Procesal Civil, debe primar el criterio de especialidad, el cual, aplicado de consuno con lo dispuesto en el ordinal 64 del cuerpo normativo que regula la materia, (según el cual "el recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley"), llevan a concluir una derogatoria tácita del canon 616 citado. Más que la reposición de un trámite, la posición de mayoría supone la autoatribución de una competencia no asignada por ley, que crea una facultad ordenatoria respecto de los árbitros y de las partes, aún cuando éstos no se encuentran jerárquicamente ubicados bajo el control de esta Sala, más que, de manera exclusiva y excluyente, en lo que toca a resolver el recurso de nulidad. Una vez constatado alguno de los yerros que justifican el control por parte de este Tribunal, y en defecto de norma expresa, corresponde a las partes decidir la vía a la que acudirán, sin que la Sala pueda –ni esté autorizada–, para sustituir la voluntad de los involucrados."<sup>20</sup>

19 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 594-F-00 de 11:40 horas del 18/8/2000 (voto salvado).

20 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 420-F-2007 de las 10:45 horas del 8/6/2007.

## 6. **El reenvío y el otorgamiento de plazo adicional como ejercicio de poder (arbitrariedad) de la Sala Primera de la Corte.**

Más recientemente asistimos a la emisión de una resolución de la Sala Primera, que viene a cambiar radicalmente la fundamentación jurídica en que endeblesmente se sostenía el reenvío de laudos anulados y el otorgamiento judicial de plazo adicional para emitir el laudo.

La resolución corresponde a la número 711-A-S1-2013<sup>21</sup>, la cual refleja nobles intenciones en su fundamentación, que – sin embargo – envía al arbitraje por un camino intransitable.

La Sala Primera, de nuevo por votación de mayoría, indicó:

*“...el fundamento jurídico tanto del reenvío dispuesto por la mayoría de esta Sala como del plazo otorgado para que el Tribunal Arbitral proceda a laudarse. Para pedir que se adicione, parten de la presunción de que como fundamento de reenvío, se acudió al artículo 616 del Código Procesal Civil, que para todos los efectos, estiman derogado. Al respecto es bueno señalar que la mayoría de esta Sala entiende, al igual que lo hacen los gestionantes, inaplicable el numeral 616 mencionado por inexistencia de norma. No es ese ni ha sido ese el fundamento jurídico positivo para el proceder de esta mayoría.” (Lo resaltado no es del original).*

La mayoría de la Sala Primera reconoce un error histórico, que – como se indicó – viene desde los inicios de la Ley RAC, donde se justificó el reenvío en el mencionado artículo 616 CPC. Pero, si es bueno que se admita la derogación de esa norma, entonces ¿cuál es el fundamento normativo para ordenar el reenvío de un laudo anulado en estos momentos?

Dice la resolución en comentario:

*“Como bien se sabe, y mejor aún conocen los recurrentes, el derecho no se agota en la estricta y rígida letra de la ley. El derecho está nutrido de principios, de lógica y razonamiento que buscan la máxima aproximación a la justicia y a la resolución del conflicto con la mayor dosis posible de equidad. Más que una norma jurídica positiva, para la mayoría de esta Sala, la anulación de un laudo arbitral por razones procedimentales y procesales previas o ínsitas al fallo mismo, y su correspondiente reenvío, encuentran asidero en los más elementales y trascendentes principios del derecho (que lejos de ocupar un lugar residual en las fuentes, han de imponerse como regla y basamento esencial de todo el ordenamiento jurídico).” (Lo resaltado no es del original).*

Todo sistema normativo tiene claramente definida la escala jerárquica de sus fuentes, de modo que – como parece ser conocido de todos – las normas jurídicas escritas tienen prevalencia sobre las normas no escritas,

de modo que no es admisible el que los principios jurídicos se impongan como regla, porque esos principios son la fuente mediata de la interpretación de la norma escrita, algo que sorprende por provenir de una de las máximas instancias de interpretación jurídica del Poder Judicial. Se impone una rectificación a futuro.

La duda persiste: no hay norma jurídica escrita que de fundamento al reenvío de laudos anulados, tampoco hay principio jurídico al respecto, pues la Justicia y la Equidad son sólo valores del sistema, que dependerán para su eficacia real, de los valores sociales, económicos, políticos y culturales del intérprete.

Entonces ¿cuál será el motivo de esa determinación?

La resolución revela la verdadera motivación del intérprete, el trasfondo que lo guía a resolver como lo hace:

*“En efecto, cuando un pronunciamiento (judicial o arbitral) padece de vicios procesales importantes en su tramitación previa o en su contenido mismo, se produce una nulidad, distinta y distante del fondo de lo discutido, en la medida en que no alcanzó a poner fin a la disputa planteada, pues ni siquiera hay pronunciamiento válido. Ello obliga, por razones de principio, a incitar y habilitar, si es necesario, al órgano arbitral para que resuelva el proceso incoado conforme a derecho.”*

*Cualquier otra solución provocará para las partes la ineludible frustración por los costos y recursos consumidos sin obtención de resultado alguno; sería tanto como propiciar y aceptar lo nugatorio del servicio privado pero esencia, del arbitraje.”*

Hay una noble y buena intención en esa interpretación, aunque es ajena a Derecho positivo. Si el objetivo de todo proceso es poner fin a una disputa,<sup>22</sup> una sentencia o un laudo anulado, no necesariamente cumplen esa aspiración.

En sede judicial, el Código Procesal Civil tiene normas habilitantes para reenviar el proceso al órgano a quo con la finalidad que vuelva a resolver. En el arbitraje, que es un proceso de instancia única, con otro basamento ideológico, no cabe el reenvío porque se reconoce que no hay norma jurídica y el supuesto principio jurídico es que no se alcanzó el fin del proceso, lo cual no es un principio jurídico de interpretación normativa, sino una aspiración del intérprete.

El que **“Ello obliga, por razones de principio, a incitar y habilitar, si es necesario, al órgano arbitral para que resuelva el proceso incoado”**, no es más que un ejercicio de poder y no un ejercicio de interpretación del derecho.

La respuesta a nuestra duda sobre el fundamento jurídico del reenvío ha sido respondida: no lo hay. El intérprete cree tener el poder, aunque no el derecho, para

21 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No 711-A-S1-2013 de las 10:20 horas del 13 de junio del 2013.

22 Esa apreciación es relativa y carece de fundamento real porque el proceso es un medio para llegar al dictado de una resolución final, no necesariamente resuelve el conflicto social. Empero, hay medios anormales de terminación del proceso ( deserción, desistimiento, transacción) y no por ello, no se alcanza a resolver el conflicto cuando se utilizan.

obligar a un Tribunal Arbitral a resolver el caso conforme los lineamientos de nulidad que él dicte y además, dentro del plazo que el intérprete determine, aun a contrapelo de la voluntad de las partes o del Reglamento que determina ese plazo.

**7. Primera buena intención: todo proceso debe definir el diferendo con aproximación máxima a la Justicia.**

Esta aspiración sobre cuál sea el fin de un proceso arbitral o judicial, no puede lograrse a cualquier costo, no puede sacrificarse el medio – el proceso- para llegar a ese fin. El reenvió de laudos anulados no es un medio lícito y compatible con el arbitraje.

La resolución en comentario admite que la Sala Primera, con su integración actual, estima inaplicable el art. 616 CPC, norma en que originalmente sustentó el fundamento para ordenar el reenviar los laudos anulados.

¿Cuál es la norma que permite o autoriza ese proceder si el artículo 616 CPC está derogado? .

Con el criterio del 2013, la Sala Primera señala que son los principios jurídicos y los fines más nobles que el Derecho persigue en la sociedad, pero ese argumento, iusnaturalista puro, no es propiamente Derecho positivo, ni cumple su cometido de integrar el ordenamiento escrito para dar una correcta interpretación normativa, pues expone aspiraciones ideológicas del intérprete.

¿Será que estamos frente a la voluntad del juzgador convertida en obligación?.

¿Son los valores y principios personales y la particular visión del mundo del Derecho que tenga el Juez lo que debe prevalecer en el análisis jurídico?

Lo cierto del caso es que los árbitros ya emitieron su laudo sobre ese conflicto particular, que puede ser calificado como bueno o malo, incluso nulo, pero es su criterio público. Ya han dado exteriorización a sus razonamientos de fondo sobre cómo debe quedar resuelta la controversia; por lo cual no cabe argumentar que no existe ese pronunciamiento, tiene una existencia en el mundo real y aunque después fuere invalidado jurídicamente, ya hubo un criterio jurídico de fondo expuesto a las partes.

Cuando el caso es reenviado a los mismo árbitros, pregunto: ¿no serían recusables? La posibilidad existe desde que han manifestado en el laudo nulo su posición sobre el fondo de la controversia.

En el arbitraje – a diferencia de los Tribunales Judiciales- se tiene a un mismo panel de árbitros para emitir el laudo, no hay otros jueces que vengan a reemplazar a los que emitieron la sentencia reenviada. Por ende, nada nos invita a pensar que aquellos que emitieron un laudo en un determinado sentido vayan a variar sustancialmente su apreciación del conflicto como para cambiar de criterio y resolver en contra del ganancioso en un primer laudo.

Por ello, es que el reenvió pierde sentido y vigencia en el arbitraje y no se utiliza en ninguna jurisdicción.

La nulidad de un laudo arbitral lo es por causales taxativas que indica la ley, básicamente de tipo procesal como violación

del debido proceso, laudar fuera del plazo, omitir resolver sobre algún punto sometido al arbitraje o resolver sobre puntos no sometidos al arbitraje; de modo que el fondo de la controversia no es objeto de conocimiento del recurso de nulidad.

Esa situación hace pensar que de acogerse un recurso de nulidad contra un laudo, se estaría – en la mayoría de las hipótesis- frente a una nulidad formal o procesal susceptible de reenvió conforme el criterio expuesto por la mayoría de la Sala Primera.

Por suerte de interpretación, el reenvió de laudos anulados vendría a cambiar la esencia misma de ese instituto, por lo que asistimos a una intromisión indebida de la Judicatura en el arbitraje, sin que esa mala práctica, venga a contribuir al fortalecimiento de esos procesos y la cultura arbitral.

**8. Segunda buena intención: todo proceso arbitral tiene un plazo para ser resuelto, entonces amplíemos judicialmente el plazo.**

Para solventar el problema que representa la nulidad que estipula la Ley por dictar el laudo fuera del plazo otorgado por las partes, se recurre a otra irregularidad: dar un plazo judicial para emitir el laudo, violentándose la máxima arbitral de que el proceso debe ser acorde con la voluntad de las partes y debe resolverse conforme al procedimiento que ellas han escogido.

La competencia de los árbitros esta limitada temporalmente al plazo que las partes hayan pactado, ya sea en su acuerdo arbitral o por referencia a un reglamento arbitral que

usualmente dispone de normas sobre el plazo que tiene el Tribunal Arbitral para pronunciar su laudo.

Es usual que ese plazo se agote días después de la emisión del laudo, por lo que cuando la Sala Primera decide reenviarlo, los árbitros carecen de competencia por expiración del plazo y entonces, judicialmente ordenan dar un plazo, sin que exista norma habilitante de esa conducta.

Las razones que se dan en la sentencia de comentario son:

*“VII. Interrogan los requirentes, de igual manera, sobre el fundamento jurídico positivo aquí otorgado para laudar nuevamente (ocho días). Al respecto es bien sabido que dentro del marco de discrecionalidad jurisdiccional operan los denominados plazos judiciales, que en tanto imprescindibles y razonable, entran a jugar en la esfera del procedimiento jurisdiccional o arbitral. Se trata ni más ni menos, que de un plazo nacido de la ponderación del juzgador, que como necesario además es suficiente, para que, una vez retrotraído el procedimiento a su etapa original previa a la invalidez procedimental, el órgano arbitral cuente con el plazo razonable para laudar, a partir de que los autos estén listos para ello. Hay una retroacción de los efectos, colocando al órgano encargado de juzgar, en posibilidad real y efectiva ( con el espacio temporal necesario) de enmendar su error y resolver el conflicto por el fondo.”*

De nuevo, es un plazo nacido del juzgador en ejercicio de un poder, del que carece por

ley, donde pondera (hace juicio de valor) sobre cuál sería el plazo temporal necesario para resolver el conflicto.

La autonomía de la voluntad como pilar fundacional del arbitraje, queda destruida por la intromisión judicial, que sin norma habilitante, ordena a los árbitros – vía el reenvío- que vuelvan a laudar enmendando lo que los jueces estatales consideraron como errores procesales y saltándose el principio de autonomía de la voluntad de las partes, dictan un plazo arbitrario a su buen entender.

Por eso, afirmamos que ese criterio judicial no es más que desviación de poder y un árbitro puesto a laudar de nuevo, debería avisarle a la Sala que él se debe a las partes y no al Juzgador, de modo que si las partes no le prorrogan el plazo para laudar, su labor ha concluido con la emisión del laudo.

Una resolución judicial, carente de fundamento normativo genera una práctica viciada de inconstitucionalidad, posibilita la recusación del pleno del Tribunal Arbitral y podría (debería) generar que los árbitros no acepten el encargo, que no es dado por las partes, sino por la judicatura.

El punto también fue objeto de pronunciamiento en estos términos:

*“VIII. El tercer lugar, se afirma que el tribunal arbitral ha perdido su competencia con la extinción del plazo fijado por las partes, lo que*

*consecuentemente produciría un laudo extemporáneo y por ende inválido. No procede el argumento. Como se ha dicho en el considerando anterior, el plazo concedido por esta Sala, habilita y extiende la competencia del tribunal arbitral para el ejercicio de su función última y esencial. No puede afirmarse de manera tajante, la fatalidad del plazo convenido para mantener la competencia, cuando existe un interés público y superior por parte del Estado para la resolución del conflicto desde la creación misma del arbitraje.”*

Ese considerando contiene la esencia del error judicial:

El arbitraje no tiende a resolver controversias de interés público, se trata de resolver conflictos privados, de materia patrimonial y de libre disposición por los particulares, conforme un procedimiento regido por la voluntad de las partes, no por la voluntad del Estado o de los Jueces del Estado.

De modo que ante conflictos de índole patrimonial y disponible por los particulares, el deber del Estado y sus Jueces es permitir que el proceso se desarrolle conforme los particulares lo han convenido, que se respete la autonomía de la voluntad y no interferir o intervenir más allá de lo que la propia normativa especial de arbitraje permite.

No puede más que concluirse que el reenvío y la ampliación del plazo para laudar reflejan una intromisión indebida, desmedida y carente de fundamento jurídico en el arbitraje.

## **9. Una solución posible: la interpretación legal armónica del arbitraje.**

A todo problema jurídico, debe buscarse la solución conforme a Derecho.

La nulidad de un laudo deja a las partes, que aun tienen el conflicto pendiente y sin solución, ante la opción de volver a un nuevo proceso arbitral, porque el acuerdo arbitral subsiste y obliga a acudir a ese medio de solución de controversias, a menos que, conjuntamente, decidan someter la disputa a la vía judicial o se presente una sumisión tácita.

Antes bien, si el problema que provocaría la eventual nulidad del laudo es subsanable de alguna manera, bien podría dejarse a las partes la opción de que soliciten al Tribunal Arbitral reabrir las actuaciones y tomar las medidas que juzguen pertinentes, conforme a la dinámica propia del procedimiento arbitral.

La Ley Modelo de la UNCITRAL<sup>23</sup> contiene una solución apegada a los fundamentos del arbitraje (respeto a la voluntad de las partes) y cuyo texto es idéntico al artículo 34.2.4 de la Ley No 8937 de Arbitraje Comercial Internacional vigente.

Indica el mencionado artículo 34.2.4:

*“ 4) El tribunal [ se refiere al judicial], cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.”*

Esa norma habilita al tribunal judicial estatal a suspender el trámite del recurso de nulidad y si es del caso, respetando el pedido de una de las partes, enviarlo al tribunal arbitral para que proceda conforme lo estime pertinente, bajo las reglas del procedimiento arbitral y sus principios.

Empero aunque esa norma aplica en nuestro país sólo para casos de arbitraje internacional, estamos convencidos que cabe su aplicación al arbitraje local por cuanto el párrafo final del artículo 39 de la Ley RAC dispone:

*“Las normas procesales de la legislación costarricense integrarán,*

<sup>23</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas. Nueva York. 2008, disponible en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

*en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral”*

Siendo que la ley de arbitraje internacional es la norma jurídica con relación directa a la materia arbitral y su procedimiento, es la que debe utilizarse primero por el intérprete, facilitando así una aplicación sistemática, armónica y respetuosa de la institución arbitral.<sup>24</sup>

### **Reflexiones finales:**

El arbitraje es un instrumento de valiosa utilidad para la comunidad empresarial y jurídica, como una alternativa real y efectiva de solucionar diferencias patrimoniales disponibles.

Para lograr un funcionamiento idóneo de ese instrumento, todos los actores del arbitraje deben comprender el rol que desempeñan. Las partes como principales interesadas deberían comportarse con buena fe y procurar que el proceso arbitral sea conducido de manera efectiva, sin dilaciones innecesarias y al menor costo posible.

Los árbitros deben ser expertos en el tema en disputa y deben tener la prudencia y buen juicio para conducir el proceso arbitral conforme la voluntad de las partes y las mejores prácticas.

Empero, esos ideales no siempre se cumplen. A veces no es posible designar al árbitro, o se hace necesario imponer medidas preventivas de cautela para asegurar el

resultado final del proceso arbitral, o se hace necesario el auxilio de alguien con autoridad para atraer pruebas.

El arbitraje no puede vivir aislado o separado del sistema judicial nacional que las partes y/o el tribunal arbitral han escogido como sede, porque finalmente, es evidente que los árbitros carecen de la autoridad o poder de hacer ejecutar sus decisiones coercitivamente y, es para esos supuestos específicamente regulados en la legislación, que el Juez estatal presta un servicio invaluable al sistema de solución de conflictos al facilitar el poder estatal para auxiliar y tutelar al proceso arbitral, que sin esa ayuda podría quedarse sin ninguna efectividad real y social.

La Judicatura cumplirá su misión en el sistema jurídico arbitral actuando con la prudencia y buen criterio que la especialidad de ese mecanismo alternativo de solución requiere.

Por ello, el criterio de mayoría de la Sala Primera en relación al tema del reenvío de laudos anulados, viene a crear una práctica ajena al proceso arbitral, donde un Poder del Estado es quien impone plazos y criterios al tribunal arbitral para que emita el laudo, obviando que la esencia del arbitraje está impregnada de la voluntad de las partes y que la práctica procesal judicial no es idéntica ni idónea de aplicar al arbitraje. Se impone un cambio de criterio hacia una armonización de la práctica arbitral.

## **EL ELEMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD DE SOBRESIMIENTO DEFINITIVO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE**

*Licenciada Clarita Picado Pomart  
Licenciado Javier Madrigal Navarro*

### **I. Aspectos Generales.**

La palabra “sobresimiento” proviene del latín *supercedere*, que significa “*desistir de la pretensión que se tenía*”. La sentencia de **sobresimiento definitivo** es una resolución judicial dictada por un juez de la etapa intermedia o de juicio que pone fin al proceso con carácter de cosa juzgada material, una vez que la misma adquiere firmeza, cuando faltan los requisitos taxativos que señala la ley para ameritar y justificar el ejercicio y la promoción de la acción penal hasta la etapa plenaria, en ausencia de un requerimiento fiscal acusatorio que pueda sostenerse por el ente acusador mediante una teoría del caso sólida y sostenible y que además, sólo puede ser solicitada después de llevada a cabo la declaración indagatoria del imputado. Sus efectos son el cierre irrevocable del procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dictó, impidiendo por ello una nueva persecución penal por el mismo hecho y cesando de inmediato las medidas cautelares impuestas (Cfr. artículo 313 del Código Procesal Penal). Esto tiene fundamento constitucional en el numeral 42 el cual contiene el principio de “*non bis in idem*” que a los efectos y para lo que nos interesa dice que “*...Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión*”.

Este artículo también contiene la prohibición de reabrir causas penales que ya han llegado a su final y procesos terminados con autoridad de cosa juzgada. Para nuestros efectos, la cosa juzgada la podemos encontrar en sus dos formas: formal cuando estamos ante la imposibilidad de impugnar una resolución recaída en proceso, y material, que consiste en la imposibilidad de examinar una nueva pretensión idéntica a la ya resuelta.

La sentencia que ordena el sobresimiento definitivo **durante el procedimiento preparatorio o intermedio**, puede ser apelada por quienes tengan legitimación para ello, por tratarse de una resolución que causa un gravamen irreparable, que pone fin a la acción penal o que imposibilita que la misma continúe de conformidad con el artículo 453 del Código Procesal Penal.

También procede el recurso de apelación de sentencia contra la resolución que dicta el sobresimiento **en la etapa de juicio** si ésta fue dictada por el Tribunal en el caso de que se haya producido una causa extintiva de la acción penal y no sea necesaria la celebración del debate para comprobarla (Cfr. artículos 340 y 459 del Código Procesal Penal).

Para obtener dicha resolución, el ente acusador o defensor deben alegar que la investigación no arrojó los suficientes

<sup>24</sup> Compartimos el criterio expuesto por el autor Mauricio Paris :” *Y es que, si bien el artículo 39 de la Ley RAC permite la integración del arbitraje con normas procesales de la legislación costarricense, no ordena que sea necesariamente con el Código Procesal Civil, motivo por el cual, al ser la Ley Modelo una ley procesal costarricense (por más que regule un arbitraje internacional), por ser una ley posterior y especial en materia de arbitraje y ante todo recoger las mejores prácticas en la materia, debe ser la Ley que por antonomasia integre el proceso arbitral doméstico en lo que la Ley RAC no regule, y sólo ante el silencio de ambas normas, debería echarse mano del Código Procesal Civil, pero limitado en lo que este resulte compatible con los principios del arbitraje*”; en “El Necesario Divorcio entre el Código Procesal Civil y el Arbitraje Comercial” en Revista Judicial No 109. Setiembre, 2013. Pág. 148, disponible en [http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/Revista%20109/PDFs/08\\_necesario\\_divorcio.pdf](http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/Revista%20109/PDFs/08_necesario_divorcio.pdf)

elementos de hecho o de derecho suficientes para que la misma pueda sostenerse eventualmente en juicio, siendo que le corresponderá al juez penal someter a su consideración la solicitud de sobreseimiento definitivo que interponga alguna de las partes procesales. Dicha solicitud puede ser escrita u oral y debe contener, por cuestiones de orden, claridad y precisión, al menos, ciertos requisitos importantes. Esta solicitud:

1. debe contener un encabezado que ubique al juzgador y demás interesados en la identificación de la causa y de las partes procesales que conforman el caso en concreto, apenas mencionando el inciso correspondiente del artículo 311 del Código Procesal Penal bajo el cual se desarrollará el sobreseimiento presentado;
2. la solicitud debe también contener una identificación completa y actualizada de (los) imputado(s) que han sido investigados por considerarse que tuvieron algún grado de autoría o participación delictiva en la investigación;
3. de seguido el requirente debe realizar una narración clara, precisa y circunstanciada de los hechos que se han investigado y que permitan comprender de parte de algún interesado el rumbo que el requirente consideró que dicha investigación llevaba, o al menos, hacia donde estuvo la investigación orientada;
4. a continuación debe de fundamentarse dicha solicitud de manera amplia explicando por qué la investigación debe sobreseerse, que elementos se deben tomar en cuenta para no permitir que el caso continúe hasta la

etapa plenaria, que elementos fácticos excluyen la responsabilidad penal en alguna de sus formas, o que medios de prueba no pudieron ser utilizados o hallados por alguna circunstancia que no permitiera su recolección oportuna. Esta fundamentación puede tener una explicación de derecho de fondo o sustantivo y una explicación referente al caso concreto que debe ser amplia en su argumentación, pues el sobreseimiento es una herramienta procesal que pone fin al proceso con cosa juzgada material, que no puede ser tomado a la ligera de un requirente incauto y que debe además solicitarse con los criterios de la sana crítica racional.

5. posteriormente, debe contener una pretensión procesal o petitoria adecuada a derecho, y de nuevo hacer referencia al artículo 311 de nuestro Código Procesal Penal mencionando de manera expresa y completa el inciso correspondiente.

El presente ensayo pretende ser una referencia práctica, desde el punto de vista de los autores, en el diseño y la redacción de las solicitudes de sobreseimiento definitivo acorde con el ordenamiento jurídico costarricense.

## **II. Causales del sobreseimiento definitivo.**

En Costa Rica, el sobreseimiento definitivo sólo procede cuando estamos ante alguna de las causales que señala el artículo 311 del Código Procesal Penal. Estos elementos estipulan la posibilidad del solicitante del sobreseimiento definitivo únicamente bajo estas cinco opciones, pues

responde a criterios taxativos que así ha sido expresamente dispuesto por nuestro legislador.

Debemos tomar en cuenta que el instrumento procesal del sobreseimiento definitivo es una herramienta magnífica para el ejercicio del derecho de defensa técnica y material (pues el mismo puede ser dictado de oficio cuando las circunstancias no hayan sido especificadas con precisión o cuando exista una causal de extinción de la acción penal), en razón de lo cual debe ser extensamente aprovechada. Sin embargo, la experiencia forense nos indica lo contrario: vemos a diario como las solicitudes de sobreseimiento son extrañamente solicitadas el Ministerio Público por las defensas pública y privada, o de como su solicitud se realiza de manera infundada o desarrollando erróneamente los preceptos jurídicos aplicables al caso concreto, quizá por el alto nivel técnico que exige el desarrollo y la fundamentación de la solicitud de un sobreseimiento definitivo, a pesar de que se crea que ello no es así.

Ahora bien: normalmente la teoría del delito ha sido considerada como una herramienta de imputación del derecho penal. La aplicabilidad que encuentra la teoría del delito respecto a la solicitud de un sobreseimiento definitivo permite al operador del derecho dedicarse a encontrar aquellas causas de exclusión de la responsabilidad penal que la misma teoría del delito expone con mucha eficacia. Si bien es cierto, al final todo es cuestión de prueba respecto a la probabilidad o certeza de realización de los hechos investigados, la exclusión de la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad a través de consideraciones técnicas son aspectos que requieren mucha dedicación y que nos

permite una mayor aplicación en las etapas preparativa e intermedia que en la fase de juicio, debido a los principios *pro libertatis* y la permisón de la analogía *in bonam partem* que nuestro ordenamiento jurídico autoriza.

Nos dice el artículo 311 del Código Procesal Penal vigente:

*“El sobreseimiento definitivo procederá cuando:*

- a) *El hecho denunciado no se realizó o no fue cometido por el imputado.*
- b) *El hecho no esté adecuado a una figura penal.*
- c) *Medie una causa de justificación o inculpabilidad.*
- d) *La acción penal se ha extinguido.*
- e) *A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio”.*

A continuación desarrollaremos brevemente algunos criterios bajo los cuales puede solicitarse el dictado de un sobreseimiento definitivo.

### **A. Solicitud del sobreseimiento definitivo cuando el hecho denunciado no se realizó o no fue cometido por el imputado.**

La primer causal de solicitud de sobreseimiento definitivo tiene una posición lógica y medular en cuanto a la procedencia de una investigación en la fase preliminar. Consiste básicamente, en permitirle al ente

acusador solicitar el cierre de la causa penal cuando de la investigación realizada se permite determinar que en definitiva, el hecho investigado se denunció falsamente, pues de la información dada en la denuncia se comprobó que los supuestos hechos delictivos no se realizaron, no se llevaron a cabo por la persona que presuntamente debía ser investigado a título de autoría o participación. Este tipo de resolución podría tener como efecto inmediato, no sólo el dictado de una resolución con efecto de cosa juzgada formal y luego material, sino que también podría ser el presupuesto inicial para el inicio de una investigación por el delito de denuncia calumniosa.

Esta causal también tiene entre sus presupuestos, cuando el hecho denunciado no fue cometido por el imputado. Como se comprenderá es de suma importancia para el órgano fiscal, en razón del principio de objetividad que debe regir en el ámbito de sus actuaciones, el hecho de poder terminar inmediatamente una investigación, cuando se determina inclusive, en razón del principio inquebrantable de inocencia, que el hecho denunciado no fue cometido por el imputado. Esta causal tiene total aplicación actual a nivel de los despachos fiscales. Sucede normalmente, que una denuncia se plantea en contra de una persona extranjera e indocumentada, con algún tiempo de vivir en nuestro país, que en el momento en que se inicia una investigación penal y es citada para recibir su declaración indagatoria, ofrece, como sus datos de identificación, el nombre y el número de cédula de un nacional. Como en nuestra época todavía no se cuenta con un sistema informatizado cruzado entre los países del Istmo Centroamericano, los funcionarios judiciales

de nuestro país, se dan cuenta del engaño al que han sido sometidos por la información falsa dada al inicio de la investigación por la persona detenida, hasta el momento en que dicha persona es requerida nuevamente para realizar algún tipo de diligencia judicial, siendo que es cuando llega la persona a la que verdaderamente le pertenece la identidad usurpada, cuando se conoce que la misma en razón de sus datos de identificación es sometida injustamente, al proceso penal por el cual fue requerida. Y es en este momento, en que es un deber ético y legal en el que, el ente acusador cuya representación para este caso recae en la persona del fiscal, debe de solicitar de inmediato, el dictado de una resolución de sobreseimiento definitivo a favor de dicha persona por falta de autoría o de participación criminal ante el hecho delictivo aludido y en virtud de que en ese momento el principio de culpabilidad protege su estatus de ciudadano inocente por cuanto es muy delicado seguir una investigación penal contra una persona que no ha tenido ningún tipo de nexo con el hecho investigado y porque la sola presencia de una persona como imputado en un proceso penal es de por sí, ya una pena adelantada por el sufrimiento que se le causa por ser requerido por los estrados judiciales en calidad de imputado. Dictado el sobreseimiento definitivo se debe de continuar la investigación contra la persona que realizó el hecho delictivo, situación verdaderamente dificultosa por la falta de elementos de su localización ante el requerimiento judicial. Por supuesto que no sólo este supuesto cabe dentro de este inciso a) del artículo 311 sino todos aquéllos en los cuales se logra comprobar que no fue la persona del imputado de la causa quien cometió el hecho que se esgrime bajo esta causal.

## **B. Solicitud del sobreseimiento definitivo cuando el hecho no esté adecuado a una figura penal.**

Junto con la falta de prueba, esta es la causal más utilizada para requerir el dictado de un sobreseimiento definitivo. Básicamente este supuesto nos indica que el sobreseimiento puede ser solicitado cuando estemos en presencia de una causa de atipicidad, de acuerdo a la moderna teoría del delito y a los más altos estándares en la aplicación y protección de las garantías y de los derechos fundamentales, como por ejemplo, en la materia que se refiere a las normas penales en blanco o a los tipos penales abiertos. Esto quiere decir que se puede solicitar el sobreseimiento frente a la imposibilidad de subsumir la conducta dentro del tipo penal cuyo mandato debe ser respetado. Para nuestros efectos, la subsunción es el proceso mediante el cual, una conducta humana tiene que trascender, con criterios objetivo-normativos, desde su esfera ontológica hasta su cuadratura a la norma penal, para luego descender al tipo penal previamente establecido por el principio de reserva legal, a la luz de la prueba obtenida hasta ese momento, con el objetivo pretendido de alcanzar, al menos, una verdad formal, de conformidad con los elementos del tipo penal utilizado como molde de adecuación de la conducta esgrimida.

Podemos considerar que los casos más comunes en que podemos invocar este supuesto en la solicitud de un sobreseimiento definitivo son los siguientes:

1. *Cuando falte una conducta humana activa u omisiva, que contenga los elementos*

*finales y normativos que contienen la ley y que ha tratado la jurisprudencia, por ejemplo, no puede considerarse bajo un supuesto de lesiones, las causadas por un animal de cuidado o las que se originaron por ejemplo, cuando dentro de un almacén de electrodomésticos un refrigerador pesado cae encima del ofendido, acción dentro de la cual la misma víctima interviene moviendo el refrigerador.*

2. *Sobre el caso de la lesión al bien jurídico tutelado como resultado de la acción consciente y dirigida de una persona con capacidad de actuar según el ordenamiento jurídico penal.* Respecto a esta causal debemos hacer cuatro acotaciones. En primer lugar, debemos aclarar que el análisis de la lesión al bien jurídico tutelado se realiza a nivel de la antijuridicidad material y no a nivel de la tipicidad, como la mayoría de autores latinoamericanos lo realizan. Si aceptamos que a nivel de la tipicidad podría comenzar a realizarse un análisis indiciario sobre el tema del bien jurídico tutelado por ser la norma penal la indicadora del delito que debemos subsumir en virtud del abordaje inicial que debe realizar el operador del derecho y en razón de ello es que nos referimos aquí sobre este tema. En segundo lugar, consideramos que no puede existir una solicitud de sobreseimiento por existir una lesión leve al bien jurídico tutelado, esto debido a que en la actualidad existe un mecanismo de tamizaje de denuncias en el Ministerio Público que le permite al mismo la no recepción de conductas que son atípicas o que pueden ser resueltas a través de otros mecanismos del derecho en virtud del principio de

ultima ratio del derecho penal. De pasar la causa de ínfima lesión el filtro del tamizaje de la denuncia, la misma debe ser desestimada en virtud del artículo 282 del Código Procesal Penal que prevé como causal de desestimación “cuando el hecho no constituya delito” dentro del cual podría preverse el supuesto de atipicidad de la conducta, esto por cuanto si se permitiera que el juez de oficio procediera con el dictado de un sobreseimiento definitivo por insignificancia a nivel de atipicidad, se comenzarían a dar violaciones groseras a los derechos de las víctimas, situación que ha querido evitarse con la aplicación del criterio de oportunidad mencionado. En tercer lugar, el mecanismo correcto para el dictado de un sobreseimiento por bagatela lo es a través del instituto del criterio de oportunidad en su artículo 22 inciso a) que admite dicha solicitud cuando se trata de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o partícipe, o con exigua contribución de este, **salvo** que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. En cuarto lugar, no alcanza el tema de la mínima lesión al bien jurídico tutelado para realizar un juicio sobre la culpabilidad del imputado porque el disvalor del resultado no es lo único a tener presente en el análisis del caso concreto en virtud del concepto personal de lo injusto, como lo son los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento referidos al disvalor de la acción. Partimos para llegar a estas consideraciones, del

respeto al rol que desempeñan los diferentes sujetos procesales dentro de un proceso acusatorio y en observancia del deber de objetividad que revisten las actuaciones del Ministerio Público, en aras de la observancia y el logro de un verdadero contradictorio.

3. *Cuando estemos ante una causal de exclusión de la causalidad y de la imputación objetiva, en los delitos dolosos y culposos de resultado.* Recordemos que la teoría de la imputación objetiva se utiliza en la persona que tiene, para el caso concreto, el dominio del hecho. El tema de la imputación objetiva, que ha sido vista como un instrumento de imputación muy fuerte en los foros nacionales y extranjeros, se ha transformado, a nivel de la etapa preparatoria e intermedia, en un medio muy eficaz y eficiente para el dictado de un sobreseimiento definitivo, no solamente en delitos culposos como lo ha pretendido la jurisprudencia, sino también en el caso de delitos dolosos de resultado. Y esto en virtud del principio *pro libertatis* constitucional que le permite al operador jurídico realizar interpretaciones restrictivas con las disposiciones legales que coarten la libertad de las personas, así como de la permisión de la analogía *in bonam partem* que se debe realizar en las solicitudes de sobreseimiento definitivo a favor de los derechos del imputado por el Ministerio Público. No vamos a hacer referencia a cada una de las teorías y criterios de la imputación objetiva en este espacio, pero sí es importante recordar que el fiscal debe recordar que, para el dictado de un sobreseimiento definitivo por atipicidad puede echar mano, al menos, de los siguientes criterios: la teoría de

la igualdad de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada, los correctivos del dolo y la culpa, el fin de protección de la norma, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que el riesgo se realice en el resultado, la disminución o sustitución del riesgo, el principio de confianza en los delitos culposos, la libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima, la autorresponsable intervención de un tercero y la prohibición de regreso, entre otros.

4. *Cuando falte alguno de los elementos descriptivos* (referidos a términos cuyo significado debe interpretarse de conformidad con el lenguaje común p.e.: «persona» en el artículo 111 del Código Penal, donde se refiere un ser humano como lo entiende cualquiera, ya en un contexto estrictamente jurídico, ya en una conversación ajena al derecho, no se trata de una persona moral o jurídica como una sociedad mercantil o una asociación)), *normativos* (referido a términos pertenecientes al lenguaje técnico de un arte, dogma o ciencia p.e.: «cosa mueble» en el artículo 208 *del Código Penal*, es cualquier objeto material susceptible de ser trasladado de un lugar a otro [v.gr. un cheque, un bolígrafo, un anillo, un perro, etc.], no se trata del concepto vernacular restringido a algunos bienes de uso doméstico como sillones o camas) y también los *elementos personales constitutivos de la infracción punible* (como las calidades, circunstancias y relaciones del tipo penal; con respecto a las «calidades» tenemos como ejemplo el «funcionario público», en el artículo 179 *del Código Penal*), como ejemplo de «relaciones» tenemos el de «manceba

o concubinario», según el artículo 112.1 *del Código Penal*) y como ejemplo de «circunstancias» tenemos el siguiente: «si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores», en el artículo 112.1 *del Código Penal*), esto según la sentencia 446-F-92 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. También cuando estemos en presencia de un error de tipo vencible o invencible (artículo 34 del Código Penal) en cuyo caso entraríamos a analizar también la existencia de un *aberratio ictus* (se refiere al caso en el que debido a una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel al que el sujeto quería alcanzar), *un error en el nexa causal* (cuando desde el punto de vista del autor el desarrollo del suceso es totalmente diferente del que pensó a realizar su actuar delictivo), un error *in persona* o *in objecto* (que dan lugar a supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se trate de objetos no equivalentes: el que golpea a un maniquí creyendo que es una persona, el que dispara contra una persona creyendo que es un animal, etc. La equivalencia no es material sino jurídica, siendo posible que la no equivalencia elimine la tipicidad objetiva, como en el caso del que se apodera de la cosa propia creyendo que era ajena) o lo referente al tema del *dolus generalis* (el cual es un error sobre la causalidad en que el autor cree haber alcanzado el resultado, pero en realidad este sobreviene dentro del curso causal con posterioridad. Se trata de aquellos casos en que el autor cree haber consumado ya el delito que quería realizar pero que en realidad no ha logrado completar todavía, pues la consumación del delito ocurre

posteriormente cuando el autor lleva a cabo una acción nueva e independiente a la anterior en la que ignora que con esa última acción está consumando el delito. Ejemplos de manual son los siguientes: a) cuando un sujeto quiere matar a otro de un golpe en la cabeza, y una vez creyéndolo muerto lo desboca en un accidentado precipicio para ocultar con ello el homicidio, momento en el cual el sujeto que no murió del golpe muere por los fuertes impactos de su desplome. b) cuando el autor luego de haber asfixiado a su víctima y daría por muerte, la tira de un puente donde la misma muere ahogada. c) cuando el autor luego de haberle dado ácido fórmico a su víctima, hace que lo muerda una terciopelo para simular el envenenamiento, cuando en realidad es el veneno de esta serpiente quien lo mata) que incide directamente en la imputación de la conducta descrita en el tipo penal, o también cuando se verifique un error de prohibición indirecto vencible o invencible (Cfr. artículo 35 párrafo 2) del Código Penal);

5. *Cuando falten los elementos constitutivos del tipo subjetivo (dolo) en alguna de sus manifestaciones.* Con respecto al aspecto subjetivo, el agente activo no comete el delito cuando no entendió cuál fue la acción que realizó, esto es, saber que la acción reunía los elementos objetivos del tipo penal, o cuando no quería realizar el acto ni aceptar el resultado en el caso de los delitos dolosos. Dentro del derecho penal moderno podemos distinguir dos corrientes en la concepción de lo ilícito. Para la concepción causal, lo ilícito consiste en la lesión de un bien jurídico causada por un comportamiento; los elementos personales del comportamiento, sin embargo, no entran

en consideración en el momento de valorar la ilicitud; es decir, demostrada la lesión del bien jurídico causada por un movimiento corporal, la cuestión de si el autor quiso lo que realizó o si lo hizo sin querer, pero infringiendo su deber de diligencia, no entran en consideración en el momento de investigar la ilicitud. Por otra parte, el concepto personal de lo ilícito se fundamenta en la necesidad de que el hecho ilícito, como hecho social, se diferencie de los meros sucesos naturales explicables por la causalidad. La conducta humana que puede generar lo ilícito se debe caracterizar por llevar en sí los elementos que permitan afirmar su contradicción con el ordenamiento jurídico al causar un daño social. En consecuencia, la demostración de la causalidad del daño al bien jurídico tutelado es insuficiente. La teoría del delito requiere que se tomen en consideración elementos que pertenecen a la persona que realiza la acción. Para la teoría de la acción final esos elementos son la dirección de la acción a un fin prohibido (el dolo) en los delitos dolosos y la infracción del deber de cuidado en los delitos culposos. Desde otros puntos de vista se entiende que entre estos elementos personales deben incluirse también en materia delictual, la consideración de la conciencia de la antijuricidad, aunque hay variedades, naturalmente en la forma de concebir este elemento. En otras palabras, el carácter personal de lo ilícito en los delitos dolosos para la teoría finalista de la acción depende de que el concepto de ilícito tenga por objeto, además del aspecto objetivo del comportamiento, el dolo como conocimiento y voluntad de la conducta realizada con respecto al delito

imputado. De esta manera, el concepto personal de lo ilícito nació como un concepto de dos vertientes, pues junto a la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado), se incluyen también los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (disvalor de la acción). En la actualidad hay una fuerte corriente que estima que, en verdad, el concepto personal de lo ilícito debería agotarse en el disvalor de acción ya que el disvalor del resultado no es necesario.

6. *Cuando falten los elementos subjetivos del injusto, referente a las finalidades o tendencias que sirven para tipificar el hecho.* Aquí analizamos el tema de las ultrafinalidades que contienen algunos tipos penales, como un “para”, “con el fin de”, “con el propósito de”, dando lugar a los tipos penales de intención, como en el delito de estafa del artículo 216 del Código Penal, que contiene el elemento “con el propósito de obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero”. Otro ejemplo lo sería el caso del fraude de simulación que requiere el tener que ser realizado “para obtener cualquier beneficio indebido”. Tenemos también, dentro de esta categoría, los delitos de tendencia que contienen una expresión particular de la voluntad de la acción, como por ejemplo, el homicidio calificado en su artículo 112 inciso 5) cuando la acción se da con “alevosía” o “ensañamiento”; también los delitos sexuales en los cuales se tiene la tendencia de satisfacer un fin libidinoso, que deja de serlo, por ejemplo, cuando la mujer es examinada por un médico ginecólogo. En cada caso en concreto, debe el fiscal cerciorarse de la presencia de estas ultrafinalidades o

tendencias en el delito que se investiga, en razón de lo cual, ante la falta de su comprobación, puede solicitarse el sobreseimiento definitivo.

7. En los delitos culposos, la tipicidad se excluye cuando no se puede demostrar la falta objetiva al deber de cuidado, o cuando se violen los criterios de la imputación objetiva (como el principio de confianza) y de acuerdo a la teoría del criterio único de autor. Es de elemental importancia comprender que la no demostración de la falta objetiva al deber de cuidado, de la necesaria demostración del nexo causal, de la correcta descripción del resultado dañoso previsible o evitable, de la falta de previsibilidad o conocimiento potencial requerido en este tipo de delitos o de la falta de aceptación de los medios contrarios a derecho de parte del agente activo pueden incidir positivamente en la conciencia del fiscal para solicitar el dictado de un sobreseimiento definitivo. También es importante anotar que en los delitos culposos, en los casos de la libre y responsable autolesión y puesta en peligro, libre y voluntaria de la víctima (que atribuye a cada uno la responsabilidad de su propio comportamiento, y para el cual debemos de examinar la autopuesta o heteropuesta en peligro suscitada y la competencia por organización en los casos de la omisión impropia de Jakobs, debido a que el tema de la imputación objetiva responde a criterios normativos, y por supuesto el consentimiento de la víctima), o en los casos de la auto-responsable intervención de un tercero en la producción del resultado delictivo, no elimina la responsabilidad del imputado, esto de conformidad con la teoría del criterio unitario de autor en los delitos

culposos, según la cual, ni la participación ni la coautoría, caben en los delitos culposos, por lo que la concurrencia de personas que, culposamente, contribuyan a producir el resultado, las convierte en autoras, aun cuando la magnitud del aporte de cada una, amerite ser considerado para determinar la pena en su favor y de acuerdo a sus capacidades y conocimientos especiales (Sala Tercera, votos número 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero de 2000 y número 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre de 2004). Además debemos tener en cuenta que no existe en Derecho Penal el tema de la concurrencia de culpas, más sí en el Derecho Civil, en primer lugar porque el tema de la responsabilidad derivada de la imputación de la conducta delictiva no responde a criterios científicos-vectoriales ni causalistas solamente, sino que responde a criterios finales-normativos propios de la teoría de la igualdad de condiciones utilizadas en derecho penal y no de la teoría de la causalidad adecuada del derecho civil, y en segundo lugar porque en derecho penal no existe ni la co-autoría ni la participación culposa.

### **C. Solicitud del sobreseimiento definitivo cuando medie una causa de justificación o inculpabilidad.**

Con relación a la solicitud del sobreseimiento definitivo basado en una **causa de justificación** el solicitante, principalmente en tratándose del representante del Ministerio Público, debe estimar y valorar la posibilidad, haciendo una adecuada y ética ponderación de intereses, de que al pedir

dicho sobreseimiento basado en esta causal, podría faltarse al principio de una tutela judicial efectiva. Piénsese por ejemplo, en el caso de una legítima defensa con resultado muerte: la información brindada al juez de la etapa intermedia sería básicamente la descrita en la solicitud escrita, que vendría a limitar el conocimiento del juez de aspectos medulares en la resolución del caso, a la luz de los principios de oralidad e intermediación de la prueba; ello podría privar al juez de, por ejemplo, una declaración testimonial que viniera a exponer una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable lo que podría venir a atenuar una sanción en vez de justificarla. O pensemos también en un caso de provocación suficiente, que aunque no es un requisito tipificado en el artículo 28 del Código Penal como presupuesto de la legítima defensa, se vendría a poner en tela de juicio la legitimación procesal del individuo que venga a alegar una legítima defensa en su favor, y que está por demás decir, son casos excepcionalísimos. Como vemos, aunque el ente fiscal esté seguro de su petición de sobreseimiento definitivo, la práctica forense podría ofrecerle al sistema una constelación inmensa de posibilidades que ni siquiera el profesional más versado en ciencias penales podría con entereza prever, pues esta es la naturaleza de la diversidad de las conductas humanas. Sin embargo, podríamos dejar dicho criterio en aplicación de casos no tan graves donde los derechos de las víctimas y de los imputados, no hayan sido transgredidos de una manera desproporcional e inhumana, como lo podrían ser casos sencillos de estado de necesidad, el consentimiento del derecho habiente, el cumplimiento de la ley y de la misma legítima defensa de derechos que graviten en temas referentes a la propiedad u otros bienes jurídicos fácilmente indemnizables, que no se

traten de casos límite. Recordemos que en el caso del consentimiento del derecho habiente, cuando el mismo no fue otorgado por su titular, y el consentimiento se encuentra dentro del tipo como parte de uno de sus elementos del tipo objetivo, el tema debe entrar a analizarse no como una causa de justificación sino como un caso de atipicidad.

Procedería entonces una solicitud de sobreseimiento definitivo, en aquéllos casos en que se encontró que el imputado desplegó su actuar delictivo cuando existió una causal de justificación legal o suprallegal (cuya fuente sea la doctrina, la costumbre o la jurisprudencia) que justificara su conducta, misma que no resulta reprochable aunque haya lesionado el bien jurídico protegido por la norma penal.

Existen causas de justificación suprallegales que, básicamente tienen tres fuentes:

1. *Derecho consuetudinario*: hay costumbres que implican derogatorias legales, sobre todo provenientes del derecho civil y penal, por ejemplo, el caso de la madre que como castigo le ordena al hijo encerrarse en el cuarto y de prohibirle salir para ejercer la diversión con sus amigos, no es una privación de libertad. También se reconoce la permisión de un castigo moderado sobre un hijo, pues el artículo 389 inciso 1) sólo prohíbe los castigos inmoderados que llevan a cabo los padres de familia, tutores o guardadores, que por costumbre así ha sido aceptado socialmente. Otra costumbre importante es el paso a través de fincas, predios o lotes vecinos, cercados, demarcados, que no se traducen en un delito de Violación de domicilio ni en una contravención de Entrada sin permiso a terreno ajeno, por

cuanto no afectan el ámbito de intimidad ni perjudican la inviolabilidad del terreno sobre el permiso que su dueño pueda dar.

2. *La doctrina*: que es el caso, por ejemplo, de la colisión de deberes no regulado legalmente hasta el momento. Otro ejemplo podría ser el caso del respirador otorgado a la primera persona que lo requirió y que lo usa, siendo que se escoge a una persona sobre otra, a pesar del deber de tener que brindarle el servicio a ambas. También podría servirnos de ejemplo el caso del vecino que apaga el incendio en la casa del vecino que se encuentra de vacaciones, el cual ocupó entrar a vivienda ajena sin el permiso del mismo, o para cerrar la llave de paso del agua para que la misma no inunde la casa. En este caso depende de los ejemplos razonados y bien fundamentados que hayan sido analizados por la doctrina o que permitan llegar a una solución mediante la aplicación del derecho penal internacional y de derechos humanos.
3. *La jurisprudencia*: en este sentido se debe de tener en cuenta que en nuestro país sólo la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante, y cuando el criterio jurisprudencial cambia, es la última interpretación la que se debe tener como la posición correcta o vinculante. Ejemplo de este tipo de causas de justificación es el 30% de margen de error de las pruebas de aliento de un alcohosensor alegado a favor del imputado en los casos de conducción temeraria. Otro caso lo es el análisis de la voluntad que da la menor de edad al momento de mantener una relación sexual con un mayor de edad y que debe

ponderarse en el delito de Relaciones sexuales con persona menor de edad. Si debe considerarse que quien se atiene a la jurisprudencia existente en el momento de los hechos y actúa, y luego su proceder es declarado como ilegal, podría alegar un error de prohibición de conformidad con el artículo 35 del Código Penal, situación que es diferente a la de una causa de justificación, pudiendo alegar un error invencible que elimina la culpabilidad.

Con respecto a **una causa de inculpabilidad** para el fundamento de una solicitud de sobreseimiento definitivo, el solicitante debe tener en cuenta que con respecto a los problemas de las enfermedades mentales y de los trastornos mentales transitorios, la situación debe ser analizada bajo la perspectiva del procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad, en virtud de la inimputabilidad del acusado, razón por la cual estas situaciones no pueden resolverse en la etapa preparatoria o intermedia a través del instituto del sobreseimiento.

Por otro lado el tema del conocimiento de la ilicitud se concibe como la conciencia de que se actúa contra lo establecido por el ordenamiento jurídico, siendo que se excluye por un error de prohibición directo (artículo 35 Código Penal) cuyo contenido es la ignorancia del carácter delictivo de lo que se hace, siempre y cuando el mismo sea invencible, pues dicho error de prohibición directo e invencible vendría a eliminar la culpabilidad en su totalidad, o a atenuar la sanción si el mismo fuese vencible. En igual medida, podría solicitarse el dictado de un sobreseimiento definitivo cuando la exigibilidad de actuar conforme a derecho se

excluya por la inexigibilidad o no exigibilidad de otra conducta originada en la coacción a amenaza de un mal actual grave en la persona del sujeto activo (artículo 38 Código Penal), situación que también vendría a excluir el estadio de la culpabilidad. Sin embargo, a todas luces, por el principio de prueba del daño y por la responsabilidad civil que surge de la comprobación del solo injusto penal, dicha causal de solicitud del sobreseimiento definitivo no es muy utilizada pues la misma no motiva al operador jurídico en la misma medida que cualquier otra causal de exclusión de la responsabilidad penal, debido a la posibilidad de obtener una condena civil en la misma vía penal o en la correspondiente vía civil mediante el instrumento de la acción civil resarcitoria.

No podríamos entonces, tomar en cuenta algunas causas de exculpación o causas de exclusión de responsabilidad, como lo serían los casos de exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante por no poder medir las razones por las cuales, basados en meras valoraciones, el agente sacrificó un bien menor por un bien de mayor jerarquía y también por tratarse de casos de culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de la culpabilidad. Tampoco en el caso de la no punibilidad entre parientes pues sería en la etapa plenaria la fase en la cual el ofendido decide ejercer dicho derecho en favor del imputado, y tampoco el caso de la obediencia debida que debe cumplir con tres requisitos pues sería cuestión de mera prueba en el debate la demostración de que la orden dimanó de una autoridad competente para expedirla y que además estaba en ese momento revestida de los cánones

legales objetivos y subjetivos exigidos por ley; además debe demostrarse en este caso que el agente estuvo jerárquicamente subordinado a quien expidió la orden y que además la orden no revistió el carácter de una evidente infracción punible, es decir, se debe demostrar la no culpabilidad del que actúa en virtud de una obediencia debida de conformidad con lo instituido en el artículo 36 del Código Penal, situación de la cual solamente no se pide su demostración en los regímenes dictatoriales, como lo fue el caso de los antiguos estados fascistas o del mismo nacionalsocialismo. Tampoco podría solicitarse en virtud de un miedo insuperable, debido a que sería en la fase de juicio, a la luz otra vez de los principios de oralidad e inmediatez de la prueba en donde debería someterse al escrutinio del juez, para que el mismo analice la procedencia de una atenuación de la pena o hasta de una causal de exclusión de la punibilidad de conformidad con nuestro artículo 29 del Código Penal, como anteriormente se dijo.

#### ***D. Solicitud del sobreseimiento definitivo cuando la acción penal se ha extinguido.***

De conformidad con el artículo 30 del Código Procesal Penal, procede la solicitud y el dictado de un sobreseimiento definitivo cuando imputado de la causa haya fallecido, si se tratase de coautores y partícipes procede contra la persona fallecida y se realiza un testimonio de piezas para todos los demás implicados. Procede también con el desistimiento de la querrela y con el pago del máximo previsto para la pena del multa realizado antes del juicio oral. También, con la aplicación de un criterio de oportunidad,

cuando la causa haya prescrito, con el cumplimiento de la suspensión del proceso a prueba sin que esta sea revocada, con el otorgamiento del indulto o la amnistía. Asimismo procede con la revocatoria de la instancia privada en los delitos de acción pública a instancia privada, con la muerte del ofendido cuando la misma no es continuada por sus herederos. También con el cumplimiento de la conciliación, la reparación integral del daño o de la suspensión del proceso a prueba, una vez que ha sido verificado dicho cumplimiento por el juez de garantías. Asimismo, se sobresee la causa por el incumplimiento de los plazos máximos de la investigación preparatoria de acuerdo con el procedimiento para el control de la duración del proceso (Cfr. artículos 171 al 174 del Código Procesal Penal), así como cuando no se ha reabierto la investigación dentro del plazo de un año en virtud del dictado de un sobreseimiento provisional.

#### ***E. Solicitud del sobreseimiento definitivo cuando a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio.***

Esta causal se refiere básicamente a la imposibilidad del ente acusador de obtener e incorporar nueva prueba que permita seguir con la imputación de la acción delictiva que el proceso penal amerita y que le permita sostener en juicio su teoría del caso. Recordemos que el tema de la falta de

prueba significa la carencia de los distintos medios, llevados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales exigidos y que contienen los motivos o razones suficientes, para llevar al funcionario judicial al convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso; es decir, cuando afirmamos que no existe prueba suficiente para requerir fundadamente la apertura a juicio queremos significar que faltan las razones o motivos suficientes que confluyan para formar la convicción judicial.

Se trataría entonces, de aquéllos casos en que faltan en la especie esos datos o elementos objetivos que puedan servir al descubrimiento de la verdad, en relación con los hechos que se investigan; siendo, en ese sentido que se requiere de medios suficientes que produzcan un conocimiento cierto o probable acerca del *thema probandum*, pues es requisito fundamental contar con esa fuente de motivos que nos suministren ese conocimiento requerido para comprobar, al menos a un nivel formal, que el hecho se realizó.

La prueba, en su acepción más genérica y puramente lógica quiere decir a un mismo tiempo todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de sus orígenes, significa la fuente de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una condición subjetiva y la segunda objetiva. Cabe resaltar entonces que prueba, puede ser cualquier objeto o dato del que se pueda obtener algún conocimiento acerca de los extremos de la imputación penal; insistimos pues en que se trataría del medio mediante el cual se traslada al juez el conocimiento necesario.

La prueba en el proceso penal es pues, en principio y entendida de forma amplia, el medio mediante el cual se traslada al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que le ha sido representada a su conocimiento. Comprende la labor de trasladar al juzgador el conocimiento de los hechos del caso, como parte esencial de la función de juzgar.

Ahora bien, con respecto a sus diferentes acepciones, el elemento de prueba se conceptúa específicamente con el dato objetivo que se incorpora al proceso y tiene la capacidad de producir en el juzgador un conocimiento acerca de los hechos y circunstancias que se están juzgando dentro del proceso penal. El medio de prueba hace referencia al procedimiento regulado por la ley para obtener el ingreso al proceso de elementos de prueba concretos como lo serían la regulación de los testimonios, peritajes reconstrucciones de hechos, etc. El objeto de la prueba, que resulta ser aquello sobre lo cual debe o pueden atraerse al proceso elementos probatorios, valga decir, se refiere a la temática de la prueba.

En la doctrina se reconoce que objeto de prueba pueden ser una diversidad de puntos, hechos naturales, actos humanos, calidad de las personas o cosas, etc, dada la amplitud de los hechos y circunstancias de un caso concreto. Por último, el llamado órgano de prueba, hace referencia al sujeto que porta o conoce un elemento de prueba haya sido adquirido de forma accidental o bien por haberse ordenado así como sucede con los peritos (Mora Mora (Luis Paulino), Investigación y Prueba en el proceso penal, Madrid, editorial Colex, primera edición, año 2006, p. 83).

Para que la prueba pueda ser recibida en juicio debe haberse conseguido de acuerdo

a términos o límites constitucionales que no vengán a transgredir de alguna forma el debido proceso. En razón de ello se han desarrollado varias teorías con respecto al modo en que se obtiene la prueba, y son las siguientes:

1. *La teoría del fruto del árbol envenenado:* teoría que expone claramente que todas las pruebas obtenidas como consecuencia del acto nulo, lo son también porque implican los frutos de la violación constitucional.
2. *Prueba directa:* es la obtenida directamente tras la violación de un derecho fundamental, por lo que es nula de raíz y abre paso a posibles responsabilidades de particulares, policías y jueces.
3. *Prueba refleja:* son los medios de prueba obtenidos lícitamente, aunque derivados de un acto contrario a los derechos fundamentales (Martínez García, (Elena), Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52).

Ahora bien, como excepciones a la prueba refleja en nuestro país se han aceptado las siguientes:

- a. *Teoría de la fuente independiente:* señala la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas de un acto violatorio de los derechos fundamentales pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, por lo cual la prueba es válida;
- b. *Teoría del hallazgo inevitable:* según la cual, tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita;

c. *Teoría del nexa causal atenuado:* se trata de datos inculpatarios, en cierta medida conectados, pero que surgen de manera natural y automática;

d. *Teoría de la buena fe:* permite valorar como válidas las pruebas ilícitas producidas por quien creía erróneamente y de buena fe que lo que hacía se encontraba dentro de lo permitido por ley;

e. *Teoría o doctrina de la supresión hipotética:* según la cual, se mantiene la decisión cuestionada del juez si, una vez que se ha suprimido mentalmente dicha prueba, existen otras pruebas independientes de la contaminada que mantienen la decisión del juez incólume;

f. *Teoría o doctrina del "Plain View":* según la cual, resulta válida la prueba que se obtiene de una actuación policial transparente, cuando los elementos inesperadamente se encontraran a plena vista, o si se ha tropezado con ellos durante un registro, a tal punto que resulta absurdo exigirle a las autoridades "cerrar los ojos ante lo evidente" (en este sentido ver Campos Calderón, (Federico), Las prohibiciones probatorias, las reglas de la exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones en el proceso penal, En: AUTORES VARIOS, Derecho Procesal Penal Costarricense, II Tomo, p. 1051-1108. En sentido similar ver Armijo, (Gilbert), Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, 1997).

Si consideramos importante anotar que para el caso de las excepciones a la prueba refleja, el fiscal se ve limitado, según el caso concreto, en solicitar un sobreseimiento definitivo utilizando dichos criterios, cuando

los elementos del *thema probandum* deben ser sometidos a la contradicción (en líneas de examen y contraexamen) y a la inmediatez de los jueces, donde no solamente se analizan otros temas de fondo en relación al caso concreto, sino que también son aspectos a los que el juez de garantías no tiene acceso como si lo tienen los Tribunales de Juicio (p.e. Testimonios de víctimas y testigos).

En razón de lo anterior, la prueba no podrá ser valorada en juicio si resulta notoria y evidente su causa espuria, en razón de la cual se puede solicitar el dictado de un sobreseimiento por falta de prueba, siempre que no exista otro tipo de prueba de la cual el ente acusador pueda sustentar su teoría del caso.

### **III. El diseño del elemento fáctico del sobreseimiento definitivo.**

La importancia en la discusión del tema sobre los elementos fácticos de la solicitud del sobreseimiento definitivo radica en que de acuerdo a la claridad, la precisión y la circunstanciación con que hayan sido diseñada la relación de hechos, de igual manera ello influenciará sobre la manera en que el juzgador reciba la información y le pueda permitir abrir su comprensión frente al suceso que esté siendo sometido a su conocimiento, al igual que con la pieza acusatoria. Pero la solicitud de sobreseimiento va más allá, porque si de la relación fáctica se revela aún más datos de los requeridos para la subsunción de uno de los supuestos referidos del 311 del Código Procesal Penal, estaríamos frente a un caso de desbordamiento en la causal por la cual se fundamenta el sobreseimiento, lo cual, sin duda alguna, calará profundo en la manera en

que el juzgador tome la decisión de sobreseer el expediente con carácter de cosa juzgada material hasta que la sentencia quede en firme.

Recordemos que el concepto analítico del delito partiendo de una adecuada relación de hechos, tiene como finalidad principal la de facilitar el desenvolvimiento de la norma penal en la aplicación del Derecho, partiendo de una adecuada subsunción lógica de los hechos en los respectivos estadios de valoración de la teoría del delito: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, otorgando con este ejercicio sistematizador la garantía de certeza jurídica, orientando al a-quo en la pesquisa y comprobación de la existencia de cada uno de sus elementos como manifestación, ésta de un derecho penal liberal y garantista que se dirige a la aplicación igualitaria de las normas penales. Esto es muy importante, porque recordemos que el derecho penal debe garantizar la aplicación de los derechos fundamentales en favor del imputado cuando el Leviatán de Hobbes levanta su mano acusadora y mueve toda la maquinaria estatal para investigar el hecho del cual se solicita su investigación.

Esto tiene como fin superar el concepto tradicional del *Tatbestand* alemán que no hacía otra cosa que reflejar la influencia civilista del hecho jurídico, entendido este como un acontecimiento productor de efectos jurídicos. Para el Derecho Penal, el hecho es acción, una conducta humana dirigida a una finalidad querida por el agente activo, que provoca una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico tutelado.

Si bien se ha hablado vagamente en cuanto a que la teoría de la acción no es más que un cierto conjunto de falacias que vienen a afectar la concepción epistemológica de

la teoría del delito en su conjunto, bipartita o tripartita, como se prefiera, nosotros adoptamos el criterio de que la teoría de la acción es una teoría del conocimiento y metodológica todavía en construcción y evolución, debido a que es imposible para el ser humano conocer todas las leyes de la causalidad (científicas y dogmáticas).

Por ello, es importante, que aunque la relación de hechos tenga una forma de imputación del verbo rector del tipo penal, la misma debe ser elaborada bajo un concepto objetivo, formal y descriptivo por parte del órgano fiscal. Ahora bien, existen dos temas iniciales que deben ser abarcados por el presente artículo, básicamente, los temas referentes a la técnica adecuada bajo la cual debe diseñarse la relación de hechos que debe contener la solicitud de sobreseimiento definitivo, pues la misma puede diseñarse, según distintos criterios, de manera imputativa (criterio sugerido para la elaboración de las acusaciones, cfr. Araya Matarrita, (Saúl), Teoría del Caso y Técnicas de debate en el proceso penal, Programa Estado de Derecho de USAID/NICARAGUA, 2ª Edición, Nicaragua, 2007), de manera no imputativa (esto es, diciendo que el imputado no realizó tal acción), estipulando en la solicitud sólo los hechos probados, o proponiendo en la solicitud sólo los hechos probados para los autores o partícipes y otro cuadro fáctico diferente para los autores o partícipes a los cuales se quieren sobreseer, cuando se realiza, por ejemplo, una acusación y un sobreseimiento, sobre la misma pieza del requerimiento fiscal conclusivo, cuestión que debe ser cuidadosamente elaborada porque el sobreseimiento produce cosa juzgada material y si se resuelve primero que la acusación, dicho sobreseimiento no puede afectar ni intervenir de manera directa

o indirecta en el auto de apertura a juicio de la acusación referida.

Debemos tener en cuenta, que no es posible, en la confección de una solicitud de sobreseimiento, una relación de hechos configurada de manera negativa o no imputativa, pues dicha relación de hechos no podría analizarse, bajo el criterio de un juzgador, como una acción de lo penalmente relevante. Tampoco puede la relación de hechos referirse solamente a hechos probados, pues una relación de hechos elaborada de dicha manera no permitiría al juez identificar la existencia de un daño particular o social de conformidad al artículo 28 Constitucional (principio de lesividad) y en garantía también de los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, los cuales son los cuatro ejes principales de todo sistema democrático y social de Derecho.

Una relación de hechos no imputativa, sólo de hechos probados, no va acorde con el espíritu de la ley, ni de las garantías constitucionales por cuanto dejaría, en menoscabo del imputado, la claridad requerida para probar el principio de inocencia que todo ciudadano reclama en su nombre propio, frente a la apertura de una investigación penal. Y aunque esto no parezca ser importante, lo cierto es que sí lo es, por cuanto es derecho también del ciudadano, en razón del principio de inocencia, explicar porque la consecuencia lesiva o la ofensa del bien jurídico tutelado por la norma penal no es producto de su accionar, ya sea que ésta consiste en la puesta en peligro o en la efectiva lesión del interés protegido.

La acción es un presupuesto general del tipo penal y de la punibilidad, y principalmente, es un presupuesto especial del análisis de parte

del sistema de administración de justicia, por cuanto su ausencia o incorrecta conformación impide la formación de un adecuado criterio del juez sobre los presupuestos que deben

concurrir para la existencia o la configuración de un tipo penal determinado. De aquí proviene la importancia de una correcta elaboración en el diseño del elemento fáctico del sobreseimiento definitivo.

## LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y TÍTULOS HABILITANTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

*Jennifer Isabel Arroyo Chacón*  
*José Francisco Monge Fonseca*  
*Contraloría General de la República*  
*jennifer.arroyo@cgr.go.cr*  
*jose.francisco.monge@cgr.go.cr*

### **Contenido:**

Introducción. 1. La regulación de las telecomunicaciones en Costa Rica 1.1 Origen de la Regulación de los servicios de telecomunicaciones en Costa Rica 1.2 Las Telecomunicaciones en el proceso de apertura del mercado costarricense 2. Impacto de las normas de telecomunicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense 2.1 Cambios normativos introducidos en la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones 2.2 Cambios normativos generados a partir de la vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones 3. Títulos Habilitantes 3.1 Descripción de los Títulos Habilitantes 3.2 Concesiones 3.2.1 Concesión Directa 3.3 Autorizaciones 3.3.1 Operadores móviles virtuales 3.4 Permisos 4. Procedimiento de Adecuación De Títulos Otorgados y la evidencia de la displicencia en el Régimen Anterior 5. Régimen especial para proveedores del servicio de radio y televisión 6. Derechos y obligaciones de los operadores de redes de telecomunicaciones 7. Las redes de telecomunicaciones. Conclusiones. Bibliografía.

### **Resumen**

El objetivo de este documento es explicar los avances alcanzados en materia de regulación de telecomunicaciones en Costa Rica y plantear para futuras discusiones aquellos aspectos que aún están pendientes de resolver por los actores que participan en este proceso. En este documento se desarrollan aspectos tales como: La regulación de telecomunicaciones en Costa Rica a partir de la nueva normativa aprobada así como su impacto en el marco jurídico vigente, los títulos habilitantes, tales como la concesión, la autorización y el permiso; junto con el procedimiento necesario para adquirir el derecho de explotar el espectro radioeléctrico en el país, incluye la descripción del nuevo régimen aplicable a los servicio de radio y televisión, los derechos y obligaciones de los operadores de redes de telecomunicaciones y la situación actual de las redes de telecomunicaciones. Finalmente, concluye el presente estudio afirmando que la temática está aún en construcción, de tal manera, que el objetivo no es agotar el tema, sino exponer los avances alcanzados hasta la fecha y dejar planteados los temas que son deben

ser objeto de discusión y estudio de parte de todas las partes involucradas en la materia.

Palabras clave: Regulación de telecomunicaciones, espectro radioeléctrico, servicios de radio y televisión.

### **Abstract:**

The purpose of this document is to explain the progress that the government has made in the regulation of telecommunications in Costa Rica and to refer for further discussion with those aspects that are still pending resolution by the actors involved in this process. This article developed items such as: telecommunications regulation in Costa Rica from the new rules adopted and their influence on the existing legal framework, authorization certificates such as: granting titles, authorization and permission and the procedure for acquiring the right to operate the radio spectrum in the country, including the description of the new service arrangements for radio and television, the rights and obligations of operators of telecommunications networks and the current status of the telecommunications networks. Finally, this study concludes that the issue is still under construction, so that the goal is not to exhaust the subject, but to show the progress made to date and leave the issues that are raised should be the subject of discussion and study from all parties involved in the matter.

KeyWords: Regulation of telecommunications, radio spectrum, radio and television.

### **Introducción**

La regulación de las telecomunicaciones es un tema relativamente novedoso en Costa Rica, incluso podría afirmarse que

es innovador, lo cual plantea grandes retos a todos los actores involucrados en el proceso, tanto públicos, privados e usuarios. Este carácter novedoso de esta materia en el país ha generado múltiples consultas sobre el papel que debe desempeñar cada uno de los actores, las cuales se han ido resolviendo en el proceso, por lo tanto surge la necesidad de elaborar el presente artículo como una manera de exponer las acciones implementadas hasta la fecha en materia de regulación de telecomunicaciones; así como, el impacto que esta nueva normativa ha tenido en el ordenamiento jurídico costarricense y de qué manera ha provocado cambios de paradigmas antiguamente aceptados en la materia.

Igualmente se plantean temas relevantes como los tipos de títulos habilitantes bajo los cuales se puede explotar el espectro radioeléctrico en el país, y los procedimientos establecidos para obtener dichos títulos, junto con la nueva regulación en materia de servicios de radio y televisión y redes de telecomunicaciones en el país.

El principal objetivo de este documento es enlistar las acciones ya desempeñadas en la materia, plantear los cuestionamientos más relevantes que se han presentado en los últimos años y cómo estos han sido resueltos por las autoridades competentes, así como esbozar aquellas preguntas que aún carecen de respuesta, que es una labor de todos los actores el poder resolverlos de manera que se garantice el respecto al interés público.

Se invita al lector a continuar con la lectura de este artículo, el cual no pretende agotar el tema en discusión, pero sí orientar al lector sobre la materia de telecomunicaciones en Costa Rica y dejar planteados los temas que

aún merecen ser discutidos más a fondo, considerando que la materia es aún reciente en el país, y está en proceso de construcción, por lo tanto, todos los aportes que se presten son importantes para crear un adecuado marco normativo de estos servicios en el país.

## **1. La regulación de las telecomunicaciones en Costa Rica**

### 1.1 Origen de la Regulación de los servicios de telecomunicaciones en Costa Rica

El Estado Costarricense siempre ha seguido la tradición de mantener los servicios de telecomunicaciones bajo la custodia del Estado, en 1920 se declaró por primera vez que la telegrafía y telefonía serían monopolio del Estado costarricense y que su concesión sólo se podría dar mediante aprobación del Poder Legislativo, y fue en mediante la Ley N° 47 del 25 de julio de 1921 que se concedió la explotación de servicios de telegrafía y telefonía a los señores José Joaquín Carranza Volio y Ricardo Pacheco Lara, ingenieros eléctricos costarricenses por un periodo de 25 años prorrogable por 20 años más. Un año después, por Ley N° 25 del 24 de junio de 1922, se autorizó a esos mismos ingenieros para que constituyeran la sociedad anónima Compañía Radiográfica Internacional de Costa Rica, con el fin de explotar la concesión otorgada anteriormente.

El contrato establecido entre el Estado y los particulares, establecido en 1921 estipulaba como obligación para los concesionarios el construir, mantener y manejar en San José una estación radiográfica internacional suficiente al menos para comunicarse directa o indirectamente con una o más estaciones

que presten igual servicio mundial, con el fin de transmitir y recibir mensajes radiográficos para el Gobierno y el público en general. Para ello, el Estado se comprometía a brindarles oportunamente la posibilidad de construir radio bases en terrenos públicos o nacionales.

A partir de 1925 los servicios de telefonía estuvieron en manos de municipalidades y empresas privadas, incluida la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. -propiedad de la American and Foreign Power- quienes tenían la obligación de ampliar en forma progresiva los servicios, por lo que los ciudadanos dependían exclusivamente del desarrollo que hicieran estos actores.

En los años de 1937 se aprobó una reforma sustancial al texto del artículo 82 de la Constitución de 1871, vigente a esa fecha, asignándole a la Asamblea Legislativa la competencia exclusiva de decretar la enajenación y aplicación a usos públicos de los bienes propios de la nación, calificando a los servicios inalámbricos como de utilidad pública y monopolio del Estado y por ende, inalienable y del dominio del Estado, imponiendo su utilización por medio de concesión, por tiempo limitado y con arreglo de las leyes especiales.

Para la Constitución de 1949 se suprime el carácter de monopolio de los servicios inalámbricos, y permite que estos sean otorgados a terceros bajo la figura de concesión especial, según el artículo 1° de la Ley de Radio No. 1759, del 19 de junio de 1954. El artículo 4° de este mismo texto legal establecía una clasificación de los servicios inalámbricos de la siguiente manera:

- a) Oficiales
- b) Comerciales para servicio local e internacional de onda corta y larga

- c) De radioaficionados o estaciones experimentales, fijas móviles
- d) Marítimas de radionavegación y radiogoniometría, fijas y móviles
- e) Meteorológicas
- f) Estaciones al servicio de industrias, agricultura o comercio entre particulares
- g) Radiodifusoras de televisión, las cuales operarán de acuerdo con el Reglamento que oportunamente emitirá el Ministerio de Gobernación según los patrones técnicos y normas sobre distribución de frecuencias establecidas en los países en donde se haya desarrollado esta rama de las radiocomunicaciones.

Correspondía al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Gobernación y previa consulta al Departamento de Control Nacional de Radio, el otorgamiento y la cancelación de licencias para operar estaciones radiodifusoras, de radioaficionados, marítimas, aeronáuticas, meteorológicas, particulares al servicio del comercio, agricultura e industrias y de radiotelevisión, así como los traspasos de licencias ya otorgadas.

El Reglamento de Radiocomunicaciones estipulaba la necesidad de brindar en concesión el uso del espectro radioeléctrico a quienes brindaran los servicios privados de radiocomunicación al servicio de la agricultura, ganadería, industria o comercio; así como, los servicios de radiocomunicación al comercio entre particulares y los servicios de radiodifusión sonora y de televisión (de acceso libre en VHF y en UHF, y por suscripción por ondas radio eléctricas, vía cable o directa por satélite), en el tanto se utilice el espectro radioeléctrico.

De igual manera existía la posibilidad de otorgar un uso de bandas especiales

para servicios de comunicación marítima, aeronáutica, meteorológica, así como servicios experimentales y de aficionados, que requerían operar en las bandas de frecuencias internacionalmente establecidos para tales efectos, y de conformidad con el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, siendo la vigencia de las licencias de cinco años, renovable por períodos iguales. También podían brindarse para servicio privado de radiocomunicación al servicio de la agricultura, ganadería, industria o comercio, concesiones directas por parte del Poder Ejecutivo, conforme el orden de la solicitud de adjudicación.

En el año de 1955 al plantearse la necesidad de instalar un sistema automático de telefonía, así como de sustituir la numeración de cuatro dígitos, que ya resultaba insuficiente, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que era el operador principal, adujo limitaciones financieras para la ampliación y modernización del sistema, por lo que le propuso al gobierno que **éste** asumiera la prestación de los servicios telefónicos; por lo tanto, a partir de 1957, el Estado costarricense asumió el servicio telefónico y procedió a solicitarle al Instituto Costarricense de Electricidad realizar un diagnóstico de la situación y la elaboración de un plan a diez años para desarrollar la red de telecomunicaciones del país. Sobre esta base se promulgó la Ley No. 2199, del 31 de marzo de 1958, que otorgó al ICE la concesión para establecer y operar el servicio de telecomunicaciones en Costa Rica por un plazo de treinta años.

La participación del ICE en el campo de las telecomunicaciones, se consolidó mediante la Ley No 3236, del 28 de octubre de 1963, que le confirió la responsabilidad de

promover el establecimiento, la mejora, la extensión y la operación de los servicios de comunicaciones: telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual tendría pleno derecho sobre la concesión correspondiente, por tiempo indefinido.

Esta norma establecía que los servicios de telecomunicaciones se prestaban como servicio público al costo; de tal manera, que su precio le debía permitir al ICE cubrir los gastos de operación y mantenimiento, agregando una remuneración adicional sobre un activo fijo neto, una cuota prudente de depreciación de equipo, instalaciones, los edificios y otros bienes; impuestos y tasas legalmente establecidos; y un costo de la función reguladora que ejercía el Servicio Nacional de Electricidad en materia de tarifas.

En el año de 1942 la Secretaría de Fomento, quien hasta esa fecha reguló la industria telefónica, le traspasó al Servicio Nacional de Electricidad (SNE) la función de fiscalización y control de los Contratos de concesión suscritos por el Estado con entidades privadas. De igual forma, el SNE poseía plena potestad de regulación sobre el ICE en cuanto al sistema de telecomunicaciones, misma facultad reguladora que el ordenamiento le concedía en relación con los servicios eléctricos.

En 1964 se aprobó la Ley No. 3293 en la cual se estableció que el ICE explotara los servicios de telecomunicaciones a que se refería la ley N. 47 de 25 de julio de 1921, por tiempo indefinido, autorizando de manera expresa el constituir una sociedad anónima mixta con la Compañía Radiográfica Internacional de Costa Rica, con el fin de llevar a cabo la explotación referida. El ICE debía aportar la mitad del capital social de la

nueva empresa representado ese aporte por los activos fijos que recibió, y ambas partes cedieron gratuitamente a la nueva sociedad sus respectivos derechos de concesión. En principio el plazo de explotación era por un plazo de veinticinco años, sin embargo, mediante las leyes 6076 del año 1977, 7018 del año 1985, 7298 del año 1992 ha sido prorrogado el término, siendo el artículo 54 de la Ley de Fortalecimiento y Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, No. 8660, del año 2008, la que estipula su vigencia por noventa y nueve años más.

#### 1.2 Las Telecomunicaciones en el proceso de apertura del mercado costarricense

Luego de la evolución de la regulación de las telecomunicaciones en Costa Rica llegamos a la época en la cual se discute su apertura, esta inicia con la negociación y suscripción del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos por el Poder Ejecutivo, en el año de 2004. Por diversas razones que no son objeto de discusión en este documento, la presentación del Tratado a la Asamblea Legislativa para su aprobación, conforme lo estipula el artículo 7 de la Constitución Política, se postergó por un lapso prolongado. Durante su aprobación la Sala Constitucional resolvió en el voto 9469-2007 que el capítulo XIII del Tratado relativo a las Telecomunicaciones no presentaba vicios de constitucionalidad, y finalmente, fue aprobado en el año 2007 mediante la Ley No. 8622 del 21 de noviembre de 2007, dando inicio así al proceso de apertura en telecomunicaciones.

El compromiso de Costa Rica en esta materia consistía, en dictar la apertura para algunos

servicios, en particular: los servicios de redes privadas, Internet y los servicios de telefonía celular, estipulándose que dicho proceso sería gradual y regulado, respetando los principios de universalidad y solidaridad en el suministro de los servicios. Asimismo, se reconoció el compromiso del gobierno costarricense de fortalecer y modernizar al ICE a través de la aprobación de normativa adecuada incluyendo el establecimiento de una autoridad reguladora independiente.

En acatamiento con este compromiso se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, vigente a partir del 30 de junio de 2008 y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660, vigente a partir del 13 de agosto de 2008, dan un distinto marco estructural del Estado Costarricense en aplicación de las Telecomunicaciones.

## 2. Impacto de las normas de telecomunicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense

### 2.1 Cambios normativos introducidos en la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660 se destaca por:

- a. Crear el Sector Telecomunicaciones en Costa Rica.
- b. Desarrollar las competencias y atribuciones del Ministerio Rector del Sector, función que recayó en el Ministerio de Ambiente y Energía, (Minaet).

- c. Procurar modernizar y fortalecer el ICE y sus empresas
- d. Crear Superintendencia de Telecomunicaciones, (SUTEL), como órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

Además, sometió al **ámbito de su aplicación a toda** la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada incluyendo a aquellas que pertenezcan al **régimen municipal, las instituciones autónomas las semiautónomas y las empresas públicas y privadas, que desarrollaren funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información, interconexión y demás servicios en convergencia del Sector Telecomunicaciones.**

Se establecen los principios rectores por medio de los cuales las entidades públicas del sector debían actuar, especificando en ellos: universalidad, solidaridad, beneficio del usuario, transparencia, competencia efectiva, no discriminación, neutralidad tecnológica, optimización de los recursos escasos, privacidad de la información y sostenibilidad ambiental.

La legislación dota al Grupo ICE de la autorización previa para prestar los servicios que puedan brindarse técnicamente dentro de las redes, con lo que contempla de previo una situación relevante: la convergencia, concepto que abarca la posibilidad de ofrecer a través de una misma red diversidad de servicios de manera simultánea de telecomunicaciones, información, radio difusión o de aplicación informáticas. Dicha autorización legal abierta es de suma

importancia en el marco de la competencia, ya que el Grupo ICE únicamente queda condicionado a tener las aplicaciones técnicas para brindar los servicios, sin requerir del aval legislativo precedente.

El nuevo marco normativo le permite tanto al ICE como a sus empresas implementar las prácticas comerciales usuales y legales en la industria y el comercio en general. Asimismo, el artículo 13 le libera del control financiero del Estado en cuanto a las inversiones y a su endeudamiento, afirmando la Ley que en caso de existir excedentes **éstos** deberán ser capitalizados como reservas de desarrollo para el cumplimiento de sus fines.

El artículo 39 postula como rector del Sector al Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (Minaet), a quien se le asignaron las siguientes funciones:

- a) Formular las políticas para el uso y desarrollo de las telecomunicaciones.
- b) Coordinar, con fundamento en las políticas del Sector, la elaboración del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones. El primer Plan que se dicte deberá establecer, como mínimo, el acceso para las personas físicas a opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar el acceso al servicio telefónico para las personas con necesidades sociales especiales, los habitantes de las zonas donde el servicio no sea financieramente rentable, o las personas que no cuenten con recursos suficientes
- c) Velar por que las políticas del Sector sean ejecutadas por las entidades públicas y privadas que participan en el Sector Telecomunicaciones.

- d) Aprobar o rechazar el criterio técnico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sobre la adjudicación, prórroga, extinción, resolución, cesión, reasignación y rescate de las concesiones y los permisos de las frecuencias del espectro radioeléctrico. En el caso de que se separe de dicho criterio, el Poder Ejecutivo deberá justificar las razones de orden público o interés nacional que lo sustenten
- e) Dictar el Plan nacional de telecomunicaciones, así como los reglamentos ejecutivos que correspondan
- f) Realizar la declaratoria de interés público y dictar el decreto para la imposición de servidumbres forzosas o para la expropiación de los bienes necesarios para la operación de las redes públicas de telecomunicaciones
- g) Representar al país ante las organizaciones y los foros internacionales de telecomunicaciones y en los relacionados con la sociedad de la información.
- h) Coordinar las políticas de desarrollo de las telecomunicaciones con otras políticas públicas destinadas a promover la sociedad de la información.
- i) Velar por el cumplimiento de la normativa ambiental nacional aplicable y el desarrollo sostenible de las telecomunicaciones en armonía con la naturaleza.
- j) Impulsar una eficiente gestión integral de los residuos provenientes de las actividades de telecomunicaciones, así como la optimización de los recursos mediante la planificación y ejecución de acciones regulatorias, operativas, financieras, administrativas, educativas, de monitoreo y evaluación,

en coordinación con los demás entes competentes, según la legislación nacional de residuos.

- k) Las demás funciones que le asigne la ley.

El papel del rector es trascendental toda vez que define las políticas generales del sector y fija los servicios de interés general a los cuales están llamados los operadores y proveedores públicos y privados a cumplir a favor de un grupo específico de la colectividad.

Esta Ley modificó el inciso h) del artículo 23 de la Ley General de la Administración Pública No. 6227 del 2 de mayo de 1978, con el fin de agregar a la cartera del Ministerio de Ambiente y Energía el tema de las telecomunicaciones, esto promovió una adición al texto del artículo 47, en cuanto a la creación de un viceministerio más a favor del MINAET, encargado precisamente del sector telecomunicaciones, con la función de sustituir eventualmente la ausencia al ministro y coadyuvarle en lo pertinente al titular de la cartera en su rol de rectoría.

Por otra parte, el título IV de la Ley de marras modifica la Ley No. 7395 denominada Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para crear a la Superintendencia de Telecomunicaciones, como un órgano desconcentrado al máximo de la ARESEP, el cual en materia de regulación de las telecomunicaciones tiene la exclusiva atención del sector con independencia de todo operador de redes y proveedor de servicios regulados, únicamente sujeto a los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes giradas por el Rector competente; y además,

posee personería jurídica instrumental para administrar el fondo nacional de las telecomunicaciones.

Dentro de las obligaciones fundamentales que posee este órgano regular, según el artículo 60 de este texto normativo, están:

- 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 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.
- d) Garantizar y proteger los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.
- e) Velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones.
- f) Asegurar, en forma objetiva, proporcional, oportuna, transparente, eficiente y no discriminatoria, el acceso a los recursos escasos asociados con la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.
- g) Controlar y comprobar el uso eficiente del espectro radioeléctrico, las emisiones radioeléctricas, así como la inspección, detección, identificación y eliminación

de las interferencias perjudiciales y los recursos de numeración, conforme a los planes respectivos.

- h) Asegurar el cumplimiento de las obligaciones de acceso e interconexión que se impongan a los operadores de redes de telecomunicaciones, así como la interoperabilidad de dichas redes.
- i) Establecer y garantizar estándares de calidad de las redes y de los servicios de telecomunicaciones para hacerlos más eficientes y productivos.
- j) Velar por la sostenibilidad ambiental en la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- k) Conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como establecer la responsabilidad civil de sus funcionarios.

La plena capacidad de ejecución que tiene la SUTEL se deriva del órgano al que pertenece, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, y el Poder Ejecutivo, a quienes el legislador dispuso brindarle la facultad de emitir los reglamentos técnicos del área de las telecomunicaciones, en este punto resulta importante el voto 4569, de las catorce horas con treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil ocho.

La Ley de Fortalecimiento contempla, en el desarrollo de los compromisos específicos asumidos por el Estado costarricense en

el Tratado de Libre comercio República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos, una posibilidad de modernizar a los entes públicos y a las empresas públicas que intervienen en el sector de las Telecomunicaciones, incluyendo además a la JASEC y a la ESPH S.A, todo con el fin de procurar su adaptación al nuevo régimen de libre competencia y evitar su colapso, al permitirles participar con nuevas prácticas comerciales y a su vez liberalizándoles de políticas restrictivas de inversión y endeudamiento entre otros aspectos de vital relevancia.

## 2.2 Cambios normativos generados a partir de la vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones

La Ley N° 8642 denominada Ley General de Telecomunicaciones, a diferencia con la Ley de Fortalecimiento, es un cuerpo normativo sustantivo, esto quiere decir, que mientras la Ley No. 8660 estructura el incipiente sector y brinda a las entidades y órganos públicos su marco de competencia, la Ley de Telecomunicaciones se concentra en definir los componentes mismos de los servicios y las maneras que deben que atender tanto los operadores como los proveedores de servicio, sean públicos o privados que tienen un título habilitante en el sector.

Esta ley establece los principios rectores del sector que son:

<b>Principios rectores del sector de telecomunicaciones</b>	
Universalidad	Prestar un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio.
Solidaridad	Establecer mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables.
Beneficio del usuario	Establecer garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio.
Transparencia	Crear condiciones adecuadas para que los operadores, proveedores y demás interesados puedan participar en el proceso de formación de las políticas sectoriales de telecomunicaciones y la adopción de los acuerdos y las resoluciones que las desarrollen y apliquen. También, implica poner a disposición del público en general: i) información relativa a los procedimientos para obtener los títulos habilitantes, ii) los acuerdos de acceso e interconexión, iii) los términos y las condiciones impuestas en todos los títulos habilitantes, que sean concedidos, iv) las obligaciones y demás procedimientos a los que se encuentran sometidos los operadores y proveedores, v) información general sobre precios y tarifas, y vi) información general sobre los requisitos y trámites para el acceso a los servicios de telecomunicaciones.
Publicidad	Deber de publicar un extracto de las condiciones generales y de las especificaciones técnicas necesarias para identificar las bandas de frecuencia que sean objeto de concurso público en el diario oficial La Gaceta y por lo menos en un periódico de circulación nacional. También, conlleva la obligación de los operadores y proveedores de realizar las publicaciones relacionadas con propaganda o información publicitaria de manera veraz y transparente, en tal forma que no resulten ambiguas o engañosas para el usuario.
Competencia efectiva	Poseer mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.
No discriminación	Trato no menos favorable al otorgado a cualquier otro operador, proveedor o usuario, público o privado, de un servicio de telecomunicaciones similar o igual.
Neutralidad tecnológica	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.

Optimización de los recursos escasos	Asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.
Privacidad de la información	Obligación de los operadores y proveedores, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, a garantizar el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones, así como proteger la confidencialidad de la información que obtengan de sus clientes, o de otros operadores, con ocasión de la suscripción de los servicios, salvo que estos autoricen, de manera expresa, la cesión de la información a otros entes, públicos o privados.
Sostenibilidad ambiental	Armonización del uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la garantía constitucional de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los operadores y proveedores deberán cumplir toda la legislación ambiental que les resulte aplicable.

Tabla 1. Principios rectores del sector  
Fuente: Artículo 3 de la Ley N° 8642 denominada Ley General de Telecomunicaciones

Continúa esta ley definiendo el espectro radioeléctrico como un bien de dominio público, cuya planificación, administración y control se regula por las potestades otorgadas al Poder Ejecutivo y a la SUTEL, cuyo objetivo debe ser optimizar su uso, garantizar una asignación justa, equitativa, independiente, transparente y no discriminatoria, buscando además, asegurar que la explotación de las frecuencias se haga bajo criterios de eficiencia y libre de interferencias.

El artículo 9 realiza una clasificación del Espectro radioeléctrico de acuerdo al uso que se le da a las bandas de frecuencia, de la siguiente manera:

#### ARTÍCULO 9. Clasificación del espectro radioeléctrico

Por su uso, las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifican como sigue:

a) Uso comercial. Comprende la utilización de bandas de frecuencias para la

operación de redes públicas y la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, a cambio de una contraprestación económica.

- b) Uso no comercial. Consiste en la utilización de bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas.
- c) Uso oficial. Corresponde a las bandas de frecuencias necesarias para establecer las comunicaciones de las instituciones del Estado, las cuales implican un uso exclusivo y no comercial.
- d) Uso para seguridad, socorro y emergencia. Corresponde a las bandas de frecuencias atribuidas para radionavegación, seguridad aeronáutica, marítima y otros servicios de ayuda.
- e) Uso libre. Corresponde a las bandas de frecuencias así asignadas en el Plan nacional de atribución de frecuencias. Estas bandas no requerirán concesión,

autorización o permiso y estarán sujetas a las características técnicas establecidas reglamentariamente. (Asamblea Legislativa, 2008)

Asimismo, la Ley regula los títulos habilitantes indispensables para prestar servicios de telecomunicaciones. Se encuentran tres fórmulas para brindar u operar dichos servicios, que son: concesiones, autorizaciones y permisos. Dada la importancia de estos títulos habilitantes se analizarán cada uno en el siguiente apartado.

### 3. Títulos Habilitantes

#### 3.1 Descripción de los Títulos Habilitantes

La doctrina ha definido a los títulos habilitantes como: *“aquellos actos o negocios jurídicos de carácter administrativo dictados por los órganos competentes integrados en el poder público y que materializan el derecho de los operadores a entrar y actuar en el mercado ... En sí, se ha estipulado que el título habilitante cumple dos funciones, por un lado materializa la función administrativa de verificación de las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento para el acceso al mercado; y por otro lado, la relación que se establece a partir de dicho título es de carácter permanente, atribuyéndose a la Administración reguladora una función de supervisión y control de cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo.”* (Chillón, 2013)

El Título habilitante es en esencia un acto administrativo - que fundamentado en una Ley- emite el Estado para fundamentar la legitimidad de parte de un sujeto privado de ocupar de manera temporal un bien

demanial, con el fin de que a partir de su uso y explotación se logre desarrollar un servicio a favor de la sociedad.

De tal manera, podemos considerar que el título habilitante constituye una garantía de seguridad jurídica en el acceso del mercado, que opera tanto a favor de los accedentes al mercado, como en beneficio del ordenamiento en general, de manera que se cumpla con lo establecido en la ley.

Por lo tanto, lo que realmente habilita a un prestador de servicio de la calidad jurídica para poder prestar un servicio de telecomunicaciones, es la suscripción de un acto jurídico entre la persona jurídica interesada y el órgano estatal, donde se le otorga a esa persona la facultad de prestar dicho servicio, el derecho a usar el espectro radioeléctrico que le ha sido asignado y otorgar el derecho a operar servicios privados o prestar u operar ciertos servicios públicos de telecomunicaciones, según sea el caso que corresponda.

Los derechos del poseedor del título habilitante se encuentran plasmados en el artículo 73 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones de la siguiente forma:

**Artículo 73. Derechos generales del titular de la concesión, autorización y permiso.** Sin perjuicio de cualesquiera otros derechos otorgados por la Ley o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, el titular de la concesión gozará, principalmente, de los siguientes derechos:

a. Prestar los servicios de telecomunicaciones autorizados en el respectivo título habilitante a cambio de una contraprestación económica;

b. Utilizar bienes del dominio público para el tendido de sus redes e instalación de sus sistemas, adecuándose a las normas pertinentes, y de conformidad con la Ley General de Telecomunicaciones;

c. Solicitar las servidumbres necesarias para las instalaciones y sistemas de telecomunicaciones para servicios de telecomunicaciones, de conformidad con la Ley.

d. Negociar acuerdos de Acceso e Interconexión de conformidad con la Ley General de Telecomunicaciones. (Poder Ejecutivo, 2008)

El siguiente artículo contiene las obligaciones de estos titulares:

**Artículo 74. Obligaciones Generales del Titular del Título Habilitante.** Sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular en el respectivo título habilitante, su titular estará obligado a:

a. Prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, condiciones y plazos establecidos en la ley, este Reglamento, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL;

b. Cumplir con los requisitos económicos, técnicos y jurídicos mínimos que hayan sido requeridos por la SUTEL y en virtud de los cuales se le haya otorgado el título habilitante, así como cumplir con cualesquiera otros requisitos establecidos por la SUTEL;

c. Cumplir los planes técnicos fundamentales, reglamentos y las normas técnicas establecidas por el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y por la SUTEL;

d. Cumplir con el plan mínimo de expansión de los servicios previstos en su título habilitante, en los plazos establecidos, pudiendo la empresa justificar su incumplimiento por causa justificada y solicitar una revisión del mismo a la SUTEL, que evaluará la existencia de causa justificada y determinará la procedencia de esta solicitud;

e. Permitir el acceso e interconexión a sus redes de todos los equipos, interfaces y aparatos de telecomunicación, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la ley y su reglamentación, y permitir el libre acceso a los servicios que mediante ellas se presten, en condiciones transparentes y no discriminatorias;

f. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la privacidad de las telecomunicaciones.

g. Pagar oportunamente los cánones, tasas y demás obligaciones establecidos en la ley o en su respectivo título habilitante;

h. Cooperar con la SUTEL en el uso eficiente de los recursos escasos;

i. Admitir como cliente o usuario final, de manera no discriminatoria, a todas las personas que lo deseen y respetar los derechos de los usuarios finales;

j. Suministrar a la SUTEL, en el plazo requerido, las informaciones y datos fidedignos que ésta les solicite, concernientes a la actividad que presta;

k. Proteger los derechos de los usuarios asegurando eficiencia, igualdad,

continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, y más y mejores alternativas en la prestación de los servicios.

l. Las redes públicas deberán ser diseñadas de conformidad con condiciones técnicas, jurídicas y económicas que permitan su acceso e interconexión.

m. Presentar a la SUTEL los informes y documentación que ésta requiera con las condiciones y la periodicidad que ésta indique y que sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que se establecen en la ley. (Poder Ejecutivo, 2008)

En virtud de su importancia- por ser los medios de participación en el espectro radioeléctrico- se pueden citar tres tipos de títulos habilitantes que establece la nueva normativa costarricense en materia de telecomunicación:

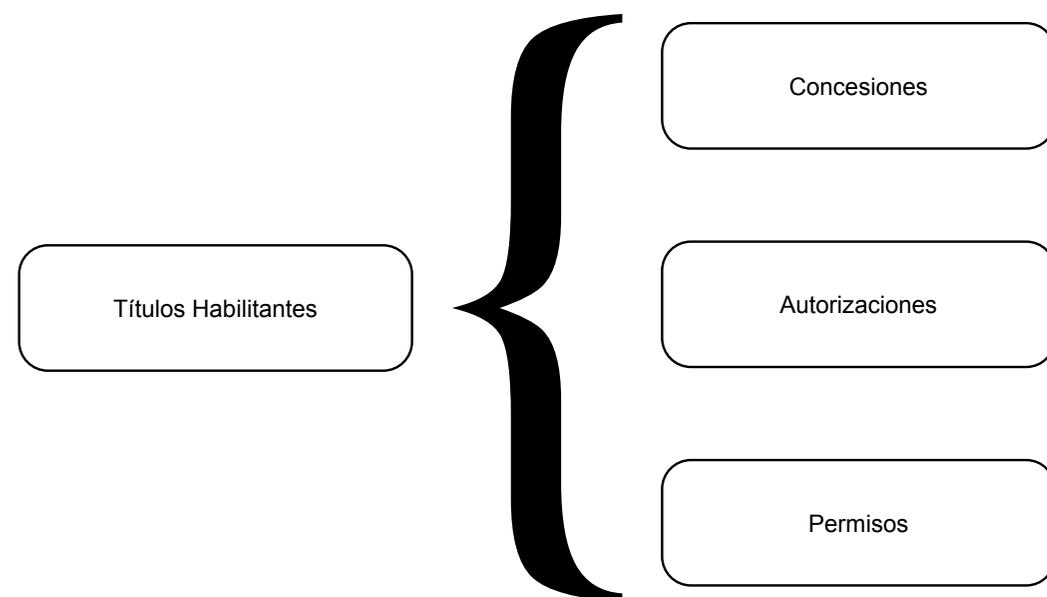


Figura 1. Títulos Habilitantes

Dada la importancia de estas figuras se desarrollarán con detalle en el siguiente apartado:

### 3.2 Concesiones

La concesión se define como un contrato administrativo mediante el cual la autoridad pública delega a un privado el diseño, construcción, financiamiento y operación de una infraestructura pública o servicio, a cambio de pagos de los usuarios o contrapartidas de la Administración.

El tratadista Jinesta Lobolo define de la siguiente forma: “el acto por el cual la Administración Pública le transfiere a otro sujeto de derecho un poder o derecho propio que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto

administrativo creador de derechos”. (Jinesta, 2002, pág. 449)

La Sala Constitucional definió desde 1998 en el voto 6432-1998 al contrato administrativo como: “un contrato distinto al contrato civil. Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la administración pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos; disfrutando la administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan en el interés público” (6432-1998, 1998)

Una de las características más relevantes del Contrato Administrativo es el predominio del interés público sobre el interés privado, lo cual no se trata solamente de la suma de una mayoría de intereses individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en la cual la mayoría de los individuos reconocen también, el interés propio y directo.

El concepto de interés público es fundamental para poder explicar y justificar los principios fundamentales que gobiernan los títulos habilitantes, tal como: continuidad y mutabilidad. El principio de continuidad es la facultad que posee el ente estatal de exigir al habilitado procurar la continuidad del servicio en todas las circunstancias, pues su finalidad es alcanzar cabal y oportunamente la satisfacción del interés público. El principio de mutabilidad señala que el Estado puede modificar unilateralmente las condiciones y términos establecidos originalmente en el contrato siempre tomando como base el

interés público y dentro de límites razonables. Ahora bien, en el caso de las concesiones se debe señalar que estas se otorgan a título personal, “*intuitu personae*”; es decir, el concesionario posee las obligaciones y derechos derivados por la concesión de manera personal, y carece de la posibilidad de transferir, ceder o subcontratar sin autorización expresa de la administración.

Se puede clasificar la concesión en dos tipos: a) constitutivas, que son aquellas por las cuáles la administración pública constituye, en los administrados, nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo como por ejemplo la concesión sobre área de uso restringido de la zona marítimo terrestre, y b) las traslativas, en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente, como por ejemplo las concesiones de servicio público y de obra pública.

Cabe aclarar que las concesiones sobre bienes de dominio público no crean derechos reales; es decir, no otorgan la propiedad del bien, sino que únicamente asigna un poder para aprovechar dicho bien, de acuerdo con las reglas y condiciones que se establezcan en la concesión y las leyes que la rigen; asimismo, el Estado mantiene el poder y deber de fiscalizar y controlar las actuaciones del concesionario para garantizar a los administrados la prestación del servicio público.

La Sala Constitucional, en el voto 3451-96, indicó sobre la figura de la concesión lo siguiente:

b. la concesión.-por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para

ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona -física o jurídica-, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagadas por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo. (3451-96, 1996)

El artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que la concesión es un título habilitante para el espectro radioeléctrico y está destinada al uso y explotación de sus frecuencias, siendo ésta una concesión de tipo traslativa. De la siguiente manera:

#### **ARTÍCULO 11.- Concesiones**

*Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del*

*espectro radioeléctrico. (Asamblea Legislativa, 2008)*

La Sala Constitucional en el voto 2008-04569 define los términos de la explotación del espectro radioeléctrico, por la importancia que posee para el presente análisis se transcribe el siguiente extracto:

*2) Explotación del espectro radioeléctrico o electromagnético de manera concurrente. El constituyente originario dispuso que los servicios inalámbricos o, más concretamente, el uso y explotación del espectro radioeléctrico o electromagnético, puede darse en un régimen de competencia y libre concurrencia, dado que, puede ser explotado ■ por la administración pública o por particulares■ esa ■■■ disyuntiva refuerza la libre competencia o concurrencia que admite el constituyente originario y la constitución económica. Ahora bien, lo que sí exige el constituyente originario para que un particular explote ese bien del demanio público constitucional es una ley general que permita otorgar concesiones administrativas o una concesión especial conferida por la Asamblea Legislativa. Ha sido, pues, el deseo del Constituyente que los particulares participen de la explotación de este bien, siempre y cuando, se cumplan con las condiciones estipuladas en la propia Norma Fundamental. ... Una vez delimitado este aspecto de vital importancia para el caso que nos ocupa, no se podría determinar, como lo alega el recurrente, la existencia en nuestro medio de un monopolio, pues como se explicó estamos frente a bienes*

*demaniales, los que solo pueden ser explotados mediante concesiones, como en este caso de tipo legislativo. (2008-04569, 2008)*

La Ley General de Telecomunicaciones, establece que dichas concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo mediante un procedimiento de concurso público, de conformidad con la Ley de contratación administrativa y su reglamento, siendo la SUTEL el órgano encargado de instaurar el procedimiento, previa realización de los estudios necesarios, para determinar la necesidad y factibilidad del otorgamiento de las concesiones.

La concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público y que será otorgada para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de manera que se garantice la utilización eficiente del espectro. Esta disposición responde a una novedosa tendencia de regulación que permite mayor flexibilidad de la norma para que pueda adaptarse a los cambios de la realidad y en este caso, a los cambios tecnológicos que se reflejarán en los servicios que el titular de la concesión pueda prestar.

La norma parte de la premisa de que la concesión no se refiere a un servicio en particular, sino a la explotación de una parte de una banda del espectro radioeléctrico, lo cual le otorga más amplitud al operador habilitado para que explote al máximo la banda otorgada y si en el transcurso de su periodo de habilitación surge una nueva manera para darle uso a este recurso, puede utilizarla sin mayor limitación **más** que informar al regulador el inicio del suministro del nuevo servicio, lo cual está fundamentado en el principio legal de convergencia.

Igualmente, la Ley General de Telecomunicaciones contempla la posibilidad de ceder una concesión **para el uso y explotación** del espectro radioeléctrico previa autorización del Poder Ejecutivo; el Consejo de la SUTEL le corresponde recomendar si la cesión es procedente. Ello según el numeral 20 de la Ley de marras, que dice:

#### **ARTÍCULO 20.- Cesión**

*Las concesiones pueden ser cedidas con la autorización previa del Poder Ejecutivo. Al Consejo le corresponde recomendar al Poder Ejecutivo si la cesión procede o no.*

*Para aprobar la cesión se deberán constatar como mínimo los siguientes requisitos:*

- a) Que el cesionario reúne los mismos requisitos del cedente.*
- b) Que el cesionario se compromete a cumplir las mismas obligaciones adquiridas por el cedente.*
- c) Que el cedente haya explotado la concesión por al menos dos años y haya cumplido las obligaciones y demás condiciones fijadas para tal efecto en el contrato de concesión.*
- d) Que la cesión no afecte la competencia efectiva en el mercado. Autorizada la cesión, deberá suscribirse el respectivo contrato con el nuevo concesionario. (Asamblea Legislativa, 2008)*

Para ser aprobada se debe constatar que la competencia efectiva en el mercado no será afectado, que el nuevo concesionario cumple con todos los requisitos legales; además que el cedente haya explotado la concesión por al menos dos años, cumpliendo las obligaciones contractuales, este plazo inicial supone que el concesionario original debe

implementar el título por el cual optó, por medio del desarrollo de la infraestructura necesaria para desplegar los distintos servicios de telecomunicaciones conforme a los postulados legalmente definidos en la Ley General de las Telecomunicaciones.

Cuando el Poder Ejecutivo según sus potestades de fiscalización comprueba que el uso y explotación del espectro se dan de forma distinta a las condiciones pactadas en el título de concesión, éste puede rescindir unilateralmente el contrato, siempre bajo el sustento de la no utilización plena del bien demanial. En este sentido hay que recordar que el contrato de concesión está regulado como un contrato administrativo, y por ende el Poder Ejecutivo goza del derecho de rescisión y resolución unilateral del mismo. Las causales para la resolución son:

- a. Cuando el concesionario no haya utilizado las frecuencias para el fin solicitado luego de un año de haber sido asignadas o de haberse concedido la prórroga.
- b. Incumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en la ley, reglamentos o términos del contrato, excepto si se comprueba caso fortuito o fuerza mayor.
- c. Incumplimiento en el pago de la contribución al Fondo Nacional de Telecomunicaciones y de las obligaciones impuestas de acceso, servicio universal y solidaridad.
- d. El atraso de al menos tres meses en el pago de las tasas y cánones.
- e. No prestar cooperación a las autoridades públicas.
- f. Reincidencia de infracciones muy graves durante el plazo de vigencia del título habilitante.

- g. El incumplimiento de brindar acceso inmediato de comunicaciones al Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC) contra la delincuencia organizada.

Para declarar la resolución del contrato es necesario seguir un procedimiento administrativo y el concesionario estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones por un plazo mínimo de 3 años y máximo de 5 años, contados a partir de la firmeza de la resolución.

### 3.2.1 Concesión Directa

La Ley General de Telecomunicación contempla otro tipo de título habilitante, cual es la concesión directa, este título se requiere cuando se trata de frecuencias para la operación de redes privadas y para las frecuencias que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización.

La diferencia entre la concesión y la concesión directa es que esta última se otorga para la utilización y explotación privativa del espectro electromagnético, mientras que la concesión es requerida para la operación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones a terceros. De acuerdo con el artículo 19 de la Ley citada, la concesión directa es el título habilitante para la operación de redes privadas, en cuyo caso el Poder Ejecutivo otorga dicho título en forma directa; es decir sin necesidad de concurso, según el orden de recibo de la solicitud que presente el interesado, dicho numeral textualmente dice:

**ARTÍCULO 19.- Concesión directa**  
*Cuando se trate de frecuencias*

*requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización, las concesiones serán otorgadas por el Poder Ejecutivo en forma directa, según el orden de recibo de la solicitud que presente el interesado. La Sutel instruirá el procedimiento de otorgamiento de la concesión. (Asamblea Legislativa, 2008)*

Al respecto, la Procuraduría General de la República ha señalado sobre la concesión directa lo siguiente:

*8. La distinción entre redes públicas y redes privadas y entre servicios disponibles al público y autoservicios determina la sujeción a un régimen jurídico entre unos y otros. Más agravado en tratándose de redes públicas, en razón de las obligaciones que pesan sobre sus operadores. 9. La explotación de servicios de telecomunicaciones al público a través de redes privadas implicaría una operación ilegítima de la red, en tanto el título del operador no lo habilitaría para prestar servicios al público y, consecuentemente, la prestación de esos servicios sería también ilegítima. Lo que podría ser sancionado en los términos de los artículos 65 y siguientes de la Ley de Telecomunicaciones. 10. Además, una prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de una red privada afectaría los fines de la Ley General de Telecomunicaciones, definidos en el artículo 3. En particular, competencia efectiva, universalidad, solidaridad, y protección de los derechos de los usuarios. (Opinión Jurídica OJ-57-2009, 2009)*

La SUTEL es la institución encargada de instruir el procedimiento para otorgar la concesión directa. En este sentido el inciso 20 del artículo 6 de la Ley citada delimita el concepto de red privada de telecomunicaciones, de la siguiente manera: *“Red privada de telecomunicaciones: red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades propias de su titular, lo que excluye la prestación y explotación de estos servicios a terceros.”* (Asamblea Legislativa, 2008)

Según la definición anterior, la red privada puede utilizar o no el espectro electromagnético; sin embargo, en ningún supuesto es posible permitir la explotación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público. En razón de ello, los operadores de redes privadas no están obligados a informar a la SUTEL sobre los servicios que brinden o de la ampliación de los mismos, en los términos en los cuales se encuentran obligados los operadores de redes públicas y los proveedores de servicios disponibles al público.

Igualmente, a los operadores de redes privadas no les recae la obligación de respetar la privacidad de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa de los abonados y usuarios; puesto que nos encontramos frente a una autoprestación de servicios. Tampoco están obligados a contribuir con el Fondo nacional de Telecomunicaciones FONATEL.

### 3.3 Autorizaciones

La autorización puede definirse como un acto que tiene doble alcance jurídico, por un lado habilitación o permisión y por otro lado una fiscalización o control.

Como acto de habilitación cubre, las autorizaciones otorgadas al administrado por razones de orden público (autorización para la construcción o edificación, para abrir una farmacia, autorización a personas jurídicas, etc.). Es un acto administrativo por el cual la administración pública le concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes después, de una apreciación discrecional de su oportunidad y, de una apreciación discrecional de su oportunidad y utilidad respecto del interés general. La autorización en tal supuesto obedece a una petición expresa del administrado, pero que, generalmente, es discrecional en cuanto a motivo y contenido. Como acto de fiscalización o control es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos preexistentes para superar los límites que el ordenamiento jurídico le pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública. Es un acto de control, puesto que por su medio un órgano o ente faculta a otro para que dicte un acto, despliegue una actividad o realice un comportamiento. En estos casos, antes de la emisión del acto administrativo definitivo, se debe dictar un acto autorizante, puesto que el primero sin el segundo es relativamente nulo, la autorización integra la voluntad administrativa y su omisión sólo puede ser subsanada por confirmación expresa y posterior. (Jinesta, 2002)

La autorización se diferencia de la concesión en que la primera otorga la titularidad de un derecho preexistente al particular, mientras

que la segunda otorga la titularidad de un derecho ex novo. "La autorización confiere la potestad jurídica de ejercer un derecho del cual era anteriormente titular, removiendo los obstáculos y límites jurídicos impuestos por la ley al ejercicio del derecho mismo" (González Vergara, 1965, pág. 95)

Según el artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones las autorizaciones habilitan para operar y explotar las redes públicas y privadas de telecomunicaciones que no requieran del uso del espectro radioeléctrico para: prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación y para operar redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.

Conforme lo anterior, para que se otorgue una autorización para explotar redes privadas es indispensable que no requieran uso del espectro radioeléctrico, siendo que en la medida en que lo requieran, el título habilitante será necesariamente una concesión directa.

Estas autorizaciones son otorgadas por la SUTEL previa solicitud del interesado. El procedimiento supone la publicación de la solicitud en la Gaceta y en un periódico de circulación nacional y de no presentarse ninguna objeción en un plazo de diez días hábiles, desde la última publicación ésta se resolverá de manera positiva, por un período máximo de diez años, prorrogable a solicitud de parte, por períodos de cinco años, hasta un máximo de tres prórrogas.

En este sentido, vale la oportunidad para recalcar la postura de la Procuraduría

General de la República en la Opinión Jurídica N° OJ-73-2009 de 11 de agosto de 2009, en cuanto a la potestad de la SUTEL para emitir este tipo de título habilitante con respecto al servicio de telefonía en protocolo de internet, en tal oportunidad manifestó:

*Se afirma que escapa a la competencia de la Superintendencia otorgar licencias para servicios internacionales. Importa destacar que el título habilitante, en particular, la autorización no está en función de un determinado tipo de servicio. En ese sentido, la circunstancia de que un servicio de telecomunicaciones sea o implique telefonía no determina que requiera per se de concesión. Aspecto que cobra particular importancia en el mundo actual marcado por la convergencia de las tecnologías, proceso de confluencia de tecnologías e información que es dinámico, lo que permite la provisión de distintos servicios conforme los avances tecnológicos. Así, una misma tecnología puede ser utilizada en diversos sectores, como telecomunicaciones, información o medios de comunicación, permitiendo a una misma red transportar servicios de distinta naturaleza. Ese proceso permite, por ejemplo, a los proveedores de internet ofrecer otros servicios como puede ser la telefonía y servicios de televisión. Dados los términos de la consulta, procede recordar que el IP o Internet Protocol es un conjunto de protocolos que permiten establecer un lenguaje común, permitiendo intercambiar información a través de un medio de telecomunicaciones que los interconecte. Dicho Protocolo es la base del espacio global y único de direcciones que une internet. ... Entonces, a través*

*de una infraestructura específica puede ser prestado servicio de telefonía IP, permitiendo transmisión de voz, fax y servicios relacionados a través de una red IP. El IP es capaz de transportar los elementos de un servicio multimedia (texto, imagen, vídeo de animación y sonido), permitiendo la prestación de los servicios correspondientes. (Opinión Jurídica N° OJ-73-2009, 2009)*

Desde la perspectiva del derecho administrativo, frente a la autorización para la ocupación del dominio público radioeléctrico, podría defenderse que la concesión surge como un auténtico derecho de carácter real administrativo para el concesionario. Esto, implica que pueda perseguirse frente a terceros y con el correlativo compromiso que el concesionario adquiere con la administración, situación que no se produce con la autorización.

El Registro Nacional de Telecomunicaciones indica entre servicios autorizados: servicios de transferencia de datos, telefonía IP, acceso a Internet, mensajería instantánea, arrendamiento de canales punto a punto y videoconferencia, solicitud para brindar servicios de redes corporativas mediante tecnología inalámbrica y servicios de Internet mediante tecnología inalámbrica y redes privadas virtuales.

### 3.3.1 Operadores móviles virtuales

Los operadores móviles virtuales son un fenómeno predominante en Europa y varios países latinoamericanos, que ingresó al mercado nacional con mayor rapidez en comparación con otras latitudes, y que se puede definir como aquellos que prestan servicios de telecomunicación a través de

sus propios elementos de conmutación, transmisión y facturación, pero que carecen de red de acceso radioeléctrico propia.

El operador virtual carece de su propia asignación de espectro otorgada por el gobierno, en su lugar lo adquiere de concesionarios plenamente establecidos; por tal razón no paga por la concesión de espectro sino que tiene acceso a él y ofrecen servicios a sus suscriptores usando dichos elementos.

El acceso a la red (o a la capacidad inalámbrica) del operador o los operadores móviles existentes se da mediante arrendamiento (se paga tarifa) o compra; por lo tanto, les resulta innecesario poseer toda la infraestructura requerida para proveer servicios de telefonía móvil sin embargo aparece ante el consumidor como un operador independiente de la entidad concesionaria de la red.

El numeral 23 de la Ley General de Telecomunicaciones plantea la posibilidad para quien pretenda prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación puede hacerlo bajo la condición de obtener del órgano regulador la respectiva autorización. Debe entonces, existir un acuerdo precedente entre un concesionario de red pública y quien pretende dar servicios de telecomunicación. Con el objetivo de alcanzar la eficiencia en el uso del espectro se crean mecanismos que permiten identificar el uso de la red en explotación primaria y secundaria. En tal sentido, un concesionario de red para brindar un servicio de telecomunicaciones puede, mediante una transacción de

mercado, permitir que un nuevo operador proporcione otro más. Actualmente operan tres concesionarios de redes para brindar servicios al público: Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Azules y Platas (MoviStar) y América Móvil (Claro CR Telecomunicaciones S.A); además existe un mercado secundario ocupado por dos participantes autorizados: Televisora de Costa Rica, S.A, bajo la marca comercial Tuyo Móvil y Vitualis S.A que actúa mediante la marca Fullmóvil, los cuales son tomados por el regulador como operadores prepago móvil.

### 3.4 Permisos

El permiso es una figura del ordenamiento jurídico que la doctrina ha definido como: *“acto que autoriza a una persona –administrado- para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio ordenamiento. Es una excepción especial respecto de una prohibición general en beneficio de quien lo solicita. Con el permiso se tolera o permite realizar algo muy específico y determinado. Su naturaleza consiste en remover un obstáculo legal para el ejercicio de un poder preexistente”*. (Jinesta, 2002)

El permiso vinculado con el uso del espectro radioeléctrico se encuentra destinado al uso de las bandas de frecuencias para operaciones de carácter temporal, experimental, científico, servicios de radiocomunicación privada, banda ciudadana, de radioaficionados o redes de telemetría de instituciones públicas, y para seguridad, socorro y emergencia.

El permiso deberá ser tramitado ante el Poder Ejecutivo, quien deberá -dentro de los cinco días hábiles siguientes a la solicitud- pedir a la SUTEL una recomendación, que constituye

un criterio técnico sobre su otorgamiento o rechazo, -la SUTEL cuenta con quince días para emitir dicho criterio-. Esta figura permite que se dé –de manera excepcional- el uso de las telecomunicaciones en beneficio de los ciudadanos, no siendo aplicable a los operadores de los servicios, quienes deben tener concesión u autorización para otorgarlos.

## 4. Procedimiento de Adecuación De Títulos Otorgados y la evidencia de la displicencia en el Régimen Anterior

Con la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones y con el objetivo de conocer el verdadero número de titulares habilitados para desarrollar servicios en el espectro radioeléctrico y en armonía con el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias se requirió a los concesionarios de bandas de frecuencia, públicos o privado rendir un informe con indicación de las bandas de frecuencia asignadas y el uso de las mismas.

La SUTEL recibió un total de 1.030 informes de concesionarios para un total de 4.356 frecuencias y rangos (sin incluir radioaficionados), lo que arrojó un promedio de 4.22 frecuencias por concesionario, distribuidos de la siguiente forma:

- 3171 frecuencias reportadas en la banda no comercial, en donde se incluyen los servicios privados.
- 293 reportes de radioaficionados y banda ciudadana, que si bien son servicios no comerciales, por la naturaleza de asignación no exclusiva, se enumeran por separado.

- 897 frecuencias ubicadas en la banda comercial. Estas incluyen las bandas de servicios entroncados comerciales, mensajería (en sus diferentes rangos de frecuencia), radiodifusión sonora y televisiva con sus respectivos enlaces.
- 288 reportes en la banda de seguridad, socorro y emergencia. (Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), 2009)

La deficiencia en la documentación de respaldo de la concesión figura como uno de los principales hallazgos del informe, el cual textualmente señala: *“Tomando el caso de los servicios privados, hay una gran distorsión en cuanto a la documentación que sustenta las concesiones, pues de las 3.171 frecuencias, 2.553 se reportaron con documentos vencidos y 775 sin ningún documento oficial de respaldo, por lo tanto únicamente 618 frecuencias están debidamente documentadas.”* (Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), 2009)

Derivado de este hallazgo y de frente a las solicitudes que se encontraban en trámite cuando entró en vigencia la nueva normativa, y como respuesta al Ministro Rector, la Procuraduría General de la República señaló en el dictamen C-151-2011 del 5 de julio de 2011 que en virtud de que la explotación del espectro radioeléctrico por los particulares requiere concesión conforme lo dispuesto en el inciso 14 artículo 121 de la Constitución Política, dicha concesión es un acto de Derecho Público que debe contener las condiciones bajo las cuales el particular podrá explotar las frecuencias y cuáles son las frecuencias asignadas; asimismo, dado que ni la Constitución ni en su momento la Ley de Radio previeron el acto tácito como forma de adquisición del derecho de uso y explotación del espectro –aspecto importante

en materia de bienes demaniales-; la inercia de la administración carece de la capacidad de generar el derecho a la explotación de dicho bien demanial. Por consiguiente, si la Administración no realizó inspecciones ni dictó resolución final en los procedimientos para otorgar una concesión -con el anterior régimen jurídico- considerar que ello provoca un consentimiento tácito a la explotación del espectro resulta totalmente improcedente; por lo tanto, Administración está obligada a corregir esa situación cuando se percate de la misma.

Continúa este dictamen señalando que la actuación particular no puede considerarse generadora de un derecho a la explotación del espectro radioeléctrico; por consiguiente, del simple acto de pago de un canon no puede derivarse la titularidad de un derecho de explotación de las frecuencias, recalando que por tratarse de un bien demanial con una regulación constitucionalmente establecida resulta improcedente aplicar el silencio positivo.

Otro punto rescatable del análisis realizado por la Procuraduría General es la afirmación de que toda concesión que se acuerde debe tomar en cuenta el destino de las frecuencias según el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias, de tal manera, que se debe rechazar cualquier solicitud de frecuencias que resulten contrarias al nuevo ordenamiento, incluyendo las disposiciones referidas al destino de las frecuencias.

Por lo tanto, la resolución final de la Administración debe partir no solo de la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos por parte del interesado sino también de la conformidad de la solicitud con el Reglamento de Radiocomunicaciones

y sobre todo con la Ley General de Telecomunicaciones y sus reglamentos. Igualmente señala que a la luz del Reglamento de Radiocomunicaciones no era posible tramitar una concesión en forma directa si lo que se pretendía era prestar servicios de radiocomunicación a terceros, dado que la interpretación de la norma no lo permitía. En ese sentido, tanto antes como ahora, el principio es que las frecuencias destinadas a la prestación de servicios disponibles al público solo pueden ser concesionadas mediante el trámite de concurso público. Por ende, la Administración no puede otorgar una concesión directa cuando el servicio a que se destinan las frecuencias es un servicio disponible al público o en términos del Reglamento de Radiocomunicaciones, un servicio de radiocomunicación al comercio.

En dictamen C-280-2011 del 11 de noviembre de 2011 la Procuraduría General de la República indicó que la Administración tendría que declarar caducas las reservas cuando transcurrido los plazos correspondientes, el administrado no cumplió sus obligaciones en orden a los requerimientos técnicos o bien, no le notificó el haber cumplido; lo cual requiere una comprobación de parte de la Administración. Reiteró que los permisos de uso de frecuencias para instalar equipos otorgados con base en el Reglamento de Radiocomunicaciones carecían de una norma que dispusiera su prórroga más allá del año, integrado por seis meses originales y una única prórroga por seis meses.

Resultando relevante el siguiente extracto: *“no podría concluirse que la vigencia del permiso de uso sea una condición para el otorgamiento de una concesión. La concesión no se sujetó al otorgamiento del permiso de uso y, por ende, no puede*

*sujetarse a la vigencia de ese permiso. Empero, la caducidad del permiso implica que el administrado no puede continuar con el uso del espectro y menos con la explotación, porque esta última no fue nunca permitida por los Reglamentos.”* (C-280-2011, 2011)-

Recalca que la solicitud de frecuencias para servicios privados no autorizaba un uso comercial del espectro, al puntualizar que: *“Si se solicitó concesión para servicios privados, que son servicios de radiocomunicación privados, y no para servicios de radiocomunicación a terceros, en los términos de la Ley General de Telecomunicaciones lo correspondiente sería otorgar una concesión para redes privadas que, ciertamente, no permite prestar servicios disponibles al público. Como las frecuencias deben ser otorgadas conforme el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias, a las solicitudes pendientes no se les podría otorgar en concesión una frecuencia asignada a usos comerciales por ese Plan. Por el contrario, la Administración deberá otorgar una frecuencia que esté prevista para usos no comerciales, de modo que el solicitante cuente con las frecuencias que le permitan satisfacer las propias necesidades de radiocomunicación, tal como lo pidió.”* (C-280-2011, 2011).

Con relación al fenómeno de la convergencia de servicios en la adecuación de los títulos habilitantes, indicó que si bien ésta se refiere a la capacidad de la red de transportar distintos servicios de telecomunicaciones y a la aproximación de dispositivos de consumo en orden a esos servicios, lo cierto es que legalmente la operación de una red continúa requiriendo un título habilitante, que en tanto requiera del uso del espectro radioeléctrico será la concesión -salvo en el

supuesto del artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones-, de tal modo, que la posibilidad de convergencia no es una causal para eliminar los requerimientos necesarios para otorgar una concesión.

De esta forma la Procuraduría dio la interpretación vinculante necesaria para que el Poder Ejecutivo ejecutara las acciones necesarias para que en forma eficaz administre adecuadamente el espectro radioeléctrico, bien demanial, que por mucho tiempo, antes de la reforma legal introducida a partir del año 2008, se tenía de manera displicente. El reto era y aún lo es generar el debido orden de quienes están explotando el espectro de conformidad con los nuevos parámetros normativos.

## **5. Régimen especial para proveedores del servicio de radio y televisión**

El artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones establece en nuevo régimen de la radiodifusión sonora y televisiva abierta en nuestro país, definiéndola: de libre acceso para el público; en otras palabras, no susceptible de pagos por derechos de suscripción, sus señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea, cuya programación es comercial, educativa o cultural y que por sus aspectos informativos, culturales y recreativos constituye una actividad privada de interés público.

A pesar de ser un servicio de telecomunicaciones no se consideran como un servicio de telecomunicaciones disponible al público en los términos de dicha ley; en consecuencia, no le es aplicable el régimen

respectivo y si el radiodifusor lo quisiera deberá estar tecnológicamente habilitado al efecto para contar con el título habilitante requerido, cumpliendo con los requisitos legales y administrativos para conseguirlo. Esta peculiar distinción, excluye la radiodifusión abierta del régimen de garantías fundamentales de las telecomunicaciones del Título II de la Ley No. 8642 y la somete para el otorgamiento de las concesiones y la prestación de los servicios a la Ley de Radio N° 1758, del 19 de junio de 1954, sus reglamentos y reformas.

Esta normativa establece que los servicios inalámbricos de radiodifusión sonora y televisiva de libre acceso o convencionales requieren de una concesión especial o legal debido al aprovechamiento del espectro radioeléctrico, que como bien demanial de administración estatal, solo podrá ser explotado por los particulares, bajo las condiciones y estipulaciones legalmente establecidas, misma, que inviste el servicio de un interés público relevante, en virtud, de los fines e intereses tutelados en pro de la información, educación, la cultura y el entretenimiento sano del ciudadano.

El 15 de enero de 2013 mediante Dictamen C-003-2013 la Procuraduría General de la República, se pronuncia sobre la posibilidad de otorgar permisos precarios y temporales para el uso del espectro radioeléctrico para supuestos no contemplados en la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento y en particular para quienes realizan pruebas en televisión digital terrestre. En ese Dictamen, entre otros aspectos, se indicó lo siguiente:

El tema de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones fue abarcado por la Procuraduría General en relación con la

posibilidad de que la radiodifusión esté sujeta al pago del canon de regulación del espectro. Es de indicar que en esa ocasión, en dictamen C-089-2010 de 30 de abril de 2010, la Procuraduría utilizó el mismo título que ahora emplea para este acápite: no se indica que la Ley General no se aplica a la radiodifusión, sino que su aplicación es *restringida*. Lo anterior para concluir fundamentalmente que el otorgamiento de concesiones se rige por la Ley de Radio y que las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones sobre servicios de telecomunicaciones disponibles al público no se aplican, en principio, a los servicios de radiodifusión. La Procuraduría no solo no considera que la Ley General es inaplicable a la radiodifusión, sino que, por el contrario, afirmó que el régimen de la radiodifusión abierta es mixto, ya que se aplica tanto la Ley de Radio como la Ley General de Telecomunicaciones. En relación con esa aplicación manifestó:

*“Lo primero que salta a la vista es la afirmación legislativa de la naturaleza del servicio, afirmación que no se hace respecto del resto de servicios de telecomunicaciones. En efecto, respecto de estos no se precisa cuál es la naturaleza jurídica de la actividad, obligando al operador jurídico a derivarlo del conjunto de sus disposiciones. Luego, la exclusión de la Ley General de Telecomunicaciones en cuanto al régimen de los títulos habilitantes y respecto de la propia prestación de los servicios. Estos ámbitos continúan rigiéndose por la Ley de Radio. SUTEL realiza los trámites necesarios para preparar el concurso de la concesión y recomienda el otorgamiento de esas concesiones.*”

*El párrafo segundo hace una precisión a lo anterior: La Ley de Radio continúa aplicándose a los servicios de radiodifusión de acceso libre, sea los que pueden ser recibidos libremente por el público, “sin pago de derechos de suscripción” y cuyas señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea. De esa forma, el párrafo segundo del artículo marca diferencias sustanciales con el resto de servicios de telecomunicaciones e incluso con otros servicios de radiodifusión. Con base en ese párrafo es posible afirmar la inaplicabilidad de las distintas disposiciones de la Ley referidas a los servicios disponibles al público. O mejor dicho, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Ello en el tanto en que estos se definen en el artículo 6 de la Ley como:*

*“24) Servicios de telecomunicaciones disponibles al público: servicios que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica”.*

En el concepto de servicios disponibles al público va implícito el pago por el servicio recibido. Ergo, para recibir el servicio el usuario debe cubrir una tarifa, sin que pueda recibirlos en forma gratuita. Gratuidad que se postula en la radiodifusión de acceso libre, puesto que cualquiera puede recibir el servicio a partir de la tenencia del aparato correspondiente sin tener que cubrir suma alguna por esa recepción.

De acuerdo con la definición de redes de telecomunicaciones, estas comprenden las “redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información

transportada”. Unas redes que no pueden ser calificadas como redes públicas de telecomunicaciones, ya que de acuerdo con el inciso 21 del artículo 6, las redes públicas de telecomunicaciones se utilizan total o principalmente para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y como ya se sabe, los servicios de radiodifusión de acceso libre no son servicios disponibles al público y no en toda red de radiodifusión convencional puede prestarse un servicio de telecomunicaciones disponible al público. Tampoco son redes privadas puesto que estas excluyen la prestación y explotación de servicios a terceros. Precisamos, de acuerdo con el artículo 6, inciso 19, el concepto de redes de telecomunicación en tanto sistema de transmisión y recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos, en este caso, por medios radioeléctricos, abarca las redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva, pero estas no son ni redes públicas ni redes privadas. En ese sentido, si la Ley de Telecomunicaciones se aplica a las redes con que se proveen los servicios de radiodifusión de acceso libre es por el interés en sujetarlas a la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión, sin que eso signifique que esas redes se rijan por otras disposiciones aplicables a las redes públicas de telecomunicaciones.

El tercer párrafo de este artículo 29 significa, a contrario sensu, que cualquier regulación de la Ley General que no concierna directamente la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y el régimen sectorial de competencia, resulta inaplicable a las redes

de soporte de los servicios de radiodifusión de acceso libre. A diferencia de lo que se sostiene en la consulta, considera la Procuraduría que de los párrafos tercero y cuarto de ese artículo no es posible concluir que los servicios de radiodifusión sonora y televisiva sólo están regulados en la Ley de Radio y su reglamento en orden al otorgamiento de concesiones y la prestación de los servicios. Por el contrario, estos servicios presentan la particularidad de que están sujetos a la Ley de Radio en todas sus disposiciones y a la de Telecomunicaciones en orden a los aspectos expresamente señalados en el párrafo tercero de mérito: planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, al régimen sectorial de competencia y a las disposiciones de acceso e interconexión.

El último párrafo del artículo 29 manifiesta claramente la exclusión de los servicios de radiodifusión de acceso libre a las regulaciones de la Ley de Telecomunicaciones. Solo en el tanto en que los proveedores de estos servicios se encuentren habilitados tecnológicamente para prestar “servicios de telecomunicaciones” (lo que reafirma que para efectos de la Ley, los de radiodifusión de acceso libre no son servicios de telecomunicaciones) por medio de sus redes, se sujetan plenamente a la Ley y por ello requerirán el título habilitante previsto en ella y cumplir el resto de requisitos obligatorios allí establecidos. (C-003-2013, 2013)

En ese ámbito, interesa destacar la sujeción de las redes que dan soporte a la radiodifusión a la planificación, administración y control del espectro radioeléctrico al Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, al Plan Nacional de Asignación de Frecuencias, a las metas, los objetivos y políticas del

sector de telecomunicaciones y también sometimiento a los principios que informan estas funciones. Por lo que las redes tendrán que someterse a las competencias propias del Poder Ejecutivo y de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Ello comprende lo relativo a la asignación, reasignación, adecuación y en su caso, el rescate de frecuencias, aspectos regulados en la Ley General de Telecomunicaciones.

Este sistema que podría calificarse como híbrido ha generado confusión con relación a los montos que deben cancelar los concesionarios de redes de radiodifusión en comparación con los operadores y proveedores de servicios de telecomunicación, dado que estos últimos deben cancelar tres rubros que son: canon de regulación, canon de reserva de espectro y la contribución parafiscal hacia el fondo nacional de telecomunicaciones; mientras que los concesionarios de redes de radiodifusión cancelan únicamente el impuesto proveniente de la Ley de Radio –el cual no ha sufrido variación desde la década de los años cincuenta del siglo pasado aspecto sobre lo cual ya se ha pronunciado el órgano contralor- situación que produce un uso del espectro asimétrico en cuanto a los egresos que se determinan a quienes se les ha dado la posibilidad de explotar este bien demanial.

## 6. **Derechos y obligaciones de los operadores de redes de telecomunicaciones**

La Ley General de Telecomunicaciones establece derechos y obligaciones para los operadores de redes. Dentro de los derechos de los operadores de redes se encuentra el derecho de paso y uso conjunto de

infraestructura, lo cual, de acuerdo con la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos será verificado por la SUTEL en su condición de órgano regulador. Para ello, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convendrán entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión, de conformidad con el proceso previsto a partir del artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Adicionalmente, las autoridades titulares de dichos bienes deben permitir la instalación de redes públicas de telecomunicaciones sobre bienes de dominio público, según el

artículo 79 de la Ley citada recientemente. Asimismo, con fundamento en la misma norma, los operadores de redes públicas de telecomunicación pueden ubicar dichas redes en propiedad privada, previo acuerdo con el propietario del inmueble respectivo. En casos de desacuerdo el operador de la red podrá recurrir al Ministerio rector para que promueva el proceso de expropiación forzosa o de imposición de la servidumbre.

Dentro de las obligaciones que poseen los concesionarios y operadores de redes de telecomunicaciones están el pago de las obligaciones económicas que son:

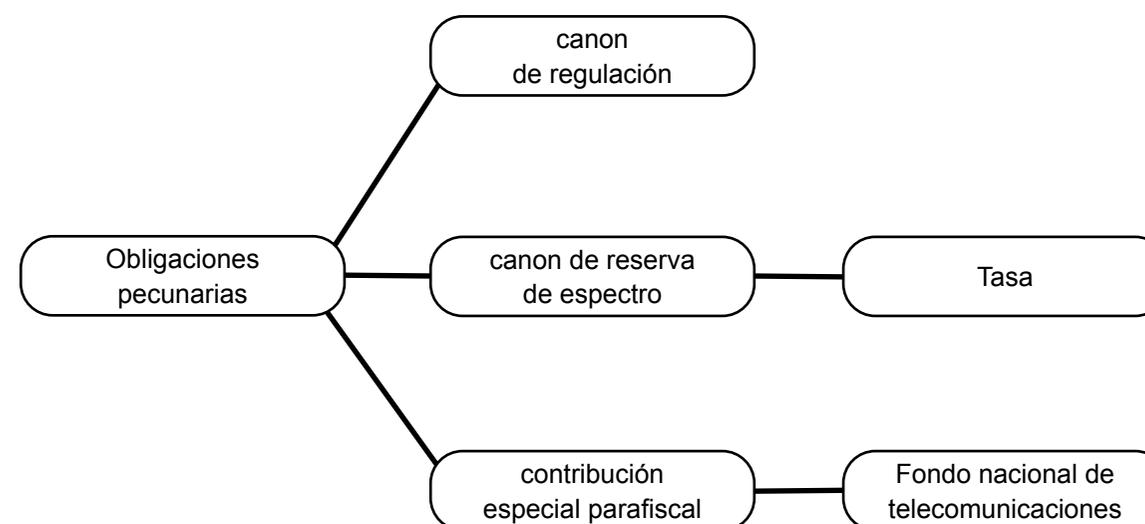


Figura 2. Obligaciones pecunarias

En este punto resulta relevante definir qué se entiende por canon haciendo referencia al dictamen C-281-2008 de la Procuraduría General de la República en donde se indicó que el canon era una obligación pecuniaria establecida por la ley, con el objeto de proporcionar recursos a partir de la utilización o aprovechamiento de un bien público, sea este material o inmaterial. Por su parte, la Contraloría General de la República, sujeto activo dentro del proceso de definición del monto final a distribuir entre los regulados por concepto de canon de regulación, conforme su papel de aprobación establecido en el artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos define el canon como un ingreso que percibe el órgano o ente regulador para financiar el servicio de regulación para cada actividad, por cuenta de los sujetos públicos o privados que de acuerdo con el ordenamiento jurídico están afectos a regulación.

Se podría afirmar entonces que canon es aquella contraprestación que se exige en virtud del dominio público o de una concesión; en el tanto exista una concesión de dominio público, podría considerarse que es correcto hablar de un canon. Empero, el canon no es una contraprestación de naturaleza tributaria. De modo que si hay canon, en principio, no hay tributo. Con ello se concreta la vinculación de la obligación de los regulados a cubrir este rubro a partir del título habilitante otorgado por el Estado. En el caso en estudio, el canon de regulación pretende dotar a la SUTEL de los recursos necesarios para que pueda realizar administración eficiente del espectro radioeléctrico.

Otra obligación de carácter pecuniario a cubrir por quienes tienen un título habilitante es el canon de reserva de espectro, el cual

a pesar de ser presentado como un canon según la lectura del artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones se tiene que se refiere más bien a una tasa, que es fija por el regulador con base en los siguientes parámetros:

- a). La cantidad de espectro reservado.
- b). La reserva exclusiva y excluyente del espectro.
- c). El plazo de la concesión.
- d). La densidad poblacional y el índice de desarrollo humano de su población.
- e). La potencia de los equipos de transmisión.
- f). La utilidad para la sociedad asociada con la prestación de los servicios.
- g). Las frecuencias adjudicadas.
- h). La cantidad de servicios brindados con el espectro concesionado.
- i). El ancho de banda.

La figura de la tasa se puede definir como: *“Por tasa se entiende el tributo que los y las ciudadanas pagan al Estado por la prestación directa o inmediata de un servicio público, por ejemplo, el pago del peaje, la recolección de basura, el alumbrado público, y similares. El producto de lo recaudado por la tasa debe tener por destino el sostenimiento del mismo servicio, que da lugar a la tasa”* (Arroyo Chacón & Bolaños González, 2013). Por su parte, el artículo 4 del Código de normas y procedimientos tributarios de la siguiente manera: *“tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye la razón de ser de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado.”* (Asamblea Legislativa, 1971)

Tomando como referencia la naturaleza de la tasa, la Procuraduría General de la República en el dictamen C-021-2013 del 20 de febrero del 2013 insta a la Superintendencia de Telecomunicaciones a determinar el monto del canon de reserva del espectro con base en los puntos incluidos en el artículo 63 de la Ley General de Telecomunicaciones antes detallados, sin posibilidad de tomar en consideración otras variables tales como el costo de los servicios que presta, aspecto que en el presente estudio se considera conflictivo dado que los parámetros expuestos en dicho numeral posee un alto nivel de complejidad para ser traducidos en términos económicos, al contrario de lo que sucede con las funciones que realiza el regulador en cumplimiento de las competencias expresamente definidas en el artículo 7 del citado cuerpo normativo, controversia que actualmente se encuentra en discusión en vía judicial y sobre la cual aún carece de pronunciamiento definitivo.

No obstante, al margen de la discusión planteada lo cierto es que el objetivo principal del canon de reserva del espectro radioeléctrico es dotar al regulador de los recursos necesarios para que pueda cumplir con las tareas que se le han asignado en cuanto a la planificación, a la administración y el control del uso eficiente del espectro radioeléctrico, competencias explícitas en el artículo 7 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Finalmente, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público deben cancelar una contribución especial parafiscal calculada con base en los ingresos brutos devengados anualmente, tal y como señala el artículo 38 de la

Ley General de Telecomunicaciones. La contribución especial se puede definir como: *“Por contribución especial se entiende el tributo cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Las sumas que se obtengan por la contribución especial se encaminan a sufragar el costo de la obra o servicio, que ocasiona el nacimiento de la obligación respectiva.”* (Arroyo Chacón & Bolaños González, 2013). Por su parte, el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, define esta figura como: *“Contribución especial es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, ejercidas en forma descentralizada o no; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o de las actividades que constituyen la razón de ser de la obligación”* (Asamblea Legislativa, 1971).

La base imponible de esta contribución corresponde a los ingresos brutos obtenidos, directamente, por la operación de redes públicas de telecomunicaciones o por proveer servicios de telecomunicaciones disponibles al público. El monto es fijado por la SUTEL a más tardar el 30 de noviembre del período fiscal respectivo, dentro de una banda con un mínimo de un uno coma cinco por ciento (1,5%) y un máximo de un tres por ciento (3%).

Los recursos obtenidos sirven para incrementar el Fondo nacional de Telecomunicaciones, que debe ser utilizado por la SUTEL para desarrollar que de

acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, financiar:

- a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes. Las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor.
- b) Los proyectos de acceso y servicio universal según el artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones.

De esta forma queda clara la obligación de los participantes del mercado de telecomunicación de financiar las actividades deficitarias que no cubren normalmente los participantes, aspecto que identifica otro fin de la apertura, el acceso universal definido como el derecho efectivo al acceso de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, disponibles al público en general, de uso colectivo a costo asequible, a una distancia razonable respecto de los domicilios, con independencia de la localización geográfica y condición socioeconómica del usuario, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

## 7. Las redes de telecomunicaciones

El inciso 19 del artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones define la red de telecomunicaciones de la siguiente manera: “sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión

*de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”. (Asamblea Legislativa, 2008)*

Estas redes pueden ser privadas: red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades propias de su titular, lo que excluye la prestación y explotación de estos servicios a terceros; o públicas: red de telecomunicaciones que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

Por su parte el Decreto Ejecutivo N° 36159 del 10 de mayo de 2010, denominado Normas, estándares y competencias de las entidades públicas para la aprobación coordinada y expedita requerida para la instalación o ampliación de redes de telecomunicaciones, definió en el inciso c) de su numeral 3 infraestructura de Telecomunicaciones como: “*Infraestructura de Telecomunicaciones: es toda estructura que se fije o se incorpore a un terreno, en el subsuelo o sobre él, que estará destinada a la instalación y soporte de una red o un servicio de telecomunicaciones. La infraestructura de telecomunicaciones puede estar constituida, por canalizaciones, ductos, postes, torres, estaciones de control y demás estructuras requeridas para la instalación y operación de las redes públicas para la provisión de servicios de telecomunicaciones. Este tipo de infraestructura no representa un fin como unidad habitacional*”. (Poder Ejecutivo, 2010)

Para su instalación los operadores requieren cumplir requisitos y efectuar trámites ante

diferentes instancias de la Administración Pública, tales como: Viabilidad ambiental otorgada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET); permiso de uso en las áreas silvestres protegidas, otorgado por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) del MINAET; visado de altura otorgado por la Dirección General de Aviación Civil (DGAC), y los certificados de uso del suelo y licencias de construcción otorgadas por la municipalidad respectiva.

Las regulaciones pertinentes a estos trámites deben estar en comunión con las políticas específicas del tema. El Estado a través del Ministerio rector del Sector de Telecomunicaciones, es el encargado de elaborar las políticas propias del Sector y del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, que establecen los objetivos y metas que el país pretende alcanzar en materia de telecomunicación y con base en los cuales se determina la necesidad y factibilidad de las redes públicas de telecomunicaciones y de nuevos servicios de telecomunicaciones. Se postula entonces que ese acceso permite mejorar la calidad de vida de las personas y contribuye con el desarrollo económico y social de estas y de la sociedad en su conjunto, ello de acuerdo con la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, en la cual se establece el compromiso de: “*construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su*

*desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos*”. (Organización de las Naciones Unidas, 2004)

El concepto de red de telecomunicaciones es comprensivo de los medios requeridos para la transmisión de señales, así como la infraestructura creada para tal efecto; por ende, la regulación de las infraestructuras de las cuales forman parte las torres y obviamente las antenas que sobre estas se instalan. La regulación correspondiente envuelve un claro interés público. Recuérdese que el artículo 74 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone: “*Declaratoria de interés público. Considerase una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y la operación de las redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos. Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones podrán convenir entre sí la utilización conjunta o el alquiler de sus redes*”. (Asamblea Legislativa, 1996)

Debido a dicho interés público se permite la instalación de las redes públicas en bienes de dominio público y se autoriza la expropiación de la propiedad privada para estos efectos. En lo que interesa el artículo 79 de la citada Ley declara de interés público los inmuebles privados que sean necesarios para “*el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones o de cualquiera de sus elementos. Estos bienes inmuebles podrán ser expropiados conforme a la Ley de expropiaciones, N.° 7495, y quedarán a nombre del Estado*”. (Asamblea Legislativa, 1996)

Dichos postulados tienen un alcance nacional en virtud de los bienes jurídicos comprendidos en la regulación, tales como: la protección de la salud y el ambiente, el buen funcionamiento de las redes y el derecho a la prestación del servicio, entre otros. En lo que se refiere a la salud y al ambiente, los efectos de las ondas electromagnéticas son idénticos en todo el territorio nacional y su impacto sobre la salud pública y de las personas no depende de un criterio local. Al respecto el voto 17146-2011, del 14 de diciembre de 2011 de la Sala Constitucional señaló que las torres para antenas celulares eran un tema de interés nacional que excede la esfera cantonal y las municipalidades no pueden entorpecer su instalación, recalcó que el Estado se comprometió a la luz del Derecho Internacional Público a contar con una infraestructura robusta, sólida y normalizada en materia de telecomunicaciones, a partir de ello, dejó claro que las municipalidades del país no pueden establecer regulaciones y requisitos asimétricos que impidan una infraestructura normalizada y uniforme; afirmando de manera contundente que la autonomía de los municipios no les habilitaba para sustraerse competencias de evidente interés público y nacional.

Quedando claramente establecido que dicho tema posee regulación nacional por su carácter general y que los gobiernos locales no pueden interferir en esta materia.

## Conclusión

La principal conclusión que se deriva de este documento es que la apertura introdujo importantes cambios en la cultura del país, y en el marco jurídico vigente, no sólo se trata de la aprobación de nuevas normas

legales sino que también incluye el cambiar paradigmas y conceptos que antiguamente regían la materia, por lo que las situaciones que hoy se presentan se deben resolver siguiendo una lógica de pensamiento distinta a la que tradicionalmente había tenido el país.

Igualmente, es un tema aún en construcción, por lo que la discusión no está finiquitada, al contrario, cada vez que se presenta una nueva consulta se aporta a la formación. Aún se está delineando el papel de los actores, tanto públicos, prestadores del servicio, entes reguladores y la propia ciudadanía y el ámbito de actuación de cada uno.

El presente documento pretendía exponer el avance alcanzado en materia de regulación de telecomunicaciones, así como plantear los temas que aún se encuentran pendientes de resolver como una manera de contribuir a su discusión, lo cual se considera alcanzado y el objetivo satisfecho.

Los autores no pretendían agotar el tema, por el contrario, su objetivo es exponerlo para discusión de los juristas y público en general, con el fin de construir entre todos los conceptos y principios que regularan la materia de telecomunicaciones en Costa Rica.

## Bibliografía

3451-96, 3451 (Sala Constitucional 09 de Julio de 1996).

6432-1998, 6432 (Sala Constitucional 04 de Setiembre de 1998).

2008-04569, 04569 (Sala Constitucional 23 de marzo de 2008).

C-281-2008, 281 (Procuraduría General de la República 14 de agosto de 2008).

Opinión Jurídica N° OJ-73-2009, 73 (Procuraduría General de la República 11 de Agosto de 2009).

Opinión Jurídica OJ-57-2009, 58 (Procuraduría General de la República 01 de Julio de 2009).

C-151-2011, 151 (Procuraduría General de la República 05 de julio de 2011).

C-280-2011, 280 (Procuraduría General de la República 11 de noviembre de 2011).

C-003-2013, 003 (Procuraduría General de la República 15 de Enero de 2013).

C-021-2013, 021 (Procuraduría General de la República 20 de febrero de 2013).

Arroyo Chacón, J. I., & Bolaños González, J. (2013). *Derecho Empresarial II*. San José, Costa Rica: EUNED.

Asamblea Legislativa. (1971). *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Asamblea Legislativa. (1996). *Ley N° 7593 denominada Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2008). *Ley N° 8642 denominado Ley General de Telecomunicaciones*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Chillón, M. J. (2013). *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías*

*de la Información*. Recuperado el 2013 de julio de 10, de <http://www.indotel.gob.do/relaciones-publicas/publicaciones/libro-derechos-medina.html>

Despacho de la Contralora General de la República. (2012). *Resolución R-2-2012-DC-DFOE*. San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

González Vergara, A. (1965). *La concesión, acto administrativo creador de derechos*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Jinesta, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. San José, Costa Rica: Editorial Diké.

Mata González, M. Á. (2009). *Operadores Móviles Virtuales: Claves Jurídicas*. *Revista de Contratación Electrónica*, 46.

Melgen, E. (s.f.). *Mutabilidad de los títulos habilitantes*. Obtenido de <http://www.eliasmelgen.com/publicaciones/MutabilidadHabitantes.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (12 de mayo de 2004). *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información*. Recuperado el 18 de Abril de 2014, de Declaración de Principios: Construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Ejecutivo N° 34765 denominado Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Poder Ejecutivo. (2010). *Decreto Ejecutivo N° 36159 denominado Normas, estándares*

*y competencias de las entidades públicas para la aprobación coordinada y expedita requerida para la instalación o ampliación de redes de telecomunicaciones.* San José, Costa Rica: SINALEVI.

Registro Nacional de Telecomunicaciones. (s.f.). *Registro Nacional de Telecomunicaciones*. Recuperado el 03 de Julio de 2013, de <https://sutel.go.cr/rnt/titulos-habilitantes/autorizaciones>

Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). (2009). *Informe técnico sobre el uso y asignación del espectro en Costa Rica*. San José, Costa Rica: SUTEL.

Vinocour Fornieri, M. (enero-abril 2008). Apuntes sobre la concesión de obra pública y servicio público en Costa. *Revista de las Ciencias Jurídicas*, 13-34.

### **Sobre los autores:**

#### **Jennifer Isabel Arroyo Chacón**

Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública, incorporada al Colegio de Abogados y

Abogadas, al Colegio de Contadores Públicos y al Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS), posee un Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica. Labora en la Contraloría General de la República y ha fungido como docente en cursos de derechos, administración, contabilidad y auditoría en universidades públicas y privadas. Ha publicado libros y artículos en las ramas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales.

#### **José Francisco Monge Fonseca**

Abogado. Licenciado en Derecho egresado de la UCR incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, actualmente doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad Escuela Libre de Derecho, ha cursado diversos estudios en el sector de telecomunicaciones, Actualmente se desempeña como Fiscalizador en el Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la Contraloría General de la República.