

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 116**

**junio 2015**

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

<b>Presentación</b>	
Dr. Víctor Pérez Vargas .....	5
<b>La ley de garantías mobiliarias. Primeras visiones.</b>	
Lic. Federico Torrealba .....	11
<b>Un nuevo paradigma sobre las infracciones laborales</b>	
Dr. Eric Briones Briones. ....	31
<b>Hacia la autorregulación voluntaria en los mercados capitales emergentes: el caso brasileño</b>	
M.Sc. Carlos Valenciano Góngora .....	65
<b>Tipología de los delitos vinculados con la función pública en el ordenamiento jurídico costarricense</b>	
M.P.A Jennifer Isabel Arroyo Chacón .....	111
<b>La continuidad de la empresa en los procesos liquidatorios</b>	
M.Sc. Magda Díaz Bolaños .....	165
<b>El proceso de “due diligence” en materia inmobiliaria: naturaleza, contenido y patología</b>	
M.Sc. José María Pacheco Fonseca .....	197
<b>El concepto de arbitraje comercial internacional</b>	
Lic. José Rafael Fernández Quesada .....	217
<b>El aval</b>	
Licda. Alina Guadamuz Flores. ....	235
<b>Entorno empresarial como núcleo problemático específico en el derecho penal. Reflexión crítica a la coyuntura actual</b>	
Licda. Soledad de los Ángeles Cortes Sandí .....	259
<b>Derecho a la voz y sus implicaciones en el proceso penal costarricense</b>	
Licda. Tatiana Sánchez Sánchez	
Licda. Suyen Vega Mena.....	273
<b>La excesiva onerosidad sobreviniente, desde la perspectiva del Derecho Comparado</b>	
Dr. Víctor Pérez Vargas .....	301

## PRESENTACIÓN

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

En esta edición de la Revista Judicial, ofrecemos aportes sobre garantías mobiliarias, autorregulación voluntaria en fusiones y adquisiciones, derecho a la voz, el aval, Derecho Ambiental, procesos liquidatorios, “Derecho Penal Económico”, Arbitraje y Derecho Comparado.

En su exposición titulada LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS. PRIMERAS VISIONES, el **Lic. Federico Torrealba**, Profesor de Derecho Privado en la Universidad de Costa Rica, afirma la existencia de dos paradigmas muy diversos en materia de garantías mobiliarias –en inglés, security interests–. Nos informa que, de los sistemas de garantías de influencia anglosajona y germánica, se predica su flexibilidad, redundante en eficiencia económica y que del sistema latino-continental, su arcaísmo y rigidez, incidente en la causación de perniciosos efectos macroeconómicos. Estas consecuencias son la obstaculización del acceso al crédito comercial y a la oferta de financiamiento a tasas más elevadas, correspondientes al mayor grado de riesgo de incobrabilidad asumido por el acreedor. Al referirse a las garantías mobiliarias de tercera generación, indica que se caracterizan por la mayor flexibilidad en cuanto al grado de determinación de los bienes susceptibles de ser dados en garantía. Por ejemplo, se admite como garantía cualquier derecho o situación jurídica con valor comercial –de lo cual los contratantes son los principales árbitros, con lo cual se recuperan espacios a la autonomía de la voluntad. Se hace especial énfasis, como aspecto novedoso, en la posibilidad de ofrecer y dar en garantía bienes de género y futuros, como inventarios y cuentas por cobrar. El autor aclara que una diferencia fundamental con la prenda de segunda generación, es que el gravamen no sigue al bien, como obligación real, ni, por consiguiente, tiene el acreedor derecho a la reipersecutoriedad (droit de suite): las cosas garantizadas salen del patrimonio del deudor sin llevar sobre sí el gravamen. De este modo, se protege al tercero de buena fe, quien adquiere los bienes libres de gravámenes siempre y cuando el acto se encuadre en el contexto del giro normal de los negocios del deudor. Este trabajo critica la supuesta superioridad jerárquica del artículo 76 LGM. Sostiene: “De prestársele oídos –sin una lectura en clave constitucional armónica con el artículo 46 de la Carta Magna–, entonces se llegaría a la conclusión de que, frente al señorío de la LGM, quedaría expatriada la Ley 7472, e inoperantes sus disposiciones de protección al consumidor frente a cláusulas abusivas, como lo serían, sin lugar a dudas, aquellas que “favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente””.

El **Dr. Eric Briones Briones**, Abogado y Profesor Laboralista comparte con nosotros UN NUEVO PARADIGMA SOBRE LAS INFRACCIONES LABORALES, un aporte teórico jurídico, en la consecución de un nuevo sistema nacional sancionador por infraccionalidad laboral, frente

al actualmente estatuido dentro del Código de Trabajo, el cual data de algo más de 70 años. Sus actuales artículos 311 y 614, junto con normativa concordante, sea el Código de la Niñez y la Adolescencia (artículo 101), vienen a establecer un listado de sanciones, que hoy por hoy, solo significan multas de tipo pecuniario, contra quien infrinja una disposición de tipo laboral. En su opinión, el andamiaje jurídico, debe contar con la creación de códigos de actuación (reglamentación) que conlleven los elementos éticos y de constante superación profesional; por cuanto está comprobado que cuanto mayor es la remuneración, capacitación formal e incentivos económicos que ostente un servidor público, menor es la tentación que va a hallar en actos que puedan comprometer su grado de imparcialidad.

El **M.Sc. Carlos Valenciano Góngora**, participa con HACIA LA AUTORREGULACIÓN VOLUNTARIA EN LOS MERCADOS CAPITALES EMERGENTES: EL CASO BRASILEÑO. Ahí nos relata que en 2013 inició funciones en Brasil el “Comitê de Aquisições e Fusões”, producto del esfuerzo conjunto de sus principales participantes por fortalecer el mercado local mediante el establecimiento de un esquema de autorregulación voluntaria de las operaciones de cambio de control y reorganización societaria. Explica que con el Novo Mercado como derrotero, forma parte de un esfuerzo integral por implementar mecanismos de gobernanza corporativa que, además de disminuir el riesgo de conflicto de interés al seno de este tipo de operaciones y mejorar la protección al inversionista, responda a una estrategia de consolidación del mercado. Inspirado en el modelo británico de autorregulación, el reto yace en adaptar un sistema cuyo éxito sólo ha sido probado en condiciones de mercado particulares. El Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (CdAF) o Código de Autorregulación de Adquisiciones y Fusiones establece, por ejemplo, que el accionista o grupo de accionistas que alcanzare de forma directa o indirecta una “participación accionaria relevante”, sea por medio de una o de varias operaciones, deberá realizar una oferta pública de adquisición de todas las demás acciones y títulos valores convertibles en acciones emitidos por la compañía adherente. Este artículo del Profesor Valenciano Góngora inicia con una somera revisión histórico-legislativa del desarrollo reciente del mercado brasileño de capitales, desde su incipiente promoción en la década del sesenta por parte de los gobiernos militares, hasta el lanzamiento del Novo Mercado como un sistema regulatorio dual implementado con el propósito de mejorar la protección al inversionista sin afectar el status quo de los grupos controladores. Posteriormente, analiza las generalidades del fenómeno de autorregulación utilizando como base la experiencia británica, dedicando su último apartado a presentar brevemente las características principales del CAF y su Código. Como resultado de dicha revisión, plantea como hipótesis que la implementación en Brasil de un sistema de autorregulación voluntaria inspirado en el modelo británico trasciende el propósito inmediato de monitorear las operaciones de reorganización societaria y cambio de control, formando parte de un esfuerzo mayor por estimular el mercado de capitales local con base en el mejoramiento de los mecanismos de protección al inversionista.

La **M.P.A 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, y ha publicado libros y artículos en las ramas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales. Ella nos ha enviado TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS VINCULADOS CON LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE. En sus palabras, este documento pretende dar a conocer los delitos vinculados con la función pública que posee el ordenamiento jurídico costarricense y que procura sancionar las conductas lesivas al interés público. Para alcanzar dicho objetivo se enlistan los principales instrumentos que regulan esta materia tanto a nivel internacional como lo son: Convención Interamericana contra la corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; así como a nivel nacional, que son: el Código Penal Código Penal, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Posteriormente se describen los aspectos más relevantes de cada tipo penal contenido en estas leyes. Finalmente se sintetizan los aspectos esenciales de delito para destacar la necesidad de conocer, aplicar y mejorar esta tipología a fin de proteger los fines públicos.

De la **M.Sc. Magda Díaz Bolaños**, Jueza integrante del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, master en Derecho, Máster en Administración de Justicia enfoque Sociológico con énfasis en administración de justicia civil, especialista en Derecho Comercial y Derecho Agrario, profesora universitaria, publicamos LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS. La autora manifiesta que en Costa Rica no existe una definición emanada de las normas jurídicas sobre la empresa; tampoco una regulación expresa, sino hay una mezcla de conceptos contenidos en el Código de Comercio y teorías tendientes a delimitar el objeto del derecho comercial; sin embargo, entre varias sentencias, en la decisión N° 7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se puede observar un desarrollo de la noción de empresa. En lo que interesa el mencionado voto reconoce: "La figura de la empresa tiene dentro del ámbito jurídico un papel fundamental respecto de todas las relaciones referidas al proceso económico. Más que un concepto jurídico es un concepto elaborado por la economía en la época moderna para identificar a los sujetos del sistema económico...". Para la autora, la continuidad de la actividad de la empresa, en procesos liquidatorios, se presenta como una forma de proteger tanto a la masa de acreedores como al mismo deudor. Aunque la figura no es novedosa en el Derecho Concursal, si se estima hay un nuevo enfoque sobre el tema, el cual es explicado por Petgrave de la siguiente manera: "El moderno derecho de quiebras, ha ido evolucionando y ha recurrido a un distinto enfoque, con respecto a la sobrevivencia de la empresa, aun cuando esta ha fallado en su administración. Esto se debe a que esta, no le incumbe únicamente al deudor y a los acreedores, sino más bien a la economía en general, ya que cuando desaparece una unidad económica, se verá afectado el funcionamiento del estado en general. ... La continuación de la empresa, supone que esta se encuentre en funcionamiento y con posibilidad de salir adelante económicamente, pese a que en ese momento se encuentre atravesando una situación crítica. Recomienda que en Costa Rica se

regulen aspectos esenciales: tales como plan de viabilidad, plan de pagos, cese de la explotación, pagos, órganos asesores, entre muchos otros para que la participación del órgano judicial sea proactiva en tanto debe exigir a la persona curadora más informes y detalles del ejercicio de la actividad que se realiza.

El **M.Sc. José María Pacheco Fonseca** nos habla de EL PROCESO DE “DUE DILIGENCE” EN MATERIA INMOBILIARIA: NATURALEZA, CONTENIDO Y PATOLOGÍA. Por “due diligence” entiende el proceso de investigación técnica que deben seguir las partes para cerciorarse de que, mediante la celebración de un contrato proyectado o ideado, pueden adecuadamente satisfacer sus intereses tal y como los han previsto. Expresa que con la cantidad de asuntos que es necesario verificar, valorar y analizar para determinar las implicaciones y conveniencia de celebrar un contrato, aumenta proporcionalmente la necesidad de llevar a cabo procesos ordenados que nos permitan examinar la información correspondiente. Sobre la etapa precontractual, de previo a la celebración de contratos definitivos o de cierre, es reconocido por la doctrina que las partes tienen ciertos derechos y obligaciones recíprocas dirigidas a la consumación del acuerdo. Es aquí donde son particularmente relevantes los llamados “deberes de información”, que consisten para el autor en la obligación de las partes de comunicarse recíprocamente las cuestiones que pueden incidir en su decisión de contratar, así como incidir en cuanto a los términos de la contratación. La técnica de due diligence se emplea, en gran medida, -nos explica- para nivelar la desigualdad informativa, pues al realizarse un proceso de este tipo la parte que cuenta con un déficit de información le solicita a su contraparte todos los documentos y hechos relevantes relacionados con la transacción y el bien. Con esta información procede a evaluar y verificar las condiciones relevantes y que pueden incidir sobre su voluntad de celebrar el contrato.

En EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, el **Lic. José Rafael Fernández Quesada**, abogado y árbitro costarricense, Profesor de la Universidad Latina y la Universidad de Costa Rica, Presidente del Capítulo Costarricense de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) considera que el arbitraje comercial internacional alcanzó ya la mayoría de edad: tiene vida propia, independiente de los institutos jurídicos que le dieron vida y goza hoy de los privilegios, y peligros, de ser alguien muy atractivo: todos quieren estar cerca y, verdad o no, todos dicen sus amigos íntimos. Pero la realidad es –nos dice- que poco tiempo se dedica al análisis de la naturaleza ontológica del fenómeno. Propone analizar algunas ideas expuestas por quienes se han atrevido a elucubrar sobre el concepto del arbitraje, desde las disciplinas de la Filosofía, la Teoría del Estado, la Sociología y la Psicología. Este artículo es una interesante propuesta “para acicatear la curiosidad de los partidarios del arbitraje, que nos permita, al cabo, ser realmente sus amigos y no solamente decir que lo somos”.

La **Licda. Alina Guadamuz Flores**, Especialista en Derecho Comercial, por la Universidad de Costa Rica, nos brinda EL AVAL, donde explica que éste, como garantía cambiaria, se vuelve muy útil cuando se desea asegurar el pago que se hace constar en la letra de cambio o en el pagaré; es una figura útil para la persona cuyo interés es que se realice el pago a su favor. Sin embargo, -considera- si se ve desde la perspectiva contraria, la del avalista, debe tomarse con mucho cuidado, ya que la independencia de la cual goza el aval, hace que subsista aun cuando no pase lo mismo

con la obligación principal. A nivel doctrinal, se pueden encontrar figuras interesantes como la del “aval de aval” o el “co-aval” que no se presentan en el ordenamiento jurídico costarricense pero que podrían llegar a aplicarse por analogía. Expuestos los conceptos y teorías sobre la naturaleza jurídica del aval, aclara su noción, evitando que se compare con la fianza o que se utilice como sinónimo de “aprobación” o “autorización”. La autora nos relata la historia del aval; nos explica su naturaleza jurídica; nos informa sobre su regulación internacional e indica la relación que tiene la figura del aval, con otras figuras como lo son la aceptación, el endoso, la intervención y el seguro de crédito. Finalmente, nos resume la regulación nacional y plantea algunas observaciones a ésta.

La **Licda. Soledad de los Angeles Cortes Sandí** contribuye con ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL. Indica que en la actualidad, el Derecho Penal se enfrenta a nuevos retos, pues el dinamismo y complejidad de los mercados de bienes y servicios, ha creado nuevos núcleos delictivos, y las ciencias criminales, deben enfrentarse y responder a tales cambios. En su criterio, la legislación existente no ha bastado para solucionar las contrariedades de la realidad sobrevenida. Sin embargo, -advierte- tampoco debe darse una solución apresurada, que atente contra principios y garantías edificadores del Estado de Derecho. Aclara que en el estado actual de la teoría del Derecho Penal Económico, ni siquiera existe consenso, en la delimitación del entorno del Derecho Penal económico, tampoco en la fundamentación de las características especiales que justifiquen su separación de la rama principal. Manifiesta que no se debe olvidar que una intromisión desmedida e injustificada, del poder punitivo del Estado, atenta de manera vehemente contra la libertad misma de la ciudadanía. Se constituye en una poderosa herramienta, que puede acabar con la convivencia social pacífica, y exterminar hasta derechos humanos básicos trascendentales para la vida humana. De ahí el peligro de crear una sub-rama del Derecho Penal, donde se corra el riesgo de formar mamparas para edificar otros principios o relajar los que ya existen, permitiendo injustificada intervención estatal.

DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE, se titula el artículo de las **licenciadas Tatiana Sánchez Sánchez y Suyen Vega Mena**. En él se reconoce la voz como derecho y se analiza la legalidad de la grabación auditiva en el sistema penal costarricense. Aborda la voz como elemento de la identidad, el cual, ha sido reconocido como derecho hasta reciente data; es decir, este artículo expone uno de los llamados nuevos derechos de la personalidad; además da a conocer el alcance que injerencias como la grabación auditiva tiene en este derecho y otros derechos de interés, a fin de considerar una grabación subrepticia como lícita y apta para configurar prueba en el proceso penal costarricense.

Finalmente, ofrecemos nuestro artículo LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO, donde se controntan Pacta Sunt Servanda vs. Rebus Sic Stantibus, el cual fue elaborado para el libro homenaje al Profesor don Rubén Hernández Valle. Este trabajo constituye una actualización y reformulación específica, desde una perspectiva más amplia de Derecho Comparado, de anteriores investigaciones de ámbito más restringido sobre la interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina y sobre la excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana.

## LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: PRIMERAS VISIONES

*Lic. Federico Torrealba<sup>1</sup>*

### **Introducción:**

La Ley costarricense de Garantías Mobiliarias (LGM), número 9246, se enmarca en una corriente evolutiva de alcance universal, que algunos estudiosos han denominado como el *Derecho de las garantías mobiliarias de tercera generación*<sup>2</sup>. La LGM costarricense –con mínimas pizcas de sazón autóctono– reproduce con bastante fidelidad la receta original de la *Ley Modelo* homónima de la O.E.A.; la cual, no obstante algunas evocaciones a lejanísimos parientes de estirpe romana<sup>3</sup>, reproduce, en su estructura conceptual, la viva imagen de su ascendiente directo más próximo: el célebre Artículo 9 del

*Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>4</sup>. Entre los países latinoamericanos que nos han antecedido en la instauración de leyes similares, se cuentan Perú<sup>5</sup>, México<sup>6</sup>, Guatemala<sup>7</sup>, Honduras<sup>8</sup> y El Salvador.

El *Code Napoléon*, símbolo universal de la cultura jurídica civilista, no ha escapado de la corriente renovadora en materia de garantías (la Ordenanza del 2006). Mediante la reforma operada por la ordenanza de 23 de marzo de 2006, ratificada mediante Ley de 20 de febrero de 2007, se incorporaron al Derecho civil y comercial francés diversas figuras que responden a la tendencia actual en materia

- 1 Conferencia dada el día 25 de agosto de 2014, en el marco del Simposio Internacional de Garantías Mobiliarias, organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.
- 2 **DE CORES**, Carlos y Enrico **GABRIELLI**, Enrico: **El Nuevo Derecho de las Garantías Reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**. Editoriales Asociadas Temis, Ubijus, Reus, Zavallá, Lima, Bogotá, México, Buenos Aires, Madrid, 2008.
- 3 Suelen señalarse las figuras romanas de la *fiducia cum creditore*, el *pactum de vendendo* y el *pactum commisorium*, a modo de soporte argumentativo ante el auditorio de tradición civilista.
- 4 Sobre la estrecha relación entre el *Article 9* del *Uniform Commercial Code* y la Ley Modelo OEA, ver: **KOZOLCHYK**, Boris: *Implementation of the OAS Model Law in Latin America: Current Status*, en: **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol 28, No. 1, 2011, publicado en español, con algunas modificaciones, bajo el título *Estado Actual de la Implementación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA en América Latina*, en: **Compilación de Garantías Mobiliarias. México**. Dirección General de Normatividad Mercantil de la Secretaría de Economía, México D.F., 2012.
- 5 La Ley peruana *de la Garantía Mobiliaria*, número 28677, fue publicada el 1 de marzo de 2006.
- 6 La inserción del moderno Derecho de las Garantías Mobiliarias se efectuó en México mediante reformas efectuadas en el 2000 y en el 203 a la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* y al *Código de Comercio*. El Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG) inició operaciones el 7 de octubre de 2010.
- 7 La ley guatemalteca *de Garantías Mobiliarias* fue aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto número 5-2007, publicado el 16 de noviembre de 2007, reformado mediante Decreto número 46-2008.
- 8 La ley hondureña *de Garantías Mobiliarias* fue aprobada por el Congreso Nacional mediante Decreto Número 182-2009, que entró en vigencia el 28 de enero de 2010.

de garantías mobiliarias. Entre ellas, cabe destacar: La prenda común deja de ser un contrato real. Si bien se siguen admitiendo las prendas no inscritas con desposesión, se instituye la prenda sin desposesión por inscripción en un registro especial; se legaliza –moderadamente– el pacto comisorio; se rediseña y desarrolla la garantía mobiliaria sobre cosas incorporales (*nantissement*); se admite la pignoración de cosas futuras, fungibles y de universalidades, entre éstas, la figura de la *gage des stocks* (prenda sobre inventarios), reservada a las entidades de crédito y las sociedades de financiamiento; y, fundamentalmente, se oficializa, en el *Code civil*, la transmisión o reserva de la propiedad con función de garantía.

Dejando aparte las cuestiones político-ideológicas, no sería de extrañar que la nueva LGM pudiere despertar algunas resistencias en el núcleo de la cultura jurídica civilista. Quizá el iusprivatista formado en la cuna de la tradición romano-francesa habrá de experimentar alguna medida de desazón, no sólo frente a la complejidad técnica de la LGM –que demanda un paciente proceso de aprendizaje<sup>9</sup> y asimilación–, sino ante lo que podría percibirse como la profanación de ciertos dogmas aprendidos como sagrados, como la abolición de la proscripción del pacto comisorio<sup>10</sup> y el sacrificio del principio de especialidad de la garantía real (hipoteca general de los romanos, o la garantía ómnibus). Sin embargo, conviene reparar en algunas tendencias y antecedentes, tanto en el mundo civilista contemporáneo, como en nuestra propia práctica forense ya generalizada con anterioridad a la LGM.

El Derecho de las garantías es, quizá, uno de los ámbitos del Derecho Privado de cuna civilista más influenciados por la globalización. El intercambio comercial con países de tradición anglosajona ha sacado en claro una patente realidad: la existencia de dos paradigmas muy diversos en materia de garantías mobiliarias –en inglés, *security interests*–. De los sistemas de garantías de influencia anglosajona y germánica, se predica su flexibilidad redundante en eficiencia económica. Del sistema latino-continental, su arcaísmo y rigidez, incidente en la causación de perniciosos efectos macroeconómicos: la obstaculización del acceso al crédito comercial y a la oferta de financiamiento a tasas más elevadas, correspondientes al mayor grado de riesgo de incobrabilidad asumido por el acreedor.

Algunos organismos internacionales han adoptado abiertamente la evangelística misión de instar y convencer y persuadir a los países de tradición civilista a reformar sus sistemas legales de garantías<sup>11</sup>. La OEA ha postulado una ley modelo. La propuesta incluye profundos cambios: *sustantivos* –por ejemplo, en cuanto al diseño conceptual de los bienes que pueden ser dados en garantía, y a las relaciones entre el acreedor y los terceros–; *institucionales* –en cuanto a la creación de registros unificados de garantías mobiliarias, con características muy diversas al sistema notarial y registral tradicional–; y *procesales* –en cuanto a la instauración de mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías. Muchos países de tradición civilista han dado pasos hacia la recepción, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, de lo

9 Y, en muchos casos, un proceso de des-aprendizaje.

10 La cual, efectivamente tuvo un origen sacro, según el decreto de Constantino del SIII.

11 Con un celo misionero tal, que no deja de activar las fibras de resistencia y desconfianza ante la influencia cultural y la dominación económica.

que se ha venido en denominar las *garantías mobiliarias de la tercera generación*.

La teoría jurídica que sustenta el régimen tradicional de garantías (estructurada sobre la *summa divisio* entre **garantías convencionales** –que se subdividen en *reales -ius in re aliena-*, como la hipoteca y la prenda, y *personales*, como la fianza y el aval– y **garantías legales** –a su vez bifurcadas en *privilegios especiales*, como el derecho de retención y *privilegios generales*, como los que refuerzan créditos alimentarios y laborales–), ha sido blanco de ácidas críticas. Se le reprocha, entre otros aspectos, a dicho sistema: Su rigidez, en cuanto al carácter *numerus clausus* de los modelos legales de garantía<sup>12</sup>; su estrechez, en cuanto a los bienes susceptibles de ser ofrecidos en prenda; su improductividad, en cuanto los bienes pignorados arrastran el gravamen y no admiten la subrogación real; su dogmatismo, en cuanto a la negativa oficial a la transmisión de la propiedad con función de garantía<sup>13</sup> –función que se ha alcanzado mediante otras figuras, principalmente el fideicomiso y el pacto de reserva de dominio–; y, sobre todo, su lenta y costosa coercibilidad –centrada en el corpulento aparato de cobro judicial–. Todo lo cual confluye causalmente, se dice, en la incapacidad de adecuación a las necesidades del comercio y en el encarecimiento y la restricción del acceso al crédito. En una palabra: Se acusa, al sistema tradicional de garantías –vigente aún en el ordenamiento costarricense–, de **ineficiencia macroeconómica**.

Los desperfectos del sistema civilista tradicional han sido puestos de manifiesto por contraste con un universo jurídico paralelo, donde –se afirma– rige un Derecho moderno de garantías mobiliarias –fecundado *in vitro*–, ciertamente menos simétrico, a nivel conceptual, pero del que se predicen y reconocen las virtudes que éste carece: vocación práctica y eficiencia económica.

### **El concepto de garantía mobiliaria:**

La LGM, en su art. 2.1, define la garantía mobiliaria como un “*derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía*”. En el mismo párrafo, se especifica el contenido del derecho preferente del acreedor garantizado: “*ser pagado con el producto de la venta de los bienes dados en garantía o con la dación en pago de los bienes dados en garantía, de ser esta dación aceptada por el acreedor garantizado*”.

El hecho de que se califique a la garantía mobiliaria como un *derecho real* impone la revisión del concepto mismo de derecho real. En su concepción clásica, el derecho real se define como un vínculo jurídico entre un sujeto y una cosa (a excepción de las servidumbres, donde el ligamen conecta sendas cosas, el fundo sirviente y el fundo dominante), en virtud del cual el derechohabiente tiene el poder jurídico de extraer directamente las utilidades económicas de una cosa. El *Código Civil* define el derecho real como

12 En la práctica forense, se han creado mecanismos de garantía sobre la base de figuras típicas, como el fideicomiso, el mandato y el reporto; o atípicas, como el *escrow*.

13 Es bien conocida la línea jurisprudencial que sanciona con nulidad las ventas con pacto de retroventa, cuando los bienes han sido traspasados con fines de garantizar un financiamiento. Se trata de la aplicación del principio de proscripción del pacto comisorio (ex art. 421 del Código Civil).

aquel “*que se tiene en una cosa, o contra una cosa sin relación a determinada persona*”. El rasgo distintivo del derecho real es su aptitud de proveer *satisfacción inmediata* al interés del derechohabiente, a quien se reconoce la facultad de extraer directamente de la cosa —esto es, sin depender, a tal efecto, de la ejecución de una prestación a cargo de otro — la utilidad correspondiente a su derecho: la apropiación de frutos civiles, naturales e industriales, si se trata del usufructo; el uso y disfrute, si se trata del derecho al goce; la tenencia de una cosa bajo el propio poder y voluntad, si se trata del derecho la posesión; el albergue, si se trata del uso y habitación; la disposición del valor de reserva y liquidación de un bien, si se trata de un derecho real de garantía; o todos ellos, si se trata de la propiedad plena.

La concepción tradicional del derecho real presupone un objeto determinado (sí, determinado, *no determinable*) y, además, *existente* (ya, en este preciso instante, no en el futuro)<sup>14</sup>. Esta exigencia se hace patente en las compraventas de cosas futuras, de cosas por adquirir y de cosas de género pendientes de ser contadas, pesadas o seleccionadas—, donde el contrato se perfecciona, en un primer momento, como un negocio jurídico *obligacional*, que únicamente produce —al menos al momento de su formación— obligaciones y créditos recíprocos entre vendedor y comprador. En las compraventas obligacionales el efecto *traslativo* del derecho real se pospone hasta la realización de una determinada condición suspensiva. No es sino hasta que la cosa futura vendida llegue *existir*, o que las cosas de género sean *determinadas*, que

el comprador deviene *propietario*. Antes de la determinación e individualización de la cosa vendida (por ejemplo, la selección de la vaca dentro de un hato), no se concibe que el comprador sea, ya, dueño de una, entre muchas cabezas de ganado del vendedor. Previamente a la determinación de la cosa vendida, se considera que el comprador tiene un *crédito*, es decir, un derecho personal *vis-à-vis* al vendedor, que lo faculta para constreñirlo al cumplimiento de la *obligación* de dar, pero no un derecho de propiedad. Antes de eso, es impensable suponer que el comprador ya tiene ingresado, dentro de su esfera patrimonial, un derecho real de propiedad sobre un animal indeterminado entre los muchos que integran la universalidad del vendedor; ni, tampoco, un derecho abstracto sobre el hato, digamos, por el valor del precio acordado o pagado, una copropiedad sobre una parte indivisa de la universalidad conformada por el hato. El comprador que pretendiere ya tener, antes de la determinación, un derecho real apto para reivindicar una vaca, en caso de sobrevenir un concurso de acreedores del vendedor, chocaría de frente contra la sana doctrina civilista.

Esa visión tradicional o clásica del derecho real, como un derecho *in re aliena* sobre una cosa existente y determinada, fue extensiva a los derechos reales típicos de garantía: las prendas e hipotecas. Lo fue, bajo el macizo esquema original del *Código Civil*. En primer término, la *Ley de Prendas* de 1941 le produjo algunas fisuras al mármol, al permitir la pignoración de ciertos bienes futuros y *determinables*. Por su parte, *Ley de Garantías Mobiliarias* hizo añicos el

<sup>14</sup> Aunque no necesariamente *tangible*. La propiedad sobre un derecho (*rectius*, la titularidad) recae sobre una cosa existente y determinada, pero intangible, inmaterial.

molde original, al validar la constitución de derechos *reales* de garantía sobre cosas futuras, indeterminadas, futuras, fluyentes y mutantes. La misma garantía mobiliaria, flota y vuela de una flor a otra, como un colibrí.

Los dos pesados moldes legales, la hipoteca y la prenda, implicaban la imposición de un gravamen sobre una cosa existente y determinada, la cual debía arrastrar la obligación real, como una bola de hierro encadenada al tobillo. En materia hipotecaria, solamente el dueño podía —y puede— constituir la hipoteca (art. 409 del *Código Civil*). Ergo, no era —ni es— viable constituir una hipoteca genérica sobre los futuros inmuebles por adquirir. En el ámbito prendario, el *Código Civil* contemplaba la pignoración de dos tipos de bienes muebles: Cosas corpóreas y créditos. La prenda de cuerpos ciertos se concebía como un contrato real, cuyo perfeccionamiento requería, necesariamente, la entrega material del bien al acreedor o al tercero designado (con lo cual se eliminaba, desde la retina del tercero la presunción de titularidad del constituyente). Dicho modelo correspondía a la *pignus datum* romana, esto es, la prenda con desplazamiento posesorio. Bajo este modelo, no era concebible la pignoración de cosas futuras. Por otra parte, en lo que respecta a la pignoración de créditos, el *Código Civil* exigía, también como requisito de validez, la entrega “*del título*” al acreedor. Y si bien la voz título es polisémica —en unos casos alude a la causa adquisitiva<sup>15</sup>—, claramente el artículo 442 se refería al *documento* donde había de constar por escrito la constitución del crédito. Ahora bien, se ha preguntado qué valor podría tener —si

no meramente simbólico—la entrega material del título constitutivo del crédito en presencia de créditos comunes no incorporados en títulos valores, donde, como se sabe, el papel cumple una mera función *ad probationem* y respecto de los cuales nada impide —por el contrario, lo más normal es—la emisión de más un original o duplicado. En tales casos, la entrega material del título al acreedor, no producía la desposesión ostensible del constituyente, como sí ocurría en materia de cuerpos ciertos. ¿Sería acaso, que el acto de entrega material del título probatorio del crédito tendría una función ritual, una especie de acto simbólico representativo del compromiso del constituyente de abstenerse de cobrar directamente el crédito en detrimento de los intereses del acreedor prendario? Esta tesis, sostenida por algunos tratadistas, no nos parece del todo convincente. Había otra razón más poderosa. En nuestra opinión la entrega material del título tenía por función garantizar que el crédito pignorado, al momento de la constitución de la garantía, fuera existente y determinado. Cabe recordar el propio *Código*, en su artículo 1102, permitía la cesión de créditos futuros, condicionales y eventuales. En cambio, para la pignoración del crédito, se exigía la entrega material, al acreedor, del documento constitutivo del crédito. Nada obstaba la pignoración de créditos aleatorios o condicionales, siempre y cuando el crédito en cuestión ya existiera y estuviera documentado, lo cual se lograba mediante la exigencia de entrega material del título constitutivo del crédito.

El concepto de derecho real de garantía, como la afectación de una cosa *existente* y

<sup>15</sup> Por ejemplo, v. el art. 43 del *Código Civil*: “...a título gratuito...a título oneroso”.

*determinada* a la satisfacción de un crédito, vino a agrietarse a partir la promulgación de la *Ley de Prendas* de 1941. Esta ley, al mismo tiempo que derogó las normas del *Código Civil* sobre la prenda con desplazamiento posesorio, instituyó la figura de la prenda sin desplazamiento sujeta a publicidad registral, tal y como la conocimos hasta antes de la promulgación de la LGM (como vimos supra, el *Código de Comercio* del 64 absorbió el articulado de la *Ley de Prendas* del 41). En el elenco de bienes pignorable, se incluyeron los frutos pendientes y las futuras cosechas, con un horizonte temporal del año agrícola en que se constituye la prenda. Con la promulgación de la *Ley de Prendas* de 1941, quedó habilitada la constitución de derechos reales de garantía sobre cosas futuras de género (y, por consiguiente, inexistentes e indeterminadas al momento de la constitución de la garantía), al permitirse la formalización de una prenda sobre la futura cosecha correspondiente al año agrícola en que se constituye el gravamen. La prenda existía, jurídicamente, desde su constitución, aunque su objeto fuera, aún, físicamente inexistente. Con esta figura, entra en la escena patria, aunque de manera innominada, el concepto doctrinal de *bien mueble por anticipación*. De este modo, se le permitió al agricultor ofrecer, como garantía real pignoratia de un financiamiento, bienes que, o todavía no existían, o eran inmuebles por naturaleza (ex art. 254, inciso 2 del *Código Civil*). La prenda sobre frutos y cosechas futuras se perfiló como una garantía real sobre bienes muebles futuros, cuya existencia jurídica iniciaría a partir de su desprendimiento y recolección, momento a partir del cual podrían ser comercializados.

La garantía mobiliaria sobre cosas futuras y sobre los bienes derivables, ha introducido,

en nuestra opinión, una nueva categoría de derechos reales: Los *jus ad rem* oponibles *erga omnes*. La categoría del *jus ad rem* surgió, no en Roma, sino en la Edad Media. En su origen fue considerada como una especie de derecho real a la adquisición futura de una cosa. Posteriormente, los juristas franceses que inspiraron el *Code* recalificaron los *jus ad rem* como derechos personales a la adquisición de una cosa. A diferencia del derecho real (*jus in re*), que es directamente realizable sobre el bien, el *jus ad rem* es un derecho que se ejerce contra *la persona* de un deudor, aunque encauzado hacia la adquisición de un derecho real sobre una cosa. No es otra cosa que la contracara de la *obligación de dar*. El acreedor de la obligación de dar –por ejemplo, el promisorio de una opción de compraventa– no tiene, propiamente, un derecho real sobre la cosa. El deudor podría incumplir su obligación, traspasando el bien a un tercero y, en tal caso –salvando la acción pauliana o de fraude de acreedores–, el acreedor no tiene más remedio que la responsabilidad civil obligacional. En principio, el acreedor del crédito traslativo no tiene derecho de reipersecutoriedad. Por ejemplo: En materia de opciones de venta de bienes inscritos, si bien el Registro admite la anotación, ésta no produce cierre registral, de modo que el propietario bien puede vender el bien a un tercero. La gran innovación de la LGM es que permite la constitución de *jus ad rem* oponibles *erga omnes*, en forma retroactiva a la fecha de la publicidad –o perfeccionamiento– de la garantía. Por consiguiente, el acreedor de una garantía mobiliaria sobre bienes futuros ostenta, sobre éstos, un derecho preferencial susceptible de satisfacción directa sobre las cosas. Se trata de un reflorecimiento de un concepto medieval: Parece que nada hay nuevo bajo el sol.

En el **plano sustantivo**, la LGM, antes que una mera reforma de la normativa prendas, implica un replanteamiento de muchas instituciones del Derecho civil y mercantil, iniciando por el concepto mismo de derecho real de garantía. Los atributos clásicos de la prenda: la *reipersecutoriedad* (la prenda sigue a la cosa pignorada aunque salga del patrimonio del constituyente) y la *especialidad* (el gravamen recae sobre bienes concretos y determinados), quedan destronados –al menos de su *status* de atributos genéricos–, para abrir espacio a la constitución de garantías *reales* flotantes, revolutivas y sobre cosas indeterminadas, futuras e incorpóreas. Por otra parte, se instaura una forma especial de propiedad –la retenida o transferida *en función de garantía*<sup>16</sup>, con lo cual se legaliza –luego de cientos de años de prohibición– el pacto comisorio. También, en el plano sustantivo, surge una nueva categoría típica de contratos: la de aquellos que, por su *función económica*<sup>17</sup>, están dirigidos a conformar una garantía como seguridad de un crédito. La LGM atrae, bajo su ámbito de imperio, una serie de figuras contractuales dispersas, legal o socialmente típicas, como el fideicomiso de garantía, el *escrow*, la venta en consignación, el *leasing* financiero, el *leasing* operativo de bienes de rápida obsolescencia, el *factoring* –en sus múltiples variedades–, la venta con pacto de reventa, los retractos contractuales inmobiliarios, el *escrow*, etc. El concepto de garantía mobiliaria, equivalente castellano al *security interest* anglosajón, funge como una red para pescar una rica variedad de figuras contractuales económicamente dise-

ñadas para asegurar el pago preferente de una obligación, brindando acceso a la liquidación, retención o apropiación de recursos económicos del constituyente de la garantía.

La noción de garantía mobiliaria se incorpora a nuestro Derecho positivo como un *chaleco* susceptible de ser encajado sobre diversos modelos contractuales, sin desnaturalizarlos, pero sometidos a su imperio. La técnica legislativa del *chaleco* consiste en instaurar un nuevo *género* para sujetar a un régimen uniforme un conjunto de figuras dispersas y heterogéneas, cuya tipicidad originaria se conserva, pero que ahora soporta sobre sí una nueva calificación jurídica que implicará el sometimiento a ciertos efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el *leasing financiero* sigue siendo un híbrido de varias figuras típicas (arrendamiento, préstamo y venta –o promesa de venta– con reserva de dominio) pero, en cuanto *funge* (económicamente) como instrumento de garantía del precio de una transferencia diferida, califica *también* como garantía mobiliaria. Y, por consiguiente, en lo sucesivo las empresas de *leasing*, en cuanto acreedores-garantizados (en los términos de LGM), tendrán la carga hacer inscribir su derecho, si es que quieren beneficiarse de la oponibilidad *erga omnes* –por ejemplo, en el contexto de un proceso concursal–. Y así habrá de ocurrir con múltiples figuras, nominadas o innominadas. De este modo, el concepto de garantía mobiliaria, antes que crear un nuevo *tipo* de garantía –*al lado* de otras figuras subsistentes, como la prenda con desplazamiento, la prenda

16 Aunque, como veremos, dicha forma de propiedad pre-existía a la LGM, en las figuras del fideicomiso de garantía y la venta con reserva de dominio.

17 La sección §9-109 (a) del UCC utiliza *test* de funcionalidad para determinar si una transacción merece ser calificada como un *security interest*, con abstracción de su forma (“...*regardless of its form*”).

irregular, el vale de prenda, la hipoteca, la cédula hipotecaria y el endoso en garantía-- , lo que viene a crear es un nuevo *género* de garantías, respetando la libertad contractual en la creación de esquemas contractuales de garantías. Se produce la transición de un sistema *numerus clausus* de garantías reales<sup>18</sup>, a un sistema *numerus apertus*: el Derecho objetivo ya no impone a las partes un menú limitado de posibles esquemas de garantía, sino que deja abierta la posibilidad de creación contractual de garantías reales, las cuales quedan subsumidas bajo un **instrumento conceptual unitario**: la garantía mobiliaria<sup>19</sup>.

En las garantías mobiliarias de primera generación los bienes muebles se desplazan al acreedor o a un tercero. Más de desplazamiento posesorio, debería hablarse de congelamiento posesorio.

En las garantías mobiliarias de segunda generación los bienes dados en garantía no se desplazan (permanecen en posesión del constituyente), y si lo hacen arrastran sobre sí el gravamen. En las garantías mobiliarias de tercera generación lo que se desplaza es el gravamen, que gravita como un satélite sobre el patrimonio del deudor, pasando de un bien a otro, hasta el momento de la cristalización.

A la *primera generación*, pertenece la **prenda con desplazamiento** --el empeño--, que se perfecciona mediante la entrega real al acreedor y se hace ostensible a terceros

mediante publicidad posesoria. A la *segunda generación*, la **prenda sin desplazamiento**, perfeccionadas mediante negocios jurídicos formales sujetos a publicidad registral. En el plano económico, la principal diferencia entre la prenda *con* y *sin* desplazamiento, consiste en que, mientras en la primera los bienes quedan inmovilizados, en la segunda el deudor conserva el goce y aprovechamiento productivo de los bienes pignorados. La presunción de plena y libre titularidad que, en principio, acompaña la apariencia posesoria (conforme al principio rector de los bienes muebles no inscribibles, según el cual “*la posesión vale por título*”), se quiebra mediante el sometimiento del vínculo de garantía a publicidad registral. Con la inscripción, el acreedor prendario adquiere un *droit de suite* sobre la cosa, un derecho oponible *erga omnes*, llámense terceros poseedores (adquirentes derivativos) o acreedores individuales o concursales del garante. En contraste con las prendas de primera generación, las de segunda generación se representan como más eficientes en el plano económico, al permitir la continuidad de la explotación de los bienes pignorados. Sin embargo, comparadas con las garantías mobiliarias de *tercera generación*, las de segunda se proyectan como rígidas y anti-económicas, según veremos.

Las prendas de segunda generación --reguladas en nuestro país por el *Código de Comercio*-- pueden ser impuestas, tanto sobre bienes existentes, concretos y

18 En la práctica, según veremos, funcionan en Costa Rica, desde hace muchos años, muchos esquemas alternativos a la prenda y la hipoteca, los cuales se han construido tomando provecho del dúctil y maleable fideicomiso, y de otras figuras típicas, traslativas o no, como la venta con opción u obligación de recompra, el arrendamiento con promesa de venta, la venta con retroarrendamiento (*sale and lease-back*), los acuerdos de control de cuentas corrientes y de inversión, etc. Conforme avancemos en nuestro estudio, veremos de qué modo, en la práctica forense, ya existían muchas garantías mobiliarias atípicas desde antes de la promulgación de la LGM.

19 Unitary device

determinados (*v.gr.*, automóviles, maquinaria individualizada), como sobre bienes de género y futuros: como animales<sup>20</sup>, frutos, cosechas<sup>21</sup>, mercaderías y materias primas de toda clase y los productos presentes o futuros de las fábricas o industrias, cualquiera que sea su estado. La prenda sobre bienes muebles existentes, individualizados e inscritos --como vehículos y embarcaciones-- tiene las características de una **hipoteca mobiliaria**, en la medida en que los gravámenes son fácilmente cognoscibles por los terceros, mediante un estudio de registro. En cambio, la prenda sobre bienes fungibles no inscribibles --y carentes de datos específicos de individualización, como números de serie--, o sobre bienes futuros, presenta mayores dificultades de reconocibilidad por terceros. Para evitar los conflictos entre los acreedores garantizados --a los cuales se les reconoce un privilegio especial oponible *erga omnes*<sup>22</sup>-- y los terceros de buena fe adquirentes de los productos o frutos pignorados, el Código de Comercio prescribe que “*en todo caso el precio de lo vendido se aplicará al pago de la deuda*”<sup>23</sup>. Y para reforzar la coercibilidad tal obligación, el incumplimiento de tal obligación --en el diseño original del *Código de Comercio*-- , estaba sancionada con el “*apremio corporal contra el deudor, que se mantendrá por todo el tiempo que tales obligaciones permanezcan sin cumplirse*”. Bajo este modelo, armado con el garrote prehistórico del apremio corporal, era de esperar que el acreedor optare por encauzar su reclamo contra el deudor. Sin embargo, como se sabe, la Sala

Constitucional ha decretado el desarme en materia de apremios corporales en materia civil. Lo cual, con todo, no ha implicado la total desaparición del incentivo: el riesgo moral sigue estando contrarrestado con la figura penal del estelionato. Cabe destacar, a los efectos de nuestro estudio, que el dinero producido por la venta de bienes pignorados debe ser destinado, necesariamente, **al pago** de la deuda, lo cual, según veremos, varía en materia de garantías mobiliarias de tercera generación.

Las garantías mobiliarias de tercera generación se caracterizan por la mayor flexibilidad en cuanto al grado de determinación de los bienes susceptibles de ser dados en garantía. Se admite como garantía cualquier derecho o situación jurídica **con valor comercial** --de lo cual los contratantes son los principales árbitros, con lo cual se recuperan espacios a la autonomía de la voluntad-- . Se hace especial énfasis, como aspecto novedoso, en la posibilidad de ofrecer y dar en garantía bienes de género y futuros, como inventarios, cuentas por cobrar, etc. No se fijan límites temporales como el plazo máximo de un año estatuido por el *Código de Comercio* para la pignoración de frutos y productos futuros-- . Se valida el **pacto de rotatividad**, en virtud del cual se produce una sucesiva o sustitución de los bienes garantizados. Esto permite dar en garantía bienes destinados a la circulación. Bajo el modelo de la prenda de segunda generación del Código de Comercio, también es factible pignorar mercaderías y materias primas. Sin

20 Limitados a una anualidad “desde la fecha del respectivo contrato” (artículo 533, inciso (f) del Código de Comercio).

El art. 543 reitera que el privilegio prendario sobre frutos o productos “durará sólo un año”.

21 También limitadas “al año agrícola en que el contrato se celebra”.

22 Art. 540 del Código de Comercio.

23 Art. 544 del Código de Comercio.

embargo, bajo el mismo modelo la prenda gravando la mercadería al ser enajenada. Una diferencia fundamental con la prenda de segunda generación, es que el gravamen **no sigue** al bien, como obligación real, ni, por consiguiente, tiene el acreedor derecho a la reipersecutoriedad (*droit de suite*). Las cosas garantizadas salen del patrimonio del deudor sin llevar sobre sí el gravamen. De este modo, se protege al tercero de buena fe, quien adquiere los bienes libres de gravámenes siempre y cuando el acto se encuadre en el contexto del giro normal de los negocios del deudor. ¿Pero qué pasa con el gravamen? Éste, en lugar de seguir a la cosa, se queda flotando sobre el patrimonio del deudor, y es dotado de nuevos contenidos: Se extiende a los nuevos valores o bienes que derivan de, o sustituyen a los bienes originalmente dados en garantía. El producto líquido de la venta de los bienes **no se aplica**, como el modelo del *Código de Comercio*, **al pago** de la obligación garantizada, sino que **sustituye** a los bienes originales. Y es aquí donde inician los problemas de orden teórico: ¿Cómo reconocerle al acreedor un derecho *real* sobre una suma de dinero que su deudor obtuvo de la venta de la mercadería, monto que se diluye –y evapora!– en la cuenta bancaria del deudor. Ahora bien, el nuevo inventario, o la nueva materia prima que se adquiriera sucesivamente, con el dinero de la primera venta, vienen a quedar afectados al vínculo original. Tales bienes sustitutos, que se denominan en el Proyecto “*bienes derivables*” o “*bienes atribuibles*”, se incorporan al vínculo jurídico original. Debe repararse en que esta incorporación sustitutiva, o **subrogación real** de nuevos bienes al vínculo original, **carece de efectos novativos**: Se da continuidad al contrato original constitutivo de la garantía mobiliaria. Ello cobra relevancia en cuanto

a la oponibilidad del derecho del acreedor *vis-à-vis* a los otros acreedores individuales o concursales del deudor, así como en cuanto al anclaje temporal de la fecha de constitución de la garantía, a los fines de escapar –por virtud de la antigüedad– a los períodos de sospecha de las acciones revocatorias concursales y a otros eventos sobrevinientes, como la liquidación de bienes gananciales. Por consiguiente, la prioridad del acreedor garantizado se retrotrae a la fecha de inscripción registral de la garantía (*prior in tempore potior iure*). Sin embargo, las reglas de la publicidad registral de estas garantías son radicalmente distintas del sistema notarial-registral de las prendas de *segunda generación*.

Si bien el *Código de Comercio* admite la pignoración de materias primas, no resuelve el delicado problema de qué ocurre en caso de incorporación de dichas materias a otros materiales para la producción de nuevos bienes. En las garantías mobiliarias de tercera generación, la incorporación de los materiales a otros bienes se da por sentada. En la LGM los bienes producidos con tales materias primas son bienes derivables o atribuibles a los bienes originales, por lo que quedan cubiertos –en su caso, parcialmente– por el gravamen original.

Otro de los focos temáticos de las garantías de *tercera generación* es la admisibilidad de los acuerdos de transferencia o de retención de la propiedad con función de garantía; lo cual obliga a revisar la cuestión de la proscripción, o no, del pacto comisorio. Además, se produce una ruptura con el principio de tipicidad de las garantías reales, recortadas, sobre el patrón de la hipoteca y de la prenda, como derechos reales **en cosa ajena** (*ius in re aliena*). Los acuerdos

de transferencia de propiedad **al acreedor**, con función de garantía, han sido vistos con malos ojos, como pactos comisorios, agua empozada atractiva al agujón del abuso. Y subrayamos “al acreedor”, pues en nuestro Derecho positivo la transferencia de la propiedad con función de garantía se acepta positivamente desde hace muchos años, siempre y cuando se realice a favor de **un tercero**, en el contexto del contrato de **fideicomiso de garantía**. Del fiduciario se espera que juegue un rol imparcial, o al menos no alineado a todos los apetitos del fiduciario. En contraste, la jurisprudencia civil mantiene una sólida línea jurisprudencial de nulidad de las ventas con pacto de retroventa concertadas como mecanismo de garantía de una operación de financiamiento, por ser violatorias del principio de proscripción del pacto comisorio. El fantasma del pacto comisorio se ha dejado ver también en el ámbito bursátil, donde las tradicionales recompras han sido sustituidas por el reporto tripartito, esquema en que el título se transmite a un fiduciario.

En cambio, pese a que el efecto económico es exactamente igual al del pacto comisorio, rara vez se cuestiona la validez de **pacto de reserva de dominio**. Ese acuerdo, que es la médula espinal del *leasing* financiero, el acreedor mantiene la propiedad de la cosa hasta la plena satisfacción del crédito, y recupera la posesión de *lo suyo* sin trámites judiciales (a lo sumo, por vía de la denuncia penal por retención indebida).

Quiero aprovechar los minutos que quedan para ejemplificar cómo la LGM toca y somete tres figuras que forman parte de nuestra práctica forense: El fideicomiso el leasing y el factoraje:

## **Fideicomiso**

El fideicomiso ha sido, en la práctica comercial costarricense, un instrumento precursor de las garantías mobiliarias de tercera generación. Muchos de los efectos buscados por la LGM –como la constitución de garantías sobre la actividad económica de una empresa en marcha, incluyendo sus inventarios y la universalidad compuesta por bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales, adscritos a una organización productiva (el *fond de commerce* francés, la *azienda* italiana), así como la reposición y ejecución extrajudiciales– se vienen logrando, desde hace muchos años, a través de la figura del fideicomiso. Es cierto que el fideicomiso es mucho más que instrumento de garantías.

La LGM alcanza y cubre al fideicomiso, por diversos flancos. En primer lugar, es claro que los fideicomisos de garantía de bienes muebles de todo tipo, o de universalidades, como establecimientos mercantiles, califican, *per se*, como garantías mobiliarias. *A priori*, el traspaso, en función de garantía, de la propiedad fiduciaria sobre bienes inmuebles, quedaría excluido de la LGM. Sin embargo, incluso los fideicomisos inmobiliarios, y los fideicomisos mobiliarios constituidos con fines diversos a la garantía, crean *derechos personales* susceptibles, ellos mismos, de ser el objeto de una garantía mobiliaria. Tanto el *jus ad rem* del fideicomitente a la devolución de la propiedad sobre los bienes fideicomitados, una vez extinguida la obligación, como los créditos de los fideicomisarios, califican como bienes muebles (ex art. 256 del *Código Civil*) –aun cuando los bienes fideicomitados sean inmuebles– en la medida en que se trata de derechos de crédito *vis-à-vis* al

fiduciario. La satisfacción de los derechos del fideicomitente y del fideicomisario no opera de manera inmediata, sobre los bienes fideicometidos, sino que pasa a través de *la persona* del fiduciario. Es cierto que el artículo 255 del *Código Civil* califica como bienes inmuebles *por disposición de ley*, a los derechos reales sobre inmuebles, como lo son los derechos reales *in re aliena* (hipotecas y servidumbres). Sin embargo, en Costa Rica el fideicomitente y fiduciario no tienen, sobre los bienes, derechos *in re*, sino derechos *ad rem*. En otros ordenamientos, el traspaso en propiedad fiduciaria produce el efecto del desdoblamiento de la propiedad: El fideicomitente conserva un tipo de propiedad (la propiedad material), en tanto que el fiduciario adquiere otro tipo de propiedad (la propiedad formal sobre los bienes fideicometidos). En Costa Rica, en cambio, no se produce semejante efecto de desdoblamiento: el fiduciario adquiere la única propiedad, la cual se transforma de plena a fiduciaria (propiedad sujeta-a-fines, en interés de otro), y los demás interesados, el fideicomitente y el fideicomisario adquieren derechos personales, es decir, créditos *vis-à-vis* al fiduciario. El fideicomitente y el fiduciario adquieren *jus ad rem*, que son derechos *personales* a la adquisición de una cosa, no derechos reales. La naturaleza personal del derecho del fideicomisario no se demerita por el hecho de que el artículo 654 del *Código de Comercio* lo faculte para “*perseguir los bienes fideicometidos*” que hubieren salido indebidamente del patrimonio fideicomisado, pues la misma norma dispone que el fin de dichos esfuerzos es la recomposición del patrimonio fideicometido: “*...para reintegrarlos al patrimonio fideicomisado*”. De este modo, la satisfacción del interés del fideicomisario en las cosas fideicometidas siempre queda mediatizado

por el cumplimiento del fiduciario de sus prestaciones y, en su caso, de la obligación de dar. Nótese que la norma no faculta al fideicomisario para perseguir los bienes distraídos e incorporarlos directamente a su propio patrimonio personal. Se trata de una suerte de acción subrogatoria, concedida directamente por el legislador al fideicomisario.

### El leasing

Independientemente del *nomen iuris* con el que las partes hubieran bautizado el contrato, se hace necesario determinar si quien figura como el dador de la cosa es, **en realidad**, un *arrendante*, o si, por el contrario, es un *acreedor garantizado*, en los términos de la *Ley de Garantías Mobiliarias*. Es preciso, entonces, discernir si se está en presencia de un *verdadero* arrendamiento, o si, por el contrario, si el contrato es un instrumento de garantía de una venta financiada.

Tal determinación interesa a muy importantes efectos. El primero concierne a la posición del dador de la cosa frente al concurso o quiebra del receptor del bien. Dicha posición varía significativamente, según que el dador sea considerado como un *verdadero arrendante* o bien como un *acreedor garantizado*. El *verdadero arrendante* tiene derecho a recuperar la cosa arrendada (por ejemplo, la maquinaria dada en alquiler al fallido), aun cuando el contrato de arrendamiento en cuestión no estuviere inscrito en ningún registro público. En cambio, el *acreedor garantizado* tendría un derecho preferente a ser pagado, hasta el límite del saldo de su acreencia, con el producto de la liquidación del bien, y siempre y cuando hubiere cumplido las formalidades de oponibilidad a terceros de la garantía mobiliaria, a saber: la carga

de inscripción en el Sistema de Garantías –a menos, claro está, que se esté bajo alguna de las hipótesis de excepción donde la garantía mobiliaria deviene automáticamente oponible a terceros, sin necesidad de inscripción--. Antes de la LGM, las empresas de *leasing* financiero tenían derecho a reivindicar su derecho de propiedad frente a los acreedores de la persona sujeta a concurso. A partir de la LGM, si la operación califica como una garantía mobiliaria, lo que la empresa de *leasing* financiero ostenta es un crédito preferente. Crédito que se restringe al saldo deudor de la operación de financiamiento. El acreedor de la garantía tiene una propiedad en función de garantía, que en última instancia se traduce en un derecho a pagarse *el saldo* de su crédito, con el producto de la liquidación de la cosa, o con la cosa misma –mediando un pacto de apropiación no abusivo--. Pero, en todo caso, el interés del *acreedor garantizado* se concentra en la satisfacción del saldo deudor de una operación de financiamiento, no el ejercicio de los atributos clásicos del dominio (restitución, reivindicación). La LGM viene a erradicar una fuente de injusticia o abuso en los contratos de *leasing* financiero: la cláusula según la cual la empresa arrendante tenía derecho a recuperar íntegramente la cosa, aun cuando el usuario ya hubiera abonado un parte significativa del valor venal del bien.

En segundo lugar, la calificación del contrato de *leasing financiero* como una garantía mobiliaria, aplica las reglas que protegen al deudor frente al abuso del acreedor, como las cláusulas penales abusivas.

En tercer término, la calificación en cuestión interesa a los efectos contables. Uno de las directivas deónticas es que los estados financieros han de reflejar razonablemente la

realidad económica del sujeto. En principio, un contrato de *verdadero arrendamiento* no se contabiliza como un pasivo, en los estados financieros del arrendatario. En cambio, las obligaciones pecuniarias provenientes de un contrato no resiliable (o resiliable contra el pago de una multa económicamente prohibitiva) de *leasing* financiero, deben ser registradas como pasivos. Esto cobra importancia en materia de razones financieras de endeudamiento, o de cumplimiento de ciertas obligaciones de no-hacer, como la de no contraer nuevas deudas sin el previo consentimiento de un acreedor (las llamadas prendas negativas o *negative pledges*).

Finalmente, la calificación interesa fundamentalmente a los fines fiscales. En el *verdadero arrendamiento* es el arrendador quien tiene derecho a deducir los gastos por depreciación de la cosa. En las operaciones de adquisición financiada tal derecho le correspondería al *accipiens* (quien figura como usuario o arrendatario en los contratos de *leasing* financiero).

### El factoraje

Uno de los capítulos más innovadores de la LGM es el II, concerniente a las garantías “*sobre créditos y cuentas por cobrar*”. El capítulo se refiere a los **créditos no cambiarios**, es decir, derechos personales **no** incorporados: 1. En títulos valores cambiarios (como letras de cambio, pagarés, certificados de inversión); ni **tampoco**: 2. En valores escriturales (anotaciones en cuenta), que son valores desmaterializados sujetos a un régimen análogo a los títulos valores cambiarios, fundamentalmente en lo concerniente a la abstracción y la adquisición a *non domino*.

Los **créditos no cambiarios** tradicionalmente han estado sujetos a los principios de base de la adquisición derivativa de derechos: el *nemo plus iuris* y el *resoluto iure dantis*. El cesionario y el acreedor pignoraticio del crédito cedido o pignorado, no recibe más, ni mejor derecho que el derecho que ostentaba el acreedor original, quien cede o da en garantía el crédito en cuestión. El *nemo plus iuris* se traduce en la potestad conferida al deudor para oponer, a los causahabientes particulares de su acreedor, las mismas excepciones reales o personales que hubiera podido oponer a su acreedor. Y si el crédito del cedente se resuelve por incumplimiento de una obligación correlativa de éste *vis-à-vis* al cedido (*resoluto iure dantis...*), igual suerte corre el crédito del cesionario (*...resoluto ex ius accipientis*).

En contraste, los **créditos cambiarios** (que corresponden a los que en el Derecho anglosajón se conoce como *negotiable instruments*), se caracterizan por la abstracción. *Abstraer* significa, en este contexto, *separar, disociar* una deuda —la documentada en el título valor cambiario— de su antecedente causal —la relación jurídica de base donde germinó el crédito—. Desde el punto de vista práctico, el deudor de una obligación abstracta no puede invocar, frente al causahabiente particular de su acreedor, las mismas defensas o excepciones extra cartulares (es decir, aquellas externas, que no consten del título mismo) que hubiera podido oponer a su acreedor. El crédito, al circular en propiedad o en garantía, se separa, se desliga —*rectius*, se *abstrae*— de la relación jurídica de donde efluyó, para convertirse en una entidad autónoma, sin padre ni madre ni genealogía —como *Melquisedec*—; y, entonces, deviene inmune a las defensas basadas en las relaciones

entre el deudor y el acreedor original. En la circulación derivativa de créditos cambiarios se desactiva el *nemo plus iuris* y se aplica, la protección al tercero de buena fe, adquirente *a non domino*. Así, no sin cierta crudeza —como para que le quede bien claro al lector—, lo preceptúa el artículo 669 *bis* del *Código de Comercio*: “[el tercero de buena fe]...*adquire válidamente el derecho representado en el título, aunque el transmitente no sea el titular, y cualquiera que sea la forma en que el titular haya sido desposeído*”. Lo mismo ocurre en la hipótesis de resolución del derecho del tomador original del título, con lo cual queda también desactivado el *resoluto iure dantis*.

No es difícil imaginar qué tipo de crédito resulta preferible, desde el ángulo visual del acreedor. La abstracción es la tierra prometida del comerciante. Si sus deudores, los compradores a plazo, contraen obligaciones susceptibles de ser separadas (digamos, *rebanadas*) del contrato original, los créditos resultantes de dichas operaciones se convierten en bienes negociables, descontables, por ejemplo, a favor de una entidad financiera dedicada al factoreo. *Por ejemplo*: Un comerciante vende a crédito 500 lavadoras automáticas de ropa. Por cada operación, se documentan 500 créditos, en promedio a un año plazo de recuperación. El comerciante puede elegir entre: 1. Esperar que maduren —es decir, que venzan, o que devengan exigibles—y, en tal caso, el comerciante actuaría como financista de sus clientes; ó 2. Buscar algún modo de recibir liquidez anticipadamente. A tal fin, puede concertar un contrato con una empresa financiera o de factoraje, para que ésta le provea recursos contra dichos créditos. En este punto, se ofrecen varias opciones. Una es vender los créditos *en firme*, de tal manera que la

empresa de factoraje adquiera la titularidad definitiva de los créditos y asuma el riesgo de incobrabilidad. Este es el mundo ideal para el comerciante: Obtener dinero líquido, el cual puede emplear para comprar nueva mercadería y acelerar el ciclo productivo de su negocio. Sin embargo, difícilmente va a encontrar una empresa de factoraje dispuesta a asumir el riesgo de incobrabilidad de la cartera. Y si lo encuentra, posiblemente dicho álea se castigue con un descuento tan significativo del precio de venta de los créditos, que haga poco atractivo el negocio. Pero, además, hay otro riesgo, desde el ángulo visual del potencial cesionario de los créditos, que se hace patente en presencia de créditos causales (o no cambiarios): el riesgo de oponibilidad —por parte de los deudores cedidos— de excepciones o defensas basadas en la relación causal subyacente. Así, por ejemplo, si resulta que las lavadoras vendidas presentan defectos de fabricación, muy posiblemente los deudores cedidos se negarán a pagarle al cesionario, invocando —entre otras— la *exceptio inadimpleti contractus*. Ambos riesgos, el de incobrabilidad y el de oponibilidad de defensas causales, obstaculizan la realización del mundo ideal visualizado por el comerciante (la venta *en firme* de sus créditos y, además, por un buen precio). Surgen, así otras opciones, en las que el factor acepta adelantarle al comerciante algunos recursos, pero a título

de financiamiento. En garantía, recibe los créditos, ya no en firme como contrapartida de un precio irrepentible (*pro soluto*), sino *pro solvendo*, como garantía del repago de los adelantos más la utilidad pactada (la tasa de descuento de los créditos).

Los créditos **no cambiarios** que, en el ámbito mercantil consisten, fundamentalmente, en cuentas por cobrar por ventas realizadas a crédito y servicios prestados contra remuneración diferida, tradicionalmente se han caracterizado por su *causalidad*. La causalidad significa que, aun cuando el crédito fuere cedido o gravado, el deudor siempre conserva el derecho a oponerle al cesionario, al acreedor pignoraticio y, en su caso, al adjudicatario, las mismas excepciones que hubiera podido oponer al cedente —es decir, a su acreedor original—<sup>24</sup>. Cabe recordar, *en passant*, que en este contexto la noción de *excepción* no se utiliza en su acepción procesal, sino en sentido sustantivo, como *derecho a negar la prestación*<sup>25</sup>. Sin embargo, es de observar cómo se han ido abriendo, en el Derecho patrio, grietas a la causalidad, delimitando algunas zonas donde lo que impera es lo opuesto a la causalidad, que es la *abstracción*. El *Código de Comercio* del 64 instituyó, desde su promulgación, la figura de la metamorfosis de un crédito originariamente causal en un crédito parcialmente abstracto. A tal fin, se establece, en artículo 492, un plazo cortísimo de tres días de caducidad,

24 Preceptúa, en tal sentido, el párrafo primero del artículo 1111 del Código Civil: “El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones reales o personales que hubiera podido oponer al cedente y puede hacerlas valer, aunque no hubiera hecho ninguna reserva a este respecto al notificarle la cesión; aun en el caso de aceptación pura y simple, podrá oponer toda otra excepción fuera de la compensación, salvo el reparar el perjuicio causado al cesionario por la aceptación, si según las circunstancias, constituyera ésta una falta o imprudencia grave de su parte.”

25 LARENZ, Karl: Derecho de Obligaciones. Tomo II, Traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 448.

dentro del cual el cedido le puede oponerle al cesionario excepciones extrínsecas al título<sup>26</sup>. Vencido ese plazo, se produce un efecto de abstracción parcial: La obligación se desliga de la relación subyacente, en cuanto a vicios no ostensibles, que no deriven del título mismo. La mutación de un crédito causal en un crédito semi-abstracto, por efecto del silencio del cedido, es una particularidad de la cesión de créditos regida por el *Código de Comercio*. Se trata, en efecto, de un *ius singulare* instituido en el *Código de Comercio*, en virtud del cual el cesionario llega a acceder a la posición de seguridad que emana de la abstracción. Sin embargo, es de hacer notar que al momento crucial de formación del contrato de cesión del crédito, el potencial cesionario desconoce si el cedido habrá de ejercer en tiempo su derecho a invocar excepciones extrínsecas, basadas en la relación contractual subyacente. La existencia, al momento de la formación del contrato, de un riesgo actual de oposición de excepciones por el deudor, constituye un costo transaccional.

En 1997 se abrió una nueva grieta al principio de causalidad de la cesión de créditos, con motivo de las reformas al *Código Civil* y al *Código de Comercio* operadas mediante la *Ley Reguladora del Mercado de Valores*, número 7732 de 17 de diciembre de 1997.

Esta ley reformó y adicionó ambos códigos de Derecho Privado, introduciendo la figura de la cesión de créditos a los fines de la constitución de una garantía para la oferta pública de valores. El alcance de esta reforma fue bastante limitado, al quedar subjetivamente restringido a las cesiones en garantía efectuadas por los bancos y entidades financieras autorizadas para realizar oferta pública de valores. Se habilitó la cláusula de consentimiento anticipado del deudor en la transferencia de su crédito sin notificación. Se instituyó un régimen de oponibilidad automática al cedido y a los terceros a partir de la fecha cierta de la cesión en garantía de los créditos. Además, se generó una abstracción parcial, al limitar a una mancuernilla de hipótesis taxativas las posibles excepciones que el deudor puede oponerle al cesionario<sup>27</sup>: nulidad de la relación crediticia y pago anterior a la cesión, siempre y cuando el pago constare documentalmente. Cualquier otra excepción real o personal, incluido el pago indocumentado, quedó expresamente excluida. Esta reforma se propuso facilitar la titularización de carteras de créditos hipotecarios<sup>28</sup>.

La incrustación del artículo 460 *bis* del *Código de Comercio* –acaecida en 2008 mediante Ley 8634 de 23 de abril de 2008–, cuyo texto se limita parcamente a enunciar

26 Artículo 492, párrafo primero del Código de Comercio: “El deudor a quien se haga saber la cesión y tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá hacerla presente en el acto de la notificación o dentro del tercer día. Si no hiciere manifestación alguna acerca de tales excepciones dentro de ese término, serán rechazadas si se tratara de hacerla valer posteriormente. Las excepciones que aparezcan del documento, podrán oponerse al cesionario en cualquier tiempo en la misma forma en que habrían de oponerse al cedente.”

27 Artículo 1111, párrafo segundo del Código de Comercio (introducido por la Ley 7732): “Para las operaciones previstas en los incisos a) y b) del numeral 1104, el deudor únicamente podrá oponer, contra el cesionario, la excepción de pago, siempre que este se encuentre documentado y se haya realizado con anterioridad la cesión; y la de nulidad de la relación crediticia.”

28 Cabe acotar que la titularización de carteras de créditos hipotecarios sub prime jugó un rol protagónico en la crisis económica universal que estalló en 2008.

que “[l]a factura podrá ser transmitida válidamente por endoso”, implicó un nuevo avance de la *abstracción* en los territorios antes gobernados por la *causalidad*. En este caso, el ámbito de la reforma fue considerablemente más amplio, al abarcar el ámbito de los créditos por compraventas mercantiles, documentados en facturas. La circunstancia de que un documento meramente probatorio de una obligación, que se suele emitir por duplicado y que tradicionalmente no incorporaba ningún derecho ni, por consiguiente, era considerado título valor, ahora fuera susceptible de transmisión por endoso, originó serias dudas interpretativas. Emerge la duda sobre si el endoso de la factura produce los efectos del endoso traslativo de títulos valores, específicamente la abstracción y la autonomía; o si, por el contrario, el deudor puede oponerle al endosatario de la factura todas las defensas y excepciones basadas en la relación contractual original. Estos aspectos no quedan claros en la ley. Sobre el endoso de **facturas** –habilitado mediante el artículo 460 bis, agregado al *Código de Comercio* mediante Ley número 87 de 7 de mayo de 2008–, existe laguna normativa en materia de responsabilidad del endosante. Si bien se reformó el sistema de transmisión de los créditos documentados en facturas, la reforma no alcanza a convertir la factura en un título valor ni, por consiguiente, a convertir la obligación en ella documentada en un crédito abstracto y autónomo.

A favor de una respuesta positiva, se podría aducir que, por tratarse de créditos ahora endosables, quedaban excluidos del régimen de la cesión de créditos. En efecto, el artículo 492 del *Código de Comercio* da claramente a entender que el contrato de cesión es el vehículo traslativo de los *créditos no*

*endosables*. Sin embargo, no necesariamente la circulación por endoso implica la supresión de la causalidad. El endoso de una póliza de seguros, a diferencia del endoso de un título valor cambiario, no produce el efecto de abstracción característico del endoso de un título valor cambiario de previo a su vencimiento. El endoso de la póliza de seguros no impide que el asegurador le oponga al endosatario todas las excepciones que podía haberle opuesto al endosante (art. 29 *Ley Reguladora del Contrato de Seguro*).

La LGM le ofrece al comerciante medios para transformar sus créditos no cambiarios, causales, en créditos abstractos, negociables. A primera vista, el artículo 24 de la LGM pareciera estar motivado por el principio *favor debitoris*, cuando enuncia, en el artículo 24, la regla según la cual la constitución de una garantía sobre un crédito “no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito que fue cedido o gravado...”. Si la frase llegara hasta allí, si luego de “gravado” existiera un punto y aparte, no cabría ninguna duda de estar en presencia de una norma pro-parte-deudora. Sin embargo, las últimas tres palabras --“...**sin su consentimiento**”– habilitan exactamente el efecto contrario. *A priori*, el lenguaje imperativo de la norma --“no podrá...”– sugiere una prohibición, una norma de orden público limitativa de la libertad contractual. Sin embargo, esas tres palabras finales privan a la norma de toda fuerza prohibitiva, y la reducen a una simple norma supletoria. De manera sutil, el artículo 24 viene a legalizar –y entrelíneas, casi que a estimular y fomentar– el pacto entre acreedor y deudor en cuya virtud la eventual constitución de una garantía mobiliaria los créditos no cambiarios implique la agravación y el desmejoramiento de la posición que tenía

el deudor *vis-à-vis* a su acreedor original, en la relación causal subyacente. En realidad, se trata de una disposición claramente *favor creditoris*, que, en simple castellano, plano y llano, debería leerse así: “*Es válido el convenio entre acreedor y deudor en virtud del cual la constitución de la garantía torne más onerosas las obligaciones del deudor*”. En efecto, según veremos, son las partes acreedoras –en plural– las beneficiarias de este *pacto de agravación de las obligaciones del deudor*, cuya validez el artículo 24 viene a reconocer. Se favorece, en primer lugar, al acreedor original de créditos tradicionalmente causales, quien, a través de la inserción de una cláusula de renuncia anticipada de oposición de excepciones, puede procurarse créditos abstractos, es decir, en instrumentos negociables susceptibles de ser desligados de sus propias obligaciones correlativas. Y, en segundo lugar, también se beneficia el acreedor garantizado, el *accipiens* del crédito abstracto, a quien el deudor no puede oponer excepciones derivadas de la relación subyacente. El deudor queda amarrado, frente a un tigre suelto y sin posibilidad de defenderse aun cuando su acreedor, como deudor de una obligación correlativa, le hubiera fallado --*v.gr.*, entregándole una cosa defectuosa, o incluso *un aliud pro alio*--.

El artículo 27 de la LGM enuncia la conocida regla de derecho común de oponibilidad al cesionario, por parte del deudor cedido, de todo tipo de “*excepciones reales y personales resultantes del contrato original*”. Pero, acto seguido, el artículo 28 tiende un puente de plata hacia la tierra prometida de la abstracción. En efecto, el artículo 28 legaliza el **pacto de abstracción y de renuncia de excepciones**, sin contemplar distinción alguna si el renunciante es un deudor profesional o un consumidor: “*El deudor*

*del crédito cedido podrá acordar con el deudor garante o cedente, o con el acreedor garantizado que renuncia oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que el deudor del crédito podría oponer, siempre y cuando estas se hayan documentado con fecha anterior a la cesión*”.

Por consiguiente, los compradores a plazo de las lavadoras inservibles no podrían excusarse de pagar sus débitos *vis-à-vis* al cesionario, aduciendo la *exceptio inadimpleti contractus*. Para efectos prácticos: Los deudores quedan constreñidos a pagar sus débitos a primer requerimiento, (o en su defecto, expuestos a tener que soportar la agresión de su patrimonio por las vías ultra rápidas de la ejecución extrajudicial o la monitoria desatascada) y –si aún le quedaran recursos para pagar a un abogado, ejercer la garantía redhibitoria frente a su vendedor por los tortuosos caminos del juicio ordinario, donde cada viaje es una peregrinación de varios años. Los comerciantes logran una ventaja apreciable: sus créditos se disocian de las obligaciones correlativas. Los créditos del comerciante provenientes de contratos sinalagmáticos se liberan de la incómoda reciprocidad y de la odiosa excepción de inejecución, quedando convertidos en derechos abstractos negociables. El otro comerciante, el *accipiens*, recibe créditos coercibles por la vía más expedita posible. El hecho de que la LGM no discrimine entre deudores profesionales (comerciantes) y consumidores, implica un retroceso en cuanto a la protección del consumidor, o, dicho de otro modo, una reconquista, por los comerciantes, de territorios perdidos frente a los avances del Derecho del Consumo. Este contraataque del Derecho Comercial, cristalizado en la abstracción de

los créditos no cambiarios, lo protege la LGM con sus propias defensas cortafuegos. Es emblemático, en tal sentido, el *principio de especialidad* postulado artículo 76 de la LGM: “*Las disposiciones contenidas en la presente ley para la constitución, efectividad, registro, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias deben aplicarse con preferencia a las contenidas en otras leyes*”. Es imposible no pensar en que entre esas *otras leyes* que habrían de abstenerse de interferir con el régimen de garantías mobiliarias, se incluye la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del

*Consumidor*. De prestársele oídos –sin una lectura en clave constitucional armónica con el artículo 46 de la *Carta Magna*—a la autoproclamada superioridad jerárquica del artículo 76 LGM, entonces se llegaría a la conclusión de que, frente al señorío de la LGM, quedaría expatriada la Ley 7472, e inoperantes sus disposiciones de protección al consumidor frente a cláusulas abusivas, como lo serían, sin lugar a dudas, aquellas que “*favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente*”.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Art. 42, inciso (c) de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

# UN NUEVO PARADIGMA SOBRE LAS INFRACCIONES LABORALES

*Dr. Eric Briones Briones.  
Abogado y Profesor Laboralista*

## **SUMARIO**

### **Abreviaturas**

- 1. Introducción.**
  - 2. El sistema tuitivo.**
    - 2.1. Nacimiento de la tutela nacional.
  - 3. Una realidad.**
  - 4. La propuesta teórica.**
  - 5. La propuesta legal.**
    - 5.1 Modificación de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
    - 5.2 Modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley Orgánica del Poder Judicial.
    - 5.3 Modificación de los artículos 564 al 570, 609 al 617 del Código de Trabajo.
    - 5.4 Derogatoria de los artículos 402 inc.f, 309-329, 571 al 581 del Código de Trabajo.
    - 5.5. Transitoriedad.
  - 6. Recomendaciones.**
- Referencias bibliográficas.**

## **ABREVIATURAS**

**CCSS** Caja Costarricense de Seguro Social  
**CNA** Código de la Niñez y la Adolescencia  
**CP** Código Penal  
**CPO** Constitución Política  
**CPC** Código Procesal Civil  
**CPCA** Código Procesal Contencioso Administrativo  
**CPP** Código Procesal Penal  
**CT** Código de Trabajo de Costa Rica  
**DR-Cafta** Tratado de Libre Comercio C.A, República Dominicana con Estados Unidos de Norteamérica  
**DNI** Dirección Nacional de Inspección de Trabajo  
**FUNPADEM** Fundación para la Paz y la Democracia  
**INS** Instituto Nacional de Seguros.  
**LJC** Ley de Jurisdicción Constitucional  
**LGAP** Ley General de la Administración Pública

**LOMTSS** Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

**LOPJ** Ley Orgánica del Poder Judicial.

**MTSS** Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

**OIT** Organización Internacional del Trabajo

**PGR** Procuraduría General de la República

**TLC** Tratado de Libre Comercio

## UN NUEVO PARADIGMA SOBRE LAS INFRACCIONES LABORALES

*Dr. Eric Briones Briones.  
Abogado y Profesor Laboralista*

### 1. Introducción

Siguiendo las tesis de los profesores Pierre Felix Bourdieu y Gustavo Zagrebelsky, se siente la necesidad de estar averiguando -con el fin de que la ciencia del derecho laboral avance- si las construcciones que actualmente rigen a una sociedad, desempeñan su papel, satisfaciendo los intereses y necesidades sociales a lo interno como hacia lo externo del conglomerado. Bajo esta perspectiva, el presente trabajo, pasa a proponer con base en lo estudiado en el artículo denominado: **“Sistemas Inspectivos de Trabajo Centroamericano”**, publicado por esta misma casa editorial, un aporte teórico jurídico, en la consecución de un nuevo sistema nacional sancionador por infraccionalidad laboral, al actualmente estatuido dentro del Código de Trabajo, el cual data de algo más de 70 años. Sus actuales artículos 311 y 614, junto con normativa concordante, sea el Código de la Niñez y la Adolescencia (artículo 101), vienen a establecer un listado de sanciones, que hoy por hoy, solo significan multas de tipo pecuniario, contra quien infrinja una disposición de tipo laboral. Actualmente para poder sancionar, se debe cumplir todo un procedimiento que según estudios de la Inspección de Trabajo, así como de la Organización Internacional del Trabajo, en

promedio duran más o menos tres años. Siendo que el mismo de manera general, está bifurcado en dos fases la administrativa y la judicial.

La presente disertación -la cual corresponde a un resumen de la tesis doctoral del autor, denominada: **“Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio por infraccionalidad laboral”**- pretende así proponer un nuevo paradigma en la conformación de la eficacia jurídica y el desarrollo del trabajo decente, en referencia al tema de la Infraccionalidad laboral.

Cuando se hace alusión a un paradigma, se debe pensar en un diseño o patrón que posibilite cumplir los objetivos que busca la justicia laboral en torno al acometimiento y tratamiento de la infraccionalidad, de manera oportuna en el presente caso. Que en palabras de Bourdieu, vendría a ser las reglas del juego social, que posibilitaría que todo el campo se identifique previamente y desarrolle de manera natural las mismas, dentro de las relaciones de poder, al que se ve sometida todos los días la sociedad costarricense.

El derecho laboral (y, en especial, dentro de su connotación sancionadora judicial de la infraccionalidad) como ciencia jurídica social

y arte a la vez,<sup>1</sup> en la consecución de su fin, se ve cuestionada dentro de la opinión pública, en el sentido de que no cumple con las expectativas del ciudadano. Así, se acusa que los conflictos tanto individuales como colectivos, no son resueltos con base en el precepto constitucional de “justicia pronta y cumplida”, por la excesiva duración de los procesos en sede judicial, la falta de un procedimiento para sancionar las infracciones de manera apropiada<sup>2</sup> y la falta de un presupuesto acorde con sus funciones, a pesar de que ya desde el año de 1943, el entonces presidente de la República, Dr. Calderón Guardia, expresó, en el Congreso Nacional -al enviar el proyecto del código- lo siguiente:

**Estos litigios no deben someterse a conocimiento de los Jueces Civiles, porque la vía ordinaria a menudo resulta tardía y cara. El obrero a quien se niegan sus descansos, que se enferma o que ve incumplido su contrato de trabajo, no está en capacidad de esperar largos meses a que se reconozca su derecho, por la muy comprensible razón de que su única entrada es el salario. Precisa, por lo tanto, que haya una jurisdicción especial que desate prontamente la controversia, con un procedimiento rápido y barato. Esta será la mejor garantía para patronos y trabajadores de que en Costa Rica se realizará la idea de Justicia Social (Proyecto del**

*Código de Trabajo. Texto enviado por el señor Presidente de la República, R.A. Calderón Guardia al Soberano Congreso Constitucional, 12 de abril de 1943: p.126).*

Lo anterior conlleva a que la administración laboral (representada en primera instancia por la Inspección de Trabajo), sea acusada de ineficaz, por los diversos sectores; en este sentido, el informe anual del año 2007 de la Confederación Sindical Internacional (CSI), se pronunció afirmando con respecto al sistema de administración laboral del país, lo siguiente:

**Autoridades cómplices y procedimientos lentos e ineficaces: Este comportamiento, aunque ilegal, es tolerado por las autoridades y las sanciones no son lo suficientemente estrictas como para ser disuasivas. Dada la complejidad de los procedimientos involucrados, obtener la reintegración de trabajadores/as que han sido injustamente despedidos lleva un promedio de tres años o más, tiempo suficientemente largo como para terminar con el sindicato. La resolución que declara una violación, dictada por la DNIT, generalmente excede el período máximo de dos meses previsto por el Tribunal Constitucional. Cuando eventualmente tiene lugar un juicio, alcanzar un veredicto**

1 El autor Héctor Humeres (2009) ha entendido el derecho del trabajo, no solo como ciencia, sino también como arte: Este Derecho nuevo es ciencia y arte a la vez. Como ciencia debe investigar los fenómenos sociales en que se desenvuelve el trabajo, con criterio moral y de equidad, para comprobar si se realiza la justicia en las relaciones del trabajo; como arte, debe aplicar los medios que estime más apropiados para hacer prevalecer tal justicia (p.18).

2 A pesar que en las décadas de los años 60 y 70s, el país ratificó los Convenios Internacionales OIT, 81 (art.18 ) y 129 (art. 24), comprometiéndose a mantener una legislación que prescribiera procedimientos adecuados para sancionar las infracciones laborales.

**puede llevar varios años. Mientras tanto, los trabajadores/as desisten de su lucha sindical. Se constata una real lentitud e ineficacia de los tribunales y de la inspección del trabajo. No hay suficientes inspectores para cubrir los conflictos por violación de la libertad sindical (Recuperado el 20 de enero de 2011 de <http://survey07.ituc-csi.org/getcountry.php?IDCountry=CRI&IDLang=ES>).**

Ahora bien, debido y en especial al procedimiento que existe para la imposición de sanciones, el cual consiste en tener que acusar la Administración ante otra instancia<sup>3</sup>, para poder hacer efectivas sus ordenanzas en caso de incumplimiento, es que ha preexistido un sentimiento de impunidad, y así quedó expresado en la exposición de motivos que hizo -el entonces- diputado Guido Alberto Monge Fernández a la hora de presentar el Proyecto de ley (13.560) en fecha 13 de mayo de 1999, ante la Asamblea Legislativa, para que se reformara el proceso<sup>4</sup> para juzgar las infracciones laborales:

**Las consecuencias de una regulación procedimental deficiente abarcan no sólo la violación de derechos laborales con impunidad, sino el desarrollo de la competencia desleal para los empleadores respetuosos del Código de Trabajo y demás normas de previsión social. En la medida que los procedimientos de infracción sean**

**inadecuados, se posibilita el denominado “dumping social”, por medio del cual los empleadores que violan sistemáticamente la legislación laboral pueden producir a un costo más bajo que los empleadores que sí respetan dicha normativa y cumplen puntualmente con sus obligaciones ante la seguridad social.**

*Mutatis mutandi*, desde inicios del presente siglo, se ha referido a nivel doctrinario una posición similar, al hacerse un análisis a nivel nacional de la temática sobre infraccionalidad laboral:

**Ante este procedimiento dual, en donde se aplica materia laboral y penal, es necesario por el momento pasar a capacitar tanto a jueces como a funcionarios del Ministerio de Trabajo, en conjunto -por intermedio de la Escuela Judicial- para tratar de aplicar uniformemente el procedimiento y colaborar más entre sí, para obtener una mayor justicia en este campo. Por otro lado, lo ideal sería que fuese el Ministerio de Trabajo el que imponga la multa en sede administrativa, para evitar una especie de doble instancia, lo cual produce que transcurra un tiempo aproximado extremo de 3 años, desde el momento en que se inspecciona el centro de trabajo hasta la imposición de la multa**

3 Procedimiento explicado en el trabajo denominado: “Sistemas Inspectivos de Trabajo Centroamericanos”, publicado en anteriores números de la Revista Judicial.

4 Doctrinariamente se distingue entre proceso y procedimiento. Resultando el primero ser la totalidad de la unidad, mientras que el procedimiento es la sucesión de actos. Así el procedimiento sancionatorio es la consecuencia precisa del proceso sobre el juzgamiento de faltas cometidas contra las leyes de trabajo y seguridad social.

mediante sentencia judicial, lo cual es un absurdo para la materia de que se trata y para el Bien Jurídico que se pretende tutelar. Esto no debe sorprendernos, pues experiencias existen en diversos sistemas jurídicos modernos que han podido demostrar una mayor eficiencia y equidad, que el de Costa Rica. Para lograr esto se requiere en primera instancia de voluntad legislativa, en donde se estructure una legislación desconcentrada y acorde con nuestra realidad y por otra parte, voluntad política para procurarle a la Administración del Trabajo, mayores recursos en todos los quehaceres (económicos, logísticos, humanos, intelectuales, tecnológicos, etc.) (Eric Briones, en *Revista Iustitia* N° 179-180, 2001: p. 32).

Por último en el Informe V, emitido como resultado de la centésima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en el año 2011, en Ginebra, se señaló que en medio del nuevo contexto en que operan las instituciones de administración del trabajo, se hace obligatorio un cambio sustancial, de revisión de la organización, en cuanto a su funcionamiento y procedimientos, entre ellos destacan los sancionatorios, como medidas posibles de cumplimiento de la normativa laboral, en la protección eficaz de los derechos de los trabajadores:

**Las sanciones y las medidas correctivas suponen una contribución complementaria a la realización del objetivo general de promover el cumplimiento de las normas cuan-**

**do se adaptan convenientemente a las normativas y a las condiciones económicas del país de que se trate. Es vital que los servicios de inspección establezcan sanciones y procedimientos adecuados para imponer y recaudar las multas** (2011: p. xi)

Por otro lado, el informe concluye:

**La inspección del trabajo no puede entenderse plenamente si no se tienen en cuenta los procedimientos de sanción. Dichos procedimientos son necesarios para obtener una reparación en caso de incumplimiento. También tienen un efecto disuasorio... Por lo general, en la mayoría de los países la inspección del trabajo sanciona mediante multas y procedimientos administrativos. Bastantes países han modificado sus leyes para fijar cuantías más realistas y proponen emplear formas más flexibles y automáticas** (2011: pp. 110-111).

Lo anterior es reflejo de que existe la necesidad de que se valore un cambio dentro de la misma Inspección de Trabajo, de cara al tratamiento de infraccionalidad laboral, pero no solo en cuanto a un fortalecimiento logístico; sino, a la vez, de competencia y funcionalidad, para hacer más dinámica y eficiente su labor en el cumplimiento de la protección de la normativa laboral.

Ahora bien, tomando en cuenta de que de conformidad con la globalización (celebración de Tratados de Libre Comercio)

y el modelo neoliberal de Chicago<sup>5</sup>, han venido ocurriendo nuevas realidades sociales (en donde pareciera que los pilares ideológicos en que se sustentan comportan un sistema propio de valores que difícilmente podrían complementarse con los principios alcanzados en el siglo XX) es que resulta trascendental plantear, una sinergia entre el tema propuesto y estas corrientes en donde los tratados comerciales, en esta época de globalización, imponen desafíos y retos nuevos a la administración de justicia pública en general, por lo que obligan asimismo a implementar opciones nuevas de solución.

El fenómeno de la globalización o mundialización, crea situaciones jurídicas novedosas y exige una revisión más constante de las tradicionales formas de protección del trabajo, produciendo que los órganos estatales competentes para tan importante obligación piensen en nuevos métodos y formas de organización que conlleven agilidad, eficiencia y eficacia, en la prestación de sus servicios.

Ante tal coyuntura dentro de los sistemas neomodernistas o posmodernistas<sup>6</sup>, es fácil entender que es inexcusable contar con una Inspección de Trabajo (por antonomasia el órgano administrativo que vela por la protección de los derechos laborales) que no refiera procedimientos expeditos y efectivos para prevenir y, asimismo, para sancionar, dentro de un fuerte contenido ético profesional por parte de sus funcionarios. En

donde como ente protector de los derechos laborales, que es, precisamente su razón de ser, debe preocuparse por romper barreras que le imposibiliten tal cometido, buscando, así dentro del mundo evolutivo, su subsistencia, dando soluciones a las nuevas necesidades que le demanden, traspasando su ámbito programático normativo, para convertirse en su principal promotor, gestor y protector. Nótese que la labor inspectiva no se circunscribe a la actividad comercial únicamente, sino que abarca todas las áreas de producción y servicios que se llevan a cabo dentro del territorio nacional. Y es que, en lo que atañe a la actividad comercial exportadora, se convierte en una obligación internacional para la Nación -so pena de ser denunciada y de recibir eventuales sanciones comerciales y económicas- ser proactiva en resguardo de los derechos, debiendo contar con garantías procesales e información pública, que garanticen eficientemente el sistema tuitivo a nivel laboral. Debiendo desarrollar dentro del ámbito interno, medidas, tales como órdenes, multas, sanciones o hasta cierres, en caso de encontrar violaciones, esto de conformidad con lo dispuesto por el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (en inglés DR-Cafta, Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement), aprobado mediante Ley nacional N° 8622, entre varios de sus instrumentos internacionales, que últimamente se ha propuesto en celebrar.

5 Llamado así por la importancia que ha tenido en éste, el Estadounidense Milton Friedman y otros representantes; el cual floreció a finales de las décadas de los 80s, como consecuencia del colapso del modelo socialista, con lo cual la alternativa histórica al capitalismo se vio debilitada, dando así resurgimiento con fuerza como respuesta ideológica, el nuevo liberalismo; encontrando en muchos de sus seguidores -para la obtención de una mayor producción- la desvalorización (o flexibilización) de los derechos laborales alcanzados.

6 Conceptos utilizado por el francés Franck Moderne, para explicar los cambios que están sufriendo los Estados actuales como consecuencia de la mundialización (2005: pp. 32, 56).

De allí la importancia de poseer una inspección de trabajo eficaz, dentro del campo sancionatorio, por cuanto es la llamada en primera instancia a velar por el cumplimiento de la legislación laboral, dentro de la concepción puesta en práctica a mediados del siglo pasado. Esta además, debe ser robustecida dentro de todo su ámbito de actuación; cimentada mediante bases sólidas de ética y capacitación constante (procesos accesibles, expeditos y claros, creación de códigos éticos y tonificación de las condiciones laborales en general) que faciliten y hagan fiable la nueva labor de imposición de sanciones a nivel administrativo.

Por lo anterior, se intentará dilucidar acerca de un nuevo modelo<sup>7</sup> -si bien basado en la teoría intervencionista, no por ello incompatible con la concepción de la globalización mundial-, en donde el mismo Estado en el ámbito administrativo sancione, rompiéndose a nivel formal con la división de poderes hasta ahora llevada a su máxima expresión dentro del ordenamiento nacional, con respecto al tratamiento de los casos por infracción laboral. Actualmente, dicha potestad depende única y exclusivamente del Poder Judicial; siendo la autoridad competente para sancionar - de conformidad con el artículo 116 de la LOPJ- los juzgados mixtos de menor cuantía o los Tribunales de Menor Cuantía de Trabajo, para lo cual deben seguir los procedimientos establecidos en los artículos 309-329, 564-580 ambos del Código de Trabajo (CT) y 44-60 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del

Seguro Social, en concordancia con los artículos 601 a 617 del citado código.

## 2. El sistema tuitivo

La Inspección de Trabajo hoy como función estatal de la administración del trabajo que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en los centros de trabajo, puede afirmarse como referencia, que surgió facultativamente en Inglaterra,<sup>8</sup> para evitar el desarrollo de enfermedades contagiosas y para preservar la moralidad de los aprendices en los locales, implantándose obligatoriamente en 1833, según lo expone el profesor español, Alberto Arufe (2007):

*El precedente más remoto lo registran las leyes de fábricas inglesas -la primera de las cuales, en 1833, se refería ya a las funciones de los que llamaba "inspectores de fábricas (inspectors of factories)"- y a dichas leyes inglesas subsiguieron, por su orden cronológico, la Ordenanza Industrial alemana de 1869 -encomendando la función inspectora a "funcionarios especiales"-, la aparición en 1891 de los primeros "inspectores industriales" en Portugal, y la de los primeros "inspectores del trabajo" en Francia sólo un año después, en 1892 (pp. 129-130).*

Por su parte, en Prusia, se extiende forzosamente a las actividades laborales,

mediante Ley de 1869 promulgada por Bismark. En Francia, mediante Ley de 19 de mayo de 1874 se configura el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de aplicar las leyes sociales. El cuerpo estaba conformado por quince inspectores nombrados y retribuidos por el Gobierno y otros por los Consejos Generales; pero, muchos de estos incumplieron con la remuneración, por lo que la propuesta no fructificó. En Alemania, aparece dentro del Código Industrial de 1889, con carácter facultativo y con funciones limitadas a la tutela de la higiene y seguridad en el trabajo. No es sino, hasta 1892 cuando realmente se crea como una estructura administrativa estatal, con miembros reclutados por concurso y dotados de un estatuto (Briones, Revista Real Card, 3° ed, 2010: p. 13).

A nivel americano -se puede señalar -en los Estados Unidos de Norteamérica, es a partir de 1890 y específicamente en New York, en donde empieza a funcionar el servicio de inspección de trabajo y como dato curioso, algunas mujeres formaban parte de él<sup>9</sup> con potestades dirigidas a la investigación y prevención de los riesgos profesionales. En Chile se crea la Dirección General del Trabajo, en el año 1924, a la cual se le asignaron funciones de fiscalización en el cumplimiento a las leyes del trabajo y lo concerniente a los tribunales encargados de su aplicación y en México no es hasta 1931, cuando regula mediante Ley Federal, las atribuciones de un cuerpo inspectivo.

Como puede apreciarse los cuerpos inspectivos de Europa y América fueron

suscitándose a finales del siglo diecinueve y las primeras cuatro décadas del siglo veinte; no obstante, su pleno nacimiento con sustento normativo internacional, lo consiguen por medio del Tratado de Paz de Versalles que proclamó en su aparte XIII, como principio la importancia particular y urgente de que cada Estado organizara un servicio de inspección, que comprendiera a las mujeres, con el objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores (artículo 427, inc. 9). En el mismo sentido, en 1923, como parte de su quinta reunión, adoptó la necesidad de que cada Estado miembro, contara con un servicio de inspección, con la misión esencial de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Esto, definitivamente, revistió un indudable interés histórico por cuanto, basándose en la experiencia adquirida por los países que ya la habían constituido, trazó los lineamientos generales que inspirarían la conformación de la inspección de trabajo en numerosos países y, en especial, en Costa Rica.

### 2.1 Nacimiento de la tutela nacional

Es innegable, entonces, que una de las tareas de los Estados -a nivel mundial- estriba en la vigilancia del cumplimiento de las leyes y, en caso necesario, forzar al mismo ante una eventual intención de trasgresión y así resolver problemas sociales, como la explotación laboral de los niños, de las mujeres, de las jornadas laborales extenuantes y las condiciones insalubres y

<sup>7</sup> Se advierte al lector, que la lege ferenda (proyecto de ley) que se hilvanó de este marco teórico, fue presentada al Ministro de Trabajo, Dr. Olman Segura, por parte de su autor.

<sup>8</sup> En un primer escenario se emitió la ley para preservar la moralidad de los aprendices, la cual iba dirigida a niños trabajadores, creándose comités de manera voluntaria conformados por personas notables de cada localidad (OIT. Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace: s/f, pp.9).

<sup>9</sup> Pudiendo ser una conquista como consecuencia de la muerte de las ciento sesenta mujeres dentro de la fábrica cotton, en dicho Estado.

peligrosas, entre otras. Para tal cometido, se han creado administrativamente las inspecciones de trabajo, de allí que el jurista Fernando Suárez González, afirmara: "...la historia de la Inspección ha sido paralela a la historia de la legislación laboral" (Recuperado el 6 de septiembre de 2010, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/45.pdf>). Complementando dicho pensamiento, con lo expuesto por el ex-ministro francés Viviani, en el sentido de que "una ley de trabajo, es lo que son los inspectores encargados de aplicarla" (Cabanelas: 2001: p.307).

Entendida la inspección como un cuerpo conformado por inspectores e inspectoras que velan administrativamente por el cumplimiento de la legislación laboral y los convenios internacionales. Encontrando tanto su conformación como sus funciones dentro de los Convenios 81 y 129 y Recomendaciones 5, 20, 81 y 133 de la OIT y a nivel nacional como se referirá de manera prolija en diversas leyes, las que destacan: la LOMTSS, el Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo, el Código de Trabajo y otras leyes conexas de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional.

Señala el historiador, Vladimir de la Cruz que, realmente, la protección de los trabajadores en el país, empieza formalmente a gestionarse por medio del Decreto-Ley N° 33, donde se expresa la voluntad política de crear una Secretaría de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social, asignándosele dentro de sus competencias,

precisamente, la creación de una Inspección del Trabajo:

**Con el decreto en mención, se viene a buscar: I.- La preparación del proyecto de Código de Trabajo. II.- La organización de los departamentos de Inspección de Minas e Industrias, del Trabajo en General, de la Enseñanza Industrial y Profesional y del Seguro y Previsión Social. III.- La suprema inspección de todas las leyes relativas al Trabajo y Previsión Social. IV.- La fundación y organización de un Instituto para Estudios Sociales (Conferencia De la Cruz, 2008).**

Si acaso la Secretaría de Trabajo en sus inicios contaba con tres funcionarios, ya que limitaba su adscripción a la Secretaría de Gobernación, esto no solo por razones presupuestarias sino históricas, por cuanto antes de su creación el órgano competente para ver la materia con ocasión del trabajo, lo era dicha Secretaría de Gobernación. Realmente, esto constituyó una medida previsoras frente a la crisis económica de inicios de los años 30s que se avecinaba. Si bien se aumentaba la intervención dentro de la función estatal en cuanto a la regulación del trabajo, no es sino hasta el año 1942, que se empieza a consolidar el sistema de seguridad laboral, como se ha referido.

Nótese que la propuesta de la Secretaría de Trabajo, si bien fue realizada por el Diputado Carlos María Jiménez Ortiz, quien

pertenecía al Partido Republicano Nacional no encontró en los años 30s, sustento dentro de la sociedad.<sup>10</sup> No es sino, hasta que su partido posteriormente lleva a la presidencia al Dr. Calderón Guardia, que va a lograr recogerse esa semilla sembrada desde 1928, alcanzando su germinación mediante el impulso político de la década de los años 40s en la conformación dentro de la legislación social, también de un Ministerio de Trabajo, que contaría con Inspectores de Trabajo.

Lo anterior, explica el posterior desarrollo del derecho laboral a nivel nacional, con la promulgación del CT por medio de un dirigente republicano, como lo fue, el Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia. Dicha promulgación trajo aparejada la creación de los servicios de la Inspección General del Trabajo, dentro de sus artículos 585 a 600 del CT, dentro del Título Noveno referido a la Organización Administrativa de Trabajo, que como explicó, el Lic. Eduardo Gutiérrez, Inspector de Trabajo, en los años 60s, la misma era modesta en sus inicios:

**Al iniciar sus labores la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, se organizó la Inspección General de Trabajo, del cual dependía doce Inspectores con jurisdicción en toda la República y con asiento en la ciudad de San José, para efectos de sueldos se dividieron en dos grupos: Inspectores de primera categoría e Inspectores de segunda**

**categoría, en consideración a este aspecto la Jefatura de la Inspección siempre asignaba el trabajo conforme a la importancia y gravedad de los asuntos. En las cabeceras de Provincias se instaló un Inspector de Trabajo, al cual se denominaba Inspector Provincial de Trabajo, con categoría dos. En lugares como la zona bananera también fue necesario establecer oficinas de Inspección de Trabajo, habiendo sido las primeras Golfito, Quepos y Puerto Cortés, pues esta jurisdicción por la gran concentración de trabajadores siempre ha sido objeto de conflictos y de actividades sindicales. A estos Inspectores siempre se les ha denominado Inspectores Regionales de Trabajo, y por la importancia de sus funciones han estado en la categoría más alta. Como dato importante debo informar que el primer grupo de Inspectores resultó con raras excepciones, un acierto en su integración, pues el Licenciado Oscar Barahona Streber que tuvo a su cargo la redacción del proyecto del Código de Trabajo y la organización de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, seleccionó a un grupo de estudiantes de la Escuela de Servicio Social, adscrita a la Universidad de Costa Rica, y que**

<sup>10</sup> No obstante, el mismo Diputado Jiménez Ortiz, al poder sopesar lo que iba a ocurrir, se pronunció abogando en primera instancia por el desarrollo de las leyes obreras, como norte principal, sin dejar de aspirar a que algún día viniera aparejada una institución estatal, que hiciere posible el desarrollo y cumplimiento de dicha legislación: "La emisión de las leyes del trabajo y de la previsión social, es lo principal, y la creación del Ministerio respectivo es lo accesorio; pero en realidad, el conjunto forma un mecanismo tan completo que en ciertos países la nomenclatura de leyes obreras de legislación industrial ha venido a tomar la propia designación del Ministerio correspondiente y se las llama Leyes del Trabajo y de la Previsión Social" (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, p. 16).

por cierto había recibido un curso de Derecho de Trabajo, impartido por el mismo señor Barahona, además habían realizado cursos de sicología, servicio social, etc (Tesis de incorporación para optar por el título de licenciado en leyes, 1966: pp. 44 y 45).

Bajo esta estructura y orden legal se mantuvo la inspección costarricense, hasta que durante la administración de José Figueres Ferrer (1954-1958), siendo Ministro de Trabajo, el Lic. Otto Fallas Monge, se preocupó por darle una nueva estructura, con el afán de proveer al Ministerio de Trabajo de mejores departamentos y oficinas en cuanto a orientación y dinamismo, por lo que se promulgó la Ley N° 1860 de 20 de abril de 1955 (LOMTSS), lo cual vino a significar en palabras del Lic. Gutiérrez Chacón (1966):

**Una asignación de funciones más técnica siguiendo la recomendación de la Organización Internacional de Trabajo, de la Inspección General del ramo, considerándose conveniente limitarle la facultad para conocer del estudio y aprobación de los Reglamentos Interiores de Trabajo, la evacuación verbal y escrita de consultas sobre interpretación de la ley, la tramitación de los asuntos de conciliación extrajudicial y el aspecto referente a la seguridad e higiene en el trabajo...Al mismo tiempo y mediante la Ley Orgánica del Ministerio, quedaron derogados los artículos 580 a 600 del Código de Trabajo, que comprendían la Organización Administrativa de Trabajo, y la organización y funcionamiento de la Inspección General**

**de Trabajo, quedó comprendida del artículo 88 al 102 de la mencionada Ley Orgánica (pp. 66 y 67).**

Como corolario de lo anterior, dicha ley hasta hoy vigente, dispone la creación de la Inspección General de Trabajo, como dependencia de la Dirección General de Relaciones Laborales (art. 7 LOMTSS) y con el deber de velar "...porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social" (art.88 Ibídem). No obstante por Decreto Ejecutivo N° 1508-TBS, del 16 de febrero de 1971, sea el Reglamento de Reorganización y Racionalización del MTSS, la Inspección General de Trabajo pasa a llamarse Dirección Nacional de Inspección de Trabajo (DNI), formando parte como Dirección independiente del Ministerio de Trabajo y que como se analizará más adelante ha sufrido variaciones, mediante la emisión de diversos decretos en pro de un mejor desempeño y en apremio de las necesidades que le demandan los tiempos actuales.

No obstante, a la fecha, sigue bajo la conformación orgánica y funcional, de un modelo concebido desde hace casi siete décadas, pensado para una Costa Rica, distinta de la que hoy significa, dentro del avance tanto interno como internacional de las nuevas realidades que han traído los procesos mundiales.

### **3. Una realidad**

En la actualidad los tiempos de respuesta dentro del sistema sancionador laboral, son muy extensos, merced a que se ventilan mediante un procedimiento que depende de un ente administrativo como judicial

-como se ha referido en el antecedente mencionado- lo que provoca que en esta última sede, se atiborre de causas muchas veces consideradas de bagatela o escasa importancia y de allí que múltiples casos queden sin sanción alguna ( 43,3% y 52% sobre 97 y 326 de casos respectivamente, según estudios de Solana y Godínez<sup>11</sup>), con el consecuente sentir de la población que utiliza los servicios, de que dicho procedimiento no es eficaz (un 90% de los encuestados en estudio promovido por el Departamento Legal de la Inspección en el año 2010, consideraron necesario el establecimiento de mecanismos que permitieran la imposición de multas en sede administrativa ante la falta de oportuna respuesta por el ente judicial); es decir, no responde a las necesidades inmediatas que demanda la protección de los derechos laborales, elevados a rango de la humanidad en la respectiva Declaración Universal.

Por otro lado, realizado un cuestionario dirigido a los representantes patronales como de los trabajadores (entre 8 y 9 abril del 2013), de los seis entrevistados, se pudo desprender que cuatro (uno patronal) están de acuerdo en que sea la administración la que imponga la multa en su sede para que haya justicia pronta y

cumplida, acabándosele al trabajador y al Ministerio de Trabajo, el calvario de llevar esos procesos interminables dentro de la sede judicial, correspondiendo a casi el 70% de la muestra. Eso sí, con independencia de que se esté de acuerdo con la imposición de la multa en una u otra sede, el 100% de los encuestados, consideran que es necesario contar con una Inspección de Trabajo, con mayores recursos humanos y logísticos, de capacitación constante para evitar, lo que consideran una inspección de "cuarta categoría por parte de la clase política".

Por otro lado, la ineficacia actual del procedimiento sancionador, consta en los estudios Solana y Godínez, en donde se determinó del primer estudio que de ochocientos cincuenta y siete expedientes, tan solo un 38% de las resoluciones son de fondo, las restantes corresponden a prescripción (15,9%) o conciliación (45,1%). Asimismo, dentro de las denuncias en que recayó una deserción o un desistimiento, presentaron promedios de duración que oscilaron entre diez y once meses; correspondiendo el valor más alto, los casos concluidos con una prescripción (veintitrés meses). Si la conciliación ocupa un porcentaje muy alto, casi el cincuenta por ciento, ello es

<sup>11</sup> El primero estudio aquí referido, se denomina, "Estudio sobre denuncias presentadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por infracciones a las leyes de trabajo en catorce oficinas jurisdiccionales, 2005-2009", siendo de tipo estadístico, a partir de una muestra en donde se analizaron los expedientes ingresados en catorce oficinas competentes en materia laboral, donde la parte actora fue la Inspección de Trabajo. Escogiéndose como muestra catorce oficinas (Tribunales de Trabajo de Menor cuantía de Goicoechea, Alajuela, Cartago, Heredia, Santa Cruz y Pococí, Juzgados de Menor Cuantía de Pérez Zeledón, San Ramón, Grecia, Atenas, Turrialba, Liberia, Nicoya y Golfito) de las setenta y dos jurisdiccionales existentes aproximadamente, por ser en donde operaba el sistema de gestión, lo cual facilitó la tramitación de los expedientes judiciales con la ayuda y el soporte de la tecnología informática (febrero 2011: p.3-6). El segundo denominado "Estudio cualitativo de las sentencias de primera instancia dictadas por tribunales laborales de Costa Rica con motivo de infracciones laborales denunciadas por la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo: Período 2005-2009"; siendo de tipo cualitativo. Teniendo como objetivo el análisis de sentencias dictadas en primera instancia por tribunales nacionales, con motivo de infracciones laborales denunciadas por la Inspección de Trabajo. Abarcando el período de los años 2005-2009, para lo cual se utilizó una muestra de noventa y siete casos de los trescientos veintiséis fallados. Tomando en cuenta trece despachos judiciales dentro de seis provincias (excluida Puntarenas). Poseyendo una fiabilidad de un 95%, con un error de un 8% (julio 2011: pp. 5-9).

signo de alerta, en el sentido que dentro de la misma sede administrativa debe llevarse a cabo todo el procedimiento, pues ya de por sí, pareciera que es la administración la que ocupa un papel protagónico, incluso dentro de la misma sede judicial a la hora de promoverse la respectiva fase procedimental. El segundo estudio, realizado por el Dr. Godínez, indicó dentro de dicha ineficacia, a consecuencia de considerar la infraccionalidad, como un tema de bagatela, que de noventa y siete denuncias estudiadas entre los períodos 2005-2009, la tasa de éxito fue todavía más baja en relación con las denuncias presentadas por violación de fueros especiales de protección, donde solo en tres casos (18,8%) de los dieciséis, la denuncia concluyó con una sentencia condenatoria. Lo cual señala que el sistema judicial está incumpliendo con proteger el interés social de ciertos grupos especiales por su condición. Ahora bien, de cincuenta y cinco sentencias condenatorias, poco más de la mitad (52,7%) impone la multa más baja de las legalmente previstas (65,9% de las multas se fijaron en un salario mínimo) y ninguna pasó del rango de nueve salarios, previstos dentro del artículo 614 del CT.

Lo que refleja que los jueces de la República, no le conceden la importancia del caso, a la infraccionalidad, con lo cual, a su vez, están menospreciando la labor conferida dentro del ámbito internacional a las autoridades administrativas laborales. Esto ha repercutido por un lado que la misma administración ejecutiva esté optando por llevar en menor grado sus casos a dicha sede, con disminución de casos presentados por infraccionalidad laboral, entre los años 2005-2008, según estudio del Poder Judicial<sup>12</sup>, y a su vez, que se pueda estar eventualmente -al igual que sucedió en Guatemala<sup>13</sup>- ante un incumplimiento de los compromisos asumidos por el gobierno dentro de las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio, específicamente en cuanto al componente laboral.

Entonces, llegado a este momento, no se entiende porque no ha operado el cambio hacia la imposición de la sanción dentro de su propia sede por parte del país<sup>14</sup>, a pesar que es dable tanto constitucionalmente, como legalmente dicha potestad, estando vigente en otras administraciones internas, tales como ocurre con las materias de tránsito, tributaria, etc.<sup>15</sup>

12 Según estudio realizado por el Poder Judicial (anuarios de estadísticas) entre los años 2005-2008, sobre los casos ingresados por infraccionalidad laboral (tanto del Ministerio de Trabajo (MTSS), Instituto Nacional de Seguros (INS) como Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) señalan la disminución de los casos presentados en sede judicial; así por ejemplo, en el año 2006 hubo 2607 presentados, en el 2007 entraron 1939 y en el 2008, 1381 casos fueron elevados a instancias judiciales, lo que refleja esa posible desilusión por parte de las autoridades administrativas, ante el tratamiento que están haciendo las instancias judiciales, concerniente a la infraccionalidad laboral.

13 Guatemala en el año 2004, mediante su Corte de Constitucionalidad, resolvió, declarar la inconstitucionalidad de la reforma del año 2001, la cual facultaba a la Inspección de Trabajo a imponer las sanciones dentro de su sede, bajo el argumento de que solo la judicial podía ventilar la infraccionalidad laboral, según el marco constitucional. Lo anterior, ha conllevado dentro del marco del DR-CAFTA, de hacerse acreedora de los mecanismos de sanción previstos en el aparte 20, junto con la amenaza de eliminarse las ventajas comerciales (El Periódico de Guatemala. Recuperado el 24 de agosto de 2011 desde <http://www.elperiodico.com.gt/es/20110517/economia/195487/>; Periódico Siglo XXI. Recuperado el 24 de agosto de 2011 desde <http://www.s21.com.gt/pulso/2011/06/08/fijan-plazo-8-meses-para-aplicar-ley-laboral>).

14 En Latinoamérica solo Bolivia, Guatemala y República Dominicana junto con Costa Rica, no disponen de la facultad sancionadora dentro de la sede administrativa.

15 En este sentido, la Sala Constitucional, ha reiterado dicha posibilidad en su resolución N° 3929-95.

Apartándose de una explicación meramente jurídica y siguiendo la tesis del profesor Mario Ramírez (Antología del Curso Estado Social de Derecho, 2011: p.64), en donde destaca que todo análisis serio, debe partir, también de una perspectiva sociológica, al encontrarse inmersa una sociedad, la cual es la que en última instancia va a sentir los perjuicios o beneficios, de cualquier nuevo paradigma; es por lo que, se parte de una probable tesis, que tiene que ver con el fenómeno social de las "Élites de poder<sup>16</sup>". Es posible entender que las élites de poder del país, estén prohiendo por una legislación procedimental menos inmediata en cuanto a la imposición de la sanción y prefieran utilizar un sistema más engorroso y no directo, para proteger sus intereses. Familias y personas poderosas, que hoy detentan enorme cantidad de poder y riqueza, puede ser que necesiten precisamente de formas institucionalizadas no eficaces, para que sigan apoyando sus diversos intereses, que no son precisamente los de la mayoría. No obstante olvidan, que mediante un procedimiento eficaz y además acompañado de eficiencia por parte de sus gestores, puede soslayar las prácticas de dumping social y además puede traer mayor inversión extranjera, al generar más confianza por parte de sus inversionistas en la protección de los derechos laborales. En última instancia, dicho resguardo, no solo traería bienestar para un trabajador en particular; sino en sí, de la fuerza de trabajo nacional como un todo, en donde median in-

tereses difusos o colectivos que precisamente coinciden con el desarrollo del orden económico y social de todos los costarricenses.

#### 4. La propuesta teórica

Para darle mayores oportunidades a la Inspección de Trabajo, de hacer cumplir la legislación laboral tanto nacional como internacional, de manera eficaz, es que se propone -vía modificación ley-<sup>17</sup>, que en el momento de la visita inspectiva pueda imponerse la sanción, mediante acta que se deja en el centro de trabajo, con lo cual se eliminaría la actual visita de revisión obligatoria.

Para que la propuesta resulte armoniosa con el resto de la normativa, es necesario cambiar lo estipulado por la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, reformándose específicamente sus actuales artículos 88, 92,94 y 139. De la misma forma al artículo 116 de la LOPJ, se le sustraería la potestad vía judicial de ver casos por infracciones a las leyes de trabajo, sin perjuicio que cuando los jueces laborales tengan noticia de alguna infracción, puedan testimoniar piezas ante el Ministerio de Trabajo. Confiriéndose a la inspección -así mediante la modificación y abolición de artículos relativos a la temática- además de la ejecutoriedad para el control de la normativa, también la potestad sancionadora en caso de detectar su incumplimiento, reformándose

16 Para mayor información del tema se puede consultar: "Élites de Poder" del Mexicano Jorge Baldrige y "Quien Gobierna en Costa Rica", del Dr. Oscar Arias Sánchez.

17 Debe darse una reforma legal integral por cuanto por otro medio (v.gr., vía decreto) no sería dable, en vista que el artículo 124 de la Ley General de la Administración es claro al estipular que los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.

específicamente los artículos 564 al 570, 609 al 617 del Código de Trabajo.<sup>18</sup>

Se derogarían el inc. f del artículo 402 del CT, el cual indica el conocimiento de la jurisdicción laboral respecto de las faltas cometidas contra leyes de trabajo; la disposición del artículo 116 de la Ley Orgánica que le confiere al Poder Judicial competencia en infraccionalidad laboral y los artículos 571 al 581 del CT, los cuales son los que le dan legitimidad al Poder Judicial, para ventilar las faltas dentro de su sede como proceso especial. En similar sentido, se propone la eliminación de los artículos 309 al 329 del CT, referidos al procedimiento para ventilar la infraccionalidad por violación al título IV (De la protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo), el cual fue creado por Ley N° 6727. En la práctica forense, el mismo no viene a ser algo distinto de lo preceptuado por el título X del CT, referido a la sancionabilidad por infracciones, en general, que le da la potestad a la judicatura en el conocimiento de la misma.

La ley regiría a partir del momento que lo considere oportuno el Poder Ejecutivo, con lo cual facilitaría al Ministerio de Trabajo y a la Caja Costarricense de Seguro Social, la labor de realizar los cambios

pertinentes para adaptarse dentro de la nueva propuesta, junto con la obtención del presupuesto pertinente, para el desempeño de su nuevo funcionamiento. Por lo tanto, no estableciéndose un tiempo determinado, sino hasta que esté preparada la administración para hacer frente a este nuevo paradigma. Así un transitorio podría estipular: **“Esta ley entrará en vigencia, cuando así sea acordado por el Poder Ejecutivo, conforme con la reorganización que se implementará dentro del Ministerio y a las posibilidades económicas del Estado”**. Lo cual no es nada novedoso por cuanto existen como antecedentes promulgaciones como la Ley N° 107 del año 1941, como parte de la legislación de conquista de las garantías sociales, conocida como “Uso del Calzado entre Escolares”, que vino a sujetar dentro de su artículo cuarto la entrada en vigencia de la misma, a la fecha que determinara el Poder Ejecutivo o bien la LOMTSS, la cual germinó tres meses después de promulgada. Como se refleja, lo más importante es dejar la semilla sembrada, esperando el fruto, cuando se cuente con el escenario óptimo, en beneficio de un sistema posible. No pensar en esto, sería -como resulta con frecuencia a la hora de promulgar leyes- crear una demanda a las instituciones que no tienen con qué hacerle frente y a su vez

18 Dejándose prevista la posibilidad que tendrían los inspectores de acudir ante la jurisdicción cuando encuentren desobediencia de sus requerimientos, dificultad o resistencia para el ejercicio de su cargo. En este sentido el actual Código Penal regula dentro del artículo 389 inc. 7) una sanción entre 5 a 30 días de multa, al que estorbare a un funcionario público o le dificultare o le mostrare resistencia, en alguna forma, durante el cumplimiento de sus funciones. Dentro de las conductas que constituyen el delito, están -según lo explica la Dra. Pérez Guerrero- para el caso Español, pero que es imposible pensarlo también para el ámbito nacional, una conducta general de no colaboración con los Inspectores de Trabajo, a pesar de estar facultados legalmente. Facultades que van destinadas a facilitar su labor investigativa, por lo que generan un deber del sujeto investigado de colaboración, sin perjuicio del ejercicio de defensa a que tendría derecho (2005: p.122).

19 Así el transitorio IV estipularía: “Esta ley entrará en vigencia, cuando así sea acordado por el Poder Ejecutivo, conforme con la reorganización que se implementará dentro del Ministerio y a las posibilidades económicas del Estado”.

una expectativa engañosa a la ciudadanía. Por ello, cuando se determine por parte del Estado, de dónde obtendrá el contenido económico, es que entraría plenamente en vigencia la misma.

Por su parte, los procesos, pendientes ante los tribunales de justicia, en el momento de entrar la presente propuesta,<sup>19</sup> deberían continuar con la normativa procesal vigente a su presentación y hasta su finalización.

Dentro de la transitoriedad tanto el Ministerio, como la CCSS, deberán emitir las reglamentaciones respectivas para hacer viable la imposición de multas en sus sedes, pudiendo crear las Juntas Administradoras de Multas, para tener una administración centralizada de los recursos. En este sentido, los transitorios podrían señalar:

**TRANSITORIO I. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitirá las reglamentaciones respectivas para hacer viable la imposición de multas en su sede junto con el de la Junta Administradora de Multas.**

**TRANSITORIO II. La Caja Costarricense de Seguro Social, emitirá su respectiva normativa para hacer viable su sistema sancionador de conformidad con las disposiciones previstas, creando al efecto al igual que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social una Junta para la administración de las multas impuestas.**

Finalmente, la misma debe ser rubricada y emitida además del titular de la presidencia, por las personas que ejerzan el cargo de representantes, en los ministerios de trabajo, Justicia y Gobernación, estos dos últimos por cuanto una reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, le corresponde al ramo

de justicia y una reforma al CNA, al del ramo de gobernación.

## 5. La propuesta legal

De lo estudiado dentro del ámbito teórico, surge a modo de *lege ferenda* o de lo deseable en contraposición al actual sistema (*lege data*), la presente propuesta que bien podría ser pensada en la confección de los cambios que se requieran (tanto de creación, modificación, como de eliminación) dentro del ámbito nacional. La misma constaría de un acápite correspondiente a los motivos de exposición, los cuales se podrían basar en los estudios mencionados y en este mismo.

Además de las modificaciones legales junto con las derogatorias y los transitorios pertinentes para la viabilidad de la misma.

### 5.1 Modificación de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

ARTÍCULO 1.- Se modifican los artículos 88, 92,94 y 139 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social N° 1860 y sus reformas, los cuales se leerá de la siguiente manera:

Artículo 88.- La Inspección de Trabajo, por medio de su cuerpo de Inspectores e Inspectoras, velará porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social.

Actuará en coordinación con las dependencias tanto internas del Ministerio como externas que formen parte del Estado, y deberá efec-

tuar los estudios, rendir los informes, hacer ejecutar las disposiciones y las demás actividades relacionadas con su función.

Debe llevar un registro a través de una base de datos con información desagregada por sexo y otras variables (edad, etnia, nacionalidad u otras) de las empresas e instituciones públicas que posean trabajadores, pudiendo obtener la información de diversos registros institucionales con preferencia y libres del pago de cualquier canon.

Deberá asimismo presentar un anuario, sobre toda la gestión que ha realizado, el cual deberá publicitarse por los medios que considere pertinentes, para que sea conocido por la ciudadanía.

Artículo 92.- Siempre que se compruebe la violación de la Constitución Política, los pactos internacionales sobre derechos humanos, los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa, y demás normas laborales y de seguridad social, la Inspección tendrá la potestad de sancionar administrativamente las infracciones detectadas, mediante acta que se denominará "Acta de notificación de Infracción y Sanción", conforme al régimen previsto por el Código de Trabajo. Excepcionalmente la Inspección podrá requerir a la persona infractora correspondiente, por escrito y siempre que no aparezca como reincidente; para que dentro del término que le fije, se ajuste a derecho, en aquellos casos en que lo prevea la Reglamentación correspondiente, vencido el plazo otorgado sin haberse cumplido con el acta de requerimiento, la Inspección impondrá la sanción correspondiente. Dicho requerimiento no le cabrá recurso alguno

Artículo 94.- Las actas que levanten las personas Inspectoras y los informes que rindan en materia de sus atribuciones, tendrán el valor de prueba calificada, sin perjuicio que se demuestre lo contrario. Esta presunción no exime de realizar las actuaciones necesarias que demuestren la veracidad.

Artículo 139.- Toda resolución o pronunciamiento del Ministerio, debe ser puesta en conocimiento de las personas interesadas, conforme la normativa vigente que regula la notificación. Tratándose de actuaciones o de resoluciones dictadas por las diversas dependencias, las partes interesadas podrán apelarlas por escrito, con efectos suspensivos ante la máxima autoridad ministerial, dentro de los tres días siguientes a la respectiva notificación. Asimismo, contra las actas que comunican la infracción y su sanción por parte de la Inspección General de Trabajo, procederá el recurso de apelación ante la persona titular de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, con lo cual se agota la vía administrativa. Sin perjuicio que la autoridad titular del Ministerio, pueda avocarse en cualquier momento y de manera excepcional a su conocimiento. Transcurridos dos meses desde la fecha del acta que comunicó la imposición de la sanción sin que haya recaído resolución se producirá la caducidad del expediente sin que ello impida la iniciación de otro nuevo ciclo inspectivo con identidad de sujeto, hechos y fundamento.

### **5.2 Modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley Orgánica del Poder Judicial.**

ARTÍCULO 2.- Se modifica el artículo 101 del Código de la Niñez y la Adolescencia, para que se lea:

### **ARTÍCULO 101.- Sanciones**

Las violaciones, por acción u omisión, de las disposiciones contenidas en los artículos 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 98, en las cuales incurra la persona empleadora constituirán faltas y serán sancionadas conforme a los artículos 615, 616 y 617 del Código de Trabajo.

A las personas físicas o jurídicas condenadas por haber incurrido en las faltas previstas en el párrafo anterior, se les aplicarán las siguientes sanciones:

- a) Por la violación del artículo 88, multa de uno a tres salarios.
- b) Por la violación del artículo 90, multa de cuatro a siete salarios.
- c) Por la violación de los artículos 91 y 93, multa de ocho a once salarios.
- d) Por la violación del artículo 95, multa de doce a quince salarios.
- e) Por la violación del artículo 94, multa de dieciséis a diecinueve salarios.
- f) Por la violación de los artículos 92 y 98, multa de veinte a veintitrés salarios.

Para fijar la cuantía de las sanciones, se tomará como referencia el salario base mensual, de conformidad con el artículo 2 Ley N° 7337, referida a modificaciones del Código Penal y Procesal Penal.

ARTÍCULO 3.- Se modifica el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333, para que se lea:

Artículo 116.- En materia de trabajo, los juzgados de menor cuantía conocerán de los procesos ordinarios de trabajo, cuyo monto no exceda de la suma fijada por la Corte; ello sin perjuicio de lo dispuesto por ley respecto de los tribunales colegiados de trabajo de menor cuantía.

### **5.3 Modificación de los artículos 564 al 570, 609 al 617 del Código de Trabajo.**

ARTÍCULO 564.- Se confiere acción para denunciar por la comisión de faltas contra las leyes de trabajo o de previsión social, a las personas perjudicadas y a sus representantes legales o apoderados, a las entidades de protección a las personas trabajadoras, así como a las particulares físicas y jurídicas en general. Se entiende que constituyen faltas punibles las acciones u omisiones en que incurran las personas empleadoras, sus representantes y administradores, las personas trabajadoras o sus respectivas organizaciones, que transgredan las normas previstas en la Constitución Política, los pactos internacionales sobre derechos humanos, los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa, y demás normas laborales y de seguridad social. Las faltas nacen a la vida jurídica, desde el momento en que se produzcan, no obstante para ser sancionadas, el plazo de caducidad empezará a correr desde el momento en que se denuncien o se levante el acta que comunica la infracción y su sanción. La imposición de las sanciones en contra de la normativa laboral nacional como internacional, corresponderá a la autoridad administrativa competente. En caso de que sea detectada una infracción a las leyes de trabajo, se deberá comunicar a la Inspección de Trabajo, para que instaure el procedimiento.

ARTÍCULO 565.- Tendrán el deber de denunciar ante la inspección de trabajo, sin que por ello incurran en responsabilidad:

- a) Las instancias públicas que en el ejercicio de sus funciones tuvieren

conocimiento de alguna infracción a las leyes de trabajo o de previsión social; y  
 b) Todas las personas particulares físicas o jurídicas que tuvieran conocimiento de una falta cometida en contra de alguna de las disposiciones prohibitivas que estipule la legislación vigente en el país.

ARTÍCULO 566.- La denuncia, deberá hacerse ante la Inspección de Trabajo, del lugar donde se comete la falta y, en su defecto en cualquier oficina regional, la cual trasladará la misma donde corresponda por competencia territorial. Las personas Inspectoras de Trabajo son los agentes ejecutivos del Ministerio y controlarán directamente la aplicación de las leyes laborales. En caso de encontrar desobediencia, dificultad o resistencia, en el ejercicio propio de sus cargos, acudirán ante la autoridad judicial competente para que sancione a las personas infractoras como corresponda.

ARTÍCULO 567.- Las personas Inspectoras de Trabajo, para los efectos del artículo anterior podrán requerir mediante acta solicitud de información por medio de los sistemas de comunicación telegráficos, electrónicos, facsímiles y similares, siempre que tales medios permitan confirmar la recepción o bien visitar de conformidad con los Convenios y recomendaciones Internacionales que les facultan, previa identificación, las empresas a toda hora del día y de la noche, siempre y cuando sea necesario; deberán igualmente entrevistar solo o ante testigos al personal trabajador de los establecimientos y solicitar toda clase de documentos y registro a que obliga la normativa.

Cuando detecten la existencia de peligro para las personas dentro de un centro de trabajo, que por su condición no deba ser de

riesgo y no cuente con la póliza respectiva, procederán como medida cautelar previa autorización de la Dirección Nacional de Inspección a ordenar el cierre de las áreas en donde exista el peligro, hasta tanto no se demuestre que el mismo ha sido tratado efectivamente.

Impondrán las personas Inspectoras mediante acta la sanción respectiva; no obstante podrán requerir a la persona infractora, por escrito, para que dentro del término que se le fije, se ajuste a derecho. En caso de incumplimiento de los aspectos prevenidos, se impondrán mediante "Acta de notificación de Infracción y Sanción", las sanciones correspondientes y ordenará la ejecución de las acciones que procedan conforme a la ley.

ARTÍCULO 568.- En caso que la Inspección de Trabajo resuelva imponer sanción, lo comunicará mediante el acta respectiva. La presunta persona infractora podrá formular su oposición mediante recurso de apelación. Debiéndose interponer el mismo dentro del plazo de tercero día ante la autoridad titular de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, el que se contará desde el día siguiente de la notificación de dicha acta. Lo resuelto por la autoridad mediante su Departamento Legal, agota la instancia administrativa. No obstante y de manera excepcional podrá avocarse a conocer lo resuelto, la autoridad titular del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo preceptuado por la ley.

Las personas interesadas pueden acudir a la vía contenciosa administrativa de conformidad con lo preceptuado por el Código Procesal Contencioso Administrativo, siempre que la totalidad de las multas

impuestas superen el monto establecido para acceder a los juzgados de trabajo. Una vez comunicado por parte de la autoridad judicial el proceso al Ministerio, quedará en suspenso en la etapa en que se encuentre la ejecución, hasta tanto no se resuelva definitivamente en sede judicial

ARTÍCULO 569.- Las actas de notificación de las sanciones o de prevención, se ajustarán a las fórmulas que establezca la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, pero harán en todo caso mención expresa, del derecho a formular los recursos y su término cuando correspondan.

ARTÍCULO 570.- El procedimiento inspectivo será privado, solo las partes y sus representantes, y cualquier abogado u organización de trabajadores, autorizados por las partes, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma. Queda a salvo lo exceptuado en el artículo 615 de este código. Las personas Inspectoras de Trabajo, una vez iniciado un procedimiento, no podrán dejarlo sin efecto, sin previa autorización de sus superiores y durante el desarrollo del mismo incorporarán cronológicamente, sucesivamente y ordenadamente los documentos, testimonios, actuaciones, actos administrativos, notificaciones y cualquier otra diligencia que se vaya suscitando. La custodia del mismo será responsabilidad del órgano competente en cada fase del procedimiento.

ARTÍCULO 601.- El cómputo, la suspensión, la interrupción y demás extremos relativos a la prescripción y caducidad se regirán, en cuanto no hubiere incompatibilidad con este Código, por lo que sobre esos

extremos dispone el Código Civil. Los derechos provenientes de sentencia judicial o resolución administrativa impositiva de multa, prescribirán en el término de diez años que se comenzará a contar desde el día en que la sentencia adquiriera firmeza.

ARTÍCULO 609.- En esta materia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social apreciará la prueba con criterios lógicos, de la experiencia, la ciencia, el correcto entendimiento humano y los principios legales. En silencio de las reglas del presente se aplicará supletoriamente lo preceptuado por el procedimiento sumario de la Ley General de la Administración Pública, los principios emanados de la Sala Constitucional y el Código Procesal Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 610.- Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación que conste en resolución firme por infracción a la ley de trabajo, emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ARTÍCULO 611.- Solicitado el cumplimiento por parte de la Inspección de Trabajo, la autoridad judicial decretará inmediatamente el embargo de bienes, que sean suficientes para asegurar el pago de lo debido y de las costas de la ejecución. Todo de conformidad con la ley respectiva para el cobro de títulos ejecutivos.

ARTÍCULO 612.- La imposición de sanciones no libera a las personas infractoras del cumplimiento de los actos u omisiones que las motivaron. Debiendo la Inspección de Trabajo, acudir dentro del tiempo que considere conveniente a verificar que no subsista la falta, no pudiendo exceder del plazo de seis meses.

ARTÍCULO 613.- Queda a salvo el derecho de las personas trabajadoras para acudir a la vía ordinaria, para que se les restituyan en los derechos violados, la reparación del daño causado junto con las medidas necesarias que conduzcan a tales fines. Siendo que lo actuado por parte de Inspección de Trabajo es prueba calificada.

ARTÍCULO 614.- Las multas se cancelarán en uno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional, a la orden de la Inspección de Trabajo. Siendo dirigidas por una Junta Administradora de Multas, con autonomía funcional, que la conformarán los titulares de la Dirección de Inspección, Dirección Financiera de Presupuesto y una autoridad superior que delegue el titular de la cartera ministerial. Prohíbase al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social disponer de estos fondos para crear nuevas plazas.

ARTÍCULO 615.- Establézcase la siguiente tabla de sanciones, que será de aplicación para las personas físicas y jurídicas condenadas por haber incurrido en las faltas previstas en el artículo 564 de este Código:

- a) De uno a tres salarios base.
- b) De cuatro a siete salarios base.
- c) De ocho a once salarios base.
- d) De doce a quince salarios base.
- e) De dieciséis a diecinueve salarios base.
- f) De veinte a veintitrés salarios base.

Éstas serán catalogadas según su gravedad, en leves cuya distribución corresponderá a los dos primeros incisos, graves para los incisos c) y d) y muy graves, distribuidos en los dos últimos. En caso que la infractora sea una persona trabajadora o se demuestre el cumplimiento objeto de la sanción dentro del plazo en que no haya firmeza de lo actuado

en sede administrativa y se haya mostrado en ambos presupuestos una conducta aceptable durante la visita inspectiva, se podrá imponer hasta la mitad del monto más bajo dentro de los presentes parámetros.

Tratándose de personas jurídicas, grupos de interés económico, organizaciones de personas trabajadoras, sindicatos, cooperativas, compañía, sociedad o institución pública o privada, sus representantes y directivos, responderán solidariamente junto con sus respectivas representadas. En caso de reincidencia de las jurídicas, además se hará publicar la sanción impuesta en el sitio electrónico de la Inspección de Trabajo, hasta por el plazo de un año.

Una vez impuesta la multa, si pasado cinco días después de la firmeza de la resolución que la impone sin que esta sea cancelada, debe abonarse intereses moratorios, al tipo legal, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1163 del Código Civil.

La denominación salario base utilizada en esta ley, debe entenderse como la contenida en el artículo 2 de la Ley N°. 7337.

ARTÍCULO 616.- Se considerarán en principio infracciones leves: a) Falta de comprobantes de pago o datos de planillas completas; b) Cualesquiera otras que afecten cuestiones meramente formales o documentales. Son infracciones graves: a) Cualquier violación a los fueros laborales y las normas prohibitivas existentes en el país; b) Las infracciones que supongan contravención a la normativa en materia de higiene, seguridad y salud en el trabajo; c) Contravenir con ocasión del trabajo la normativa migratoria y de extranjería; d) Las demás que supongan incumplimiento de las prescripciones legales, reglamentarias o

recogidas en los instrumentos de derechos colectivos que afecten cuestiones de fondo en las relaciones laborales. Son infracciones muy graves: a) No abonar los salarios o el pago de las prestaciones legales en caso de rescisión contractual con responsabilidad patronal, de manera oportuna; b) Las acciones u omisiones que impliquen discriminación en las condiciones de trabajo por razón de sexo, edad, nacionalidad, estado civil, raza, condición social, ideas políticas y religiosas; c) Establecer condiciones inferiores que vulneren mediante acción u omisión, lo preceptuado en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales reconocidos, atinentes a materia laboral.

Las demás conductas no preceptuadas o que surjan como necesidad de sancionar, serán especificadas en la reglamentación que al efecto disponga la Inspección de Trabajo.

ARTÍCULO 617.- La autoridad administrativa aplicará las sanciones tomando en cuenta el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción, la negligencia en la atención del deber de cuidado que ha de observarse en el cumplimiento de los deberes laborales, el comportamiento mostrado durante el ciclo inspectivo, la gravedad del hecho, importancia económica del infractor, los daños que se hubieren producido o puedan producirse, la cantidad de personas afectadas directamente en el trabajo y la reincidencia de las mismas. Se considerará reincidencia la comisión de una infracción del mismo tipo dentro del plazo de un año de haber quedado firme la resolución sancionatoria que haya impuesto multa. La Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, por intermedio de su Departamento Legal, cuando así se pida, podrá atender a la situación económica del multado, autorizando el pago de la multa en cuotas. Este beneficio

podrá ser revocado por incumplimiento en el pago o cuando mejore sensiblemente la condición económica del multado.

#### **5.4 Derogatoria de los artículos 402 inc. f, 309-329, 571 al 581 todos del Código de Trabajo**

Esto con el fin de que la propuesta sea conteste y armoniosa entre la diversidad del articulado del CT, que le da potestades a la sede judicial.

#### **5.5 Transitoriedad**

TRANSITORIO I.-

Los procesos pendientes ante los tribunales de justicia, en el momento de entrar esta Ley, deberán continuar con la normativa procesal que se encontraba vigente a su inicio y hasta su fenecimiento.

TRANSITORIO II.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitirá las reglamentaciones respectivas para hacer viable la imposición de multas en su sede junto con la de la Junta Administradora de Multas.

TRANSITORIO III.

La Caja Costarricense de Seguro Social, emitirá su respectiva normativa para hacer viable su sistema sancionador de conformidad con las disposiciones previstas.

TRANSITORIO IV.

Esta ley entrará en vigencia, cuando así sea acordado por el Poder Ejecutivo, conforme con la reorganización que se implementará dentro del Ministerio y con las posibilidades económicas del Estado.

## 6. Recomendaciones

Todo el anterior andamiaje jurídico, debe contar con la creación de códigos de actuación (reglamentación) que conlleven los elementos éticos y de constante superación profesional; por cuanto está comprobado que cuanto mayor es la remuneración, capacitación formal e incentivos económicos que ostente un servidor público, menor es la tentación que va a hallar en actos que puedan comprometer su grado de imparcialidad.

El hecho de que los Inspectores de Trabajo, deban contar con un fuerte componente ético, el mismo debe venir acompañado de la creación de instrumentos de conductas institucionales y sus consecuentes sanciones en caso de contravenirlos, basados en políticas de legalidad dentro de la actuación cotidiana, que sean debidamente publicitadas, para saber de antemano a qué atenerse tanto por parte del servidor, como del usuario externo, a la hora de denunciar los mismos, dentro de ese ámbito de transparencia que debe existir entre administración y administrados, con lo cual además se estaría cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 361 de la LGAP. Aparejado con lo anterior, debe contarse con controles de monitoreo al azar, programados por parte de las jefaturas de conformidad con la Ley General de Control InterNº. Con este mecanismo se supervisaría tanto la labor de campo, de oficina, como la relativa a la confección de documentos (actas de imposición de multas y de prevención) por parte de los inspectores de trabajo. Conjuntamente, con dicho mecanismo de

control, debe implementarse el de la rotación sectorial o territorial de los servicios, con promedios no muy prolongados. Todo lo anterior, dentro de lo proporcional y racional, sin menoscabar la dignidad del funcionario público.

Además es recomendable un marco de divulgación y concertación nacional, no solo haciéndose un fuerte "lobby" o cabildeo político en la Asamblea Legislativa -a la hora de presentarse la propuesta- para que se respete la misma tal como se presente a la hora de su evaluación por parte de la comisión legislativa; sino además, de participación a las partes interesadas, sean sindicatos, asociación de inspectores, cámaras patronales u otras entidades privadas como públicas interesadas, para escuchar y aclarar las inquietudes que puedan surgir.

Durante esta etapa, es necesario, que a nivel nacional y transversalmente, se desarrollen actividades (mesas redondas, conversatorios, charlas) por parte de personeros del Ministerio de Trabajo y Seguridad, de la Caja Costarricense de Seguro Social, con la ayuda del Colegio de Abogados, la Corte Suprema de Justicia (Salas 2 y 3, Escuela Judicial), para ir posicionando la idea dentro del sistema jurídico nacional. Es decir, además de la publicación debe procurarse su divulgación, más o menos larga y detallada, para evitar que pueda originarse un quebranto al inicio, por temor a lo novedoso y máxime que se trata de materia laboral represiva administrativa, a la cual no está acostumbrado el costarricense.

## Referencias Bibliográficas

### LIBROS

Baldrige, J. (1978). Estudio de los problemas del poder, de los conflictos y cambios sociales. Editorial Limusa. México, pp.295.

Bourdieu, P. (2001). Poder, Derecho y Clases Sociales, 2da edición. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. 2000, pp. 232.

Bourdieu, P. Chamboredon, J. C. y Paseeron, J.C. (2004). El Oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos. Siglo XXI, editores. Impreso en Argentina. Traducción de Fernando Hugo Azcurra. Pp. 372.

Briones Briones, E. (2007). Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, comentado y con Legislación Conexa, Editorial Investigaciones Jurídicas. Pp. 360.

Briones Briones, E. (2009) Votos Laborales de la Sala Constitucional, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica. Pp. 573.

Briones Briones, E. (2011) Comentarios de Derecho Laboral, Editorial Ivstitia, San José, Costa Rica. Pp.116.

Hidalgo Cuadra, R. (2010). La Sanción Administrativa. Editorial Isolma. San José, C.R. Pp.153.

Humeres Noguera, H. (2009). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Versión electrónica (<http://vlex.com/source/derecho-trabajo-seguridad-social-tomo-i-5490#ixzz1MH024CIC>). Pp. 495.

Kelsen, H. (2009). Teoría Pura del Derecho. (8ª. reimpr. De la 4ª. ed.). Buenos Aires, Eudeba. Pp.224.

Laski, H. J. (1932). El Estado Moderno, sus Instituciones Políticas y Económicas. Librería Bosch, Ronda de la Universidad, (2ª. ed.). Barcelona. Pp. 359.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dirección de Relaciones Públicas. (1988). Seis décadas de Historia Laboral. Departamento de Reproducciones INA. San José, Costa Rica. Mayo, Pp. 94.

Moderne, F. (2005). Principios Generales del Derecho Público. Traducción de Alejandro Vérgara Blanco. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 301.

OIT, Proyecto de Verificación (2007). Resumen de las recomendaciones del Libro Blanco. La dimensión laboral en Centroamérica y la República Dominicana. Costa Rica. Pp.20.

OIT, Centro Internacional de Formación (2010). Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno. Segunda edición. Turín, Italia. Pp.248.

OIT, Inspección del Trabajo: Lo que es y lo que hace. Guía para los Empleadores; s. f. Pp. 40.

Pérez Guerrero, M.L. (2005). Sanciones Administrativas en Materia de Seguridad Social. Madrid, España. Pp. 283.

Samaja, J. (2007). Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica. Edición Ampliada. Eudeba, (8ª. reimpr. de la 1ª. ed.). Universidad de Buenos Aires. Pp. 415.

Sánchez-Terán Hernández, J.M. (2007). Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social. Editorial Lex Nova, S. A. Valladolid, España. Pp. 468.

Sociedades bíblicas Unidas (2010). La Santa Biblia. Reina Valera. Impresa en Brasil. Pp.

Supiot, A (2008). Derecho del Trabajo. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. Argentina. Traducción de Patricia Rubini Blanco. Pp.127.

Varela Araya, J. (1995). Manual de Procedimientos Laborales. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. Pp. 314.

Varios autores (1993). El significado de la legislación social de los cuarenta en Costa Rica. Impreso por Imprenta Nacional. San José, Costa Rica. Pp651.

Varios autores (1995). Identidades nacionales y Estado moderno en Centroamérica. Compiladores Arturo Taracena -Jean Piel. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Colección Istmo. Pp. 281.

Varios autores (1996). Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata. Fundación de Cultura Universitaria. Pp677.

Varios autores (2008). Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, 3 volumen. Dysinson, S.A. España, Madrid. 2008, pp. 4966.

Varios autores (2008). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 14, Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V. Montevideo-Uruguay. Pp. 583.

Zagrebelsky, G. (2005). El Derecho Dúctil. *Ley, Derechos, Justicia*. (Traducción de Marina Gascón), Editorial Trotta, (5ª. ed.). Madrid, Pp. 156.

#### REVISTAS CONSULTADAS

Revista Internacional del Trabajo (2008). Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Volumen 127/ 4.

Revista Ivstitia (1990). La potestad sancionatoria administrativa. Jiménez Meza, M. N° 44, pp. 8-17.

Revista Ivstitia (1998). Diversos Procedimientos laborales en Sede Administrativas. Briones Briones, E. N° 139-140, pp.20-30.

Revista Ivstitia (2001). Infracciones Laborales. Procedimiento en sede administrativa y judicial. Briones Briones, E. N° 179-180, pp. 26-32.

Revista Ivstitia (2004). Los procedimientos en la Inspección de Trabajo. Briones Briones, E & Ramírez M. N° 211-212, pp.25-31.

Revista Ivstitia (2006). La prescripción dentro de la infraccionalidad laboral. Briones Briones, E & Ramírez M. N° 230-231, pp. 44-48.

Revista Ivstitia (2009). Fueros Laborales. Briones Briones, E. N° 271-272, pp.29-37.

Revista de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2009). Vigencia de la recomendación N° 143 OIT. Briones Briones, E. Editorial Jurídica Continental. N° 1, pp. 41-45.

Revista Ivstitia (2010). Obligación de la Administración de realizar un estudio técnico justificador de la razonabilidad del quantum de las multas y clausulas penales establecidas en los carteles. Rojas Rivas, A. N° 285-286, pp. 23-27.

Revista Ivstitia (2010). La competencia de la Inspección de Trabajo en el sector público. Sala Segunda vs Sala Constitucional. Briones Briones, E. N° 287-288, pp. 4-13.

Revista Ivstitia (2011). Cuatro componentes básicos de la Organización Internacional del Trabajo. Briones Briones, E. N° 291-292, pp. 15-24.

Revista Judicial (2013). Un nuevo principio jurídico: Tutela Inspectiva Cautelar. Briones Briones, E. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. N° 107, pp. 57-88.

Revista Real Card (2010). La tutela penal de los trabajadores en Centroamérica y República Dominicana. González Herrera, A. Editorial Proyecto Real Card, Asies, (2ª. ed.). Guatemala. Pp. 117-131.

Revista Real Card (2010). La Inspección de Trabajo Costarricense: El Deber de Tutelar Imparcialmente. Briones Briones, E. Editorial Proyecto Real Card, Asies, (3ª. ed.). Guatemala. Pp. 9-28.

Revista Seguridad Hoy (2009). Personas Jurídicas sin penalización. Chinchilla Sandí, C. N° 4. San José, Costa Rica.

#### PUBLICACIONES INTERNACIONALES

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Documento realizado por María Luz

Vega Ruiz. Documento de Trabajo, Mayo, 2009. Administración del Trabajo: Asegurar la Gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la inspección del trabajo.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Los presupuestos de los Ministerios de Trabajo de Trabajo de los países centroamericanos y República Dominicana. 2010.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Primer Congreso Internacional Inspección del Trabajo para el siglo XXI. Santiago, 2010.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Estadísticas de los tribunales competentes en materia laboral en los países Centroamericanos y República Dominicana, 2005-2008. 2010.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en Guatemala. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en Honduras. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en El Salvador. Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. La Inspección de Trabajo Europea: Retos y Logros en algunos países

relacionados aún en tiempos de crisis. María Luz Vega. Octubre, 2009.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del Libro Blanco. Período Febrero, 2009- Julio, 2009.

### TESIS CONSULTADAS

Álvarez Rojas, N. (2012). Proyecto de Tesis de graduación para optar por el grado de Magister Scientiae en el programa de Maestría en Derecho Económico con énfasis en Comercio Internacional. Análisis de la efectividad e implementación de los compromisos laborales adquiridos dentro de los acuerdos comerciales internacionales, caso concreto de: Los acuerdos comerciales DR-Cafta para toda la Región Centroamericana y DR-Cafta y Acuerdo de Cooperación con Canadá para el caso costarricense. UNED. Pp. 209

Araya Carvajal R.Á. (2006). Tesis para optar por el grado de Licenciatura. Análisis del sistema sancionatorio de las infracciones laborales en la legislación laboral costarricense. Universidad Hispanoamericana. Pp. 164.

Chacón Mata, A (2004). Análisis del proyecto de ley sobre delitos contra los trabajadores: un enfoque laboralista. Trabajo final de Maestría Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNED. Pp.262.

Coto Morales, H. (2003). Tesis para optar por el grado de Licenciado en derecho. Violación al debido proceso en los procedimientos ad-

ministrativos sancionatorios de carácter laboral: Caja Costarricense de Seguro Social. Universidad de Costa Rica. Noviembre. Pp. 121.

Coto Rojas, L y Ángulo Sequeiro L. (2006). Tesis para optar por el grado de Licenciado en derecho. El impacto del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos en el derecho laboral. Universidad de Costa Rica. Junio. Pp. 376.

Huertas Jiménez, H & Sánchez Hernández S. (2006). Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho Público. Procedimiento administrativo sancionatorio a la luz de la jurisprudencia constitucional y administrativa. Universidad de Costa Rica. Pp.296.

Gómez Sarmiento, J. (2002). Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. UNED. Debilidades del sistema sancionador de los ilícitos laborales en Costa Rica. San José, Costa Rica. Pp.94.

Gutiérrez Chacón, E. (1966). Tesis de incorporación para optar por el título de licenciado en leyes. Antecedentes históricos de los servicios de Inspección del Trabajo, su importancia actual. Setiembre. Pp. 98.

Mora Arias A. (1995). Tesis de graduación denominada: Las infracciones a las normas laborales y de previsión social: doctrina, legislación y jurisprudencia. Ciudad Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. Pp. 265.

Trejos Ballester, F. (2006). Tesis de grado. Los Procedimientos Administrativos en la Inspección de Trabajo y su vinculación con la reforma procesal laboral. San José, Costa Rica, octubre. Pp. 182.

### ANTOLOGÍAS

Cervantes Benavides, O y Corrales Jiménez, G. (1987). Antología de Administración de Instituciones Públicas. Primera Parte, Euned, San José, Costa Rica. Pp. 348.

Cervantes Benavides, O y Corrales Jiménez, G. (1987). Antología de Administración de Instituciones Públicas. Segunda Parte, Euned, San José, Costa Rica. Pp. 352.

Varios autores (2010). Antología del Curso de Criminalidad Económica. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Carlos Chinchilla Sandí. Tomos 1 y 2. Pp.1769.

Varios autores (2011). Antología del Curso Estado Social de Derecho. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Miguel Mondol Velásquez. Pp.212.

### ESTUDIOS CONSULTADOS

Fernández Orrico, F.J. Las actuaciones de advertencia y los requerimientos de la Inspección de trabajo y Seguridad Social (versión electrónica). Pp. 22. Recuperado el 15 de mayo de 2012. Desde [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/78/Est06.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/78/Est06.pdf)

Godínez Vargas, A. La Inspección de Trabajo de Costa Rica: un balance de su gestión. Estudio realizado para la Inspección de trabajo, promovida por el Proyecto Cumple y Gana. Año 2010. Pp. 21.

Godínez Vargas, A. Estudio cualitativo de las sentencias de primera instancia dictadas por tribunales laborales de Costa Rica con moti-

vo de infracciones laborales denunciadas por la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo: Período 2005-2009. Realizado para el Proyecto de Verificación de la Implementación de las Recomendaciones del Libro Blanco para Centroamérica y República Dominicana- OIT. Julio, 2011. Pp. 25.

OIT-Ginebra. Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo. Memorando técnico: Diagnóstico de la situación de la inspección del trabajo de Honduras, octubre, 2009, Pp.37.

Poder Judicial, estudio sobre el tema de infracciones a las leyes de trabajo del año 2005 a 2008, con respecto al número de infracciones a Ley de Trabajo, presentadas en los Juzgados de primera instancia. Facilitado por el proyecto de verificación del Libro Blanco, en el año 2010. Pp. 27.

Solana Río, E. Estudio estadístico sobre denuncias presentadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por infracciones a las leyes de trabajo en catorce oficinas jurisdiccionales, 2005-2009. Realizado para el Proyecto de Verificación de la Implementación de las Recomendaciones del Libro Blanco para Centroamérica y República Dominicana- OIT. Febrero, 2011. Pp. 37.

Departamento de Asesoría en Investigación y Calidad de Gestión (informes mensuales del año 2007). Dirección Nacional de Inspección de Trabajo. 4º. piso del Edificio Benjamín Núñez.

### RESOLUCIONES NACIONALES

Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía. Sentencia N° 912 de las 19:40 hr, del 18 de junio de 2007.

Juzgado Civil y de Trabajo de Puriscal, sentencia N° 38 de las 14:15 hr, del 21 de junio del año 2012.

Sala Constitucional. Voto N° 3103 de las 14:12 hr, del 2 de julio del año 1993.

Sala Constitucional. Voto N° 3929 de las 15:24 hr, del 18 de julio del año 1995.

Sala Constitucional. Voto N° 6859 de las 14:42 hr, del 17 de diciembre del año 1996.

Sala Constitucional. Voto N° 4893 de las 15:08 hr, del 22 de mayo del año 2002.

#### LEYES, REGLAMENTOS, DIRECTRICES Y CIRCULARES

Circular N° 0028-06. Parámetros a tomar en cuenta durante las conciliaciones por infracción a las leyes de trabajo. Emitida por el Departamento de Asesoría Legal de la Inspección de Trabajo, en fecha 18 de octubre del año 2006.

Código de Procedimientos Penales y Leyes Complementarias de 1910. Versión electrónica facilitada por la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Tipografía Lehmann, 1913. San José, Costa Rica, pp. 199.

Código de la Niñez y la Adolescencia (versión electrónica). Recuperado el 14 de febrero del 2011, desde <http://www.protegiendoles.org/documentacion/articulo23.pdf>.

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 13 de octubre del 2010, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social. 26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Código Procesal Penal (versión electrónica). Recuperado el día 13 de octubre del 2010, desde [http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=76224&strTipM=TC](http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=76224&strTipM=TC).

Constitución Política de Costa Rica, 1825 (versión electrónica). Recuperado el 17 de junio del 2011, desde [http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=38176&nVersion=66701&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ\\_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ\\_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=N°](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=38176&nVersion=66701&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=N°)

Constitución Política de Costa Rica, 1917 (versión electrónica). Recuperada el 12 de enero del 2011, desde [http://esociales.fcs.ucr.ac.cr/materiales/civica/constituciones/const\\_1917.pdf](http://esociales.fcs.ucr.ac.cr/materiales/civica/constituciones/const_1917.pdf).

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 17 de octubre del 2010, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Directriz N° 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta N° 166 del 28 agosto del año 2008.

Directriz N° 014-2011. Adición del Capítulo VIII a la Directriz N° 023 del año 2008

(Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo), publicada en La Gaceta N° 86 del 5 mayo del año 2011.

Directriz N° 015-2011. Protocolo sobre la verificación del efectivo cumplimiento de las órdenes judiciales de reinstalación de trabajadores por acción judicial interpuesta por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, publicada en La Gaceta N° 88 del 9 de mayo del año 2011.

Ley Orgánica del Poder Judicial (versión electrónica). Recuperado el 15 de octubre del 2010, desde <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicapoderjudicial.pdf>.

Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, N° 17 (versión electrónica). Recuperada el 18 del noviembre de 2011, desde <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/875/Ley%20constitutiva%20de%20la%20caja%20costarricense%20de%20seguro%20social.pdf>.

Ley Uso del Calzado entre Escolares, N° 107 del 30 de junio de 1941 (versión electrónica). Recuperado el 23 de agosto del 2012, desde <http://disp04/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrmrepartidor.asp?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=37410&nValor3=37410&nValor3=39444&strTipM=FN>.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 17 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el 17 de octubre del 2010, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/>

[normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=62270&nVersion=71027&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=N°)

Ley N° 8622. Ratifica el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-C.A-Estados Unidos (versión electrónica). [http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=62270&nVersion=71027&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ\\_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ\\_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=N°](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=62270&nVersion=71027&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=N°)

#### INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Constitución de la OIT, 1919 (versión electrónica). Recuperado el 14 de enero del 2011, desde <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>

Convención de Viena (versión electrónica). Recuperada el 19 de febrero del 2011, desde <http://www.oas.org/spanish/documentos/convencionviena.htm>.

Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por el país mediante ley N° 7670, del 17 abril 1997). Recuperada el 31 de julio del 2011, desde <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el 17 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el 17 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

Real Decreto 1223 de 17 de julio del 2009 de creación de la Escuela de Inspección de Trabajo y Seguridad Social Española (versión electrónica). Recuperado el 22 de abril del 2011, desde [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1sa0fXvogkkJ:www.mtin.es/itss/web/Trabaja\\_con\\_nosotros/Escuela\\_ITSS/escuelaITSS.pdf+Real+Decreto+ESCUELA+DE+INSPECCION+DE+TRABAJO&hl=es&gl=cr&pid=bl&srcid=ADGEESiHoLMj5ux4WSAIBigBFy2yEwQGEBKC3Im6Htd\\_--g22cAiBid-rcIcqlclhWrU07xdKfPCG4hgMLRRu-Lh0nvK3\\_TKXo3gqpKOebfVKzvgT7pL1Ge-xRc011bnxINFhun\\_KUyWW&sig=AHIEtbRI8SblfjkMmJOKgcxTWHy080MGZA](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1sa0fXvogkkJ:www.mtin.es/itss/web/Trabaja_con_nosotros/Escuela_ITSS/escuelaITSS.pdf+Real+Decreto+ESCUELA+DE+INSPECCION+DE+TRABAJO&hl=es&gl=cr&pid=bl&srcid=ADGEESiHoLMj5ux4WSAIBigBFy2yEwQGEBKC3Im6Htd_--g22cAiBid-rcIcqlclhWrU07xdKfPCG4hgMLRRu-Lh0nvK3_TKXo3gqpKOebfVKzvgT7pL1Ge-xRc011bnxINFhun_KUyWW&sig=AHIEtbRI8SblfjkMmJOKgcxTWHy080MGZA)

Recomendación 81, OIT, sobre la Inspección de Trabajo, 1947.

Recomendación 133, OIT, sobre la Inspección de Trabajo en agricultura, 1969.

Recomendación 143, OIT, sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

Tratado de Paz de Versalles (versión electrónica). Recuperado el 14 de enero del 2011, desde [http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado\\_de\\_Par%C3%ADs\\_\(1783\)#Acuerdos](http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Par%C3%ADs_(1783)#Acuerdos).

## PROYECTOS DE LEY

Nº 13560, Reforma en materia de procedimiento de juzgamiento por la infracción a las leyes de trabajo y Seguridad Social, presentado el 13 de mayo del 1999, por el Diputado Monge Fernández.

Nº 15990, Reforma Procesal Laboral, elaborado en el seno de una comisión de la Corte Suprema de Justicia, y presentado en el año

2005 a la Asamblea Legislativa. Texto aprobado en segundo debate en fecha 13 de septiembre del año 2012.

Nº 16680, Reforma del artículo 64 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, presentado el 25 de junio del año 2007, por varios diputados.

Nº 17170, Adición de un nuevo Título XII "Delitos contra los derechos de los trabajadores" al código de trabajo, Ley Nº 2, de 27 de agosto de 1943 y sus reformas, presentado el 30 de septiembre del 2008, por el diputado Merino del Río.

## ENTREVISTAS Y ENCUESTAS:

Entrevista sobre el sistema sancionatorio inspectivo Dominicano, al señor Erick J. Hernández-Machado Santana, Presidente de la Corte de Trabajo del Distrito Nacional. Realizada en San José, Costa Rica, con ocasión de Seminario de la Celebración XX11 aniversario de la Sala Constitucional, entre los días 28 y 29 de septiembre del 2011.

Entrevista sobre la estructura de la Inspección de Trabajo Costarricense y denuncias presentadas en sede judicial, a la Licda Grettel Largaespada Robles, funcionaria del Departamento de Gestión de Inspección de Trabajo. Realizada en San José, Costa Rica, en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el día 18 de noviembre del 2011.

Entrevista sobre el sistema sancionador inspectivo Español, al Lic. Jorge Travesedo Dasi, Director Territorial y Jefe de la Inspección de Trabajo de Madrid, en la sede de la Inspección de Madrid, fecha 9 de julio del año 2012.

Entrevista sobre la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España, al Lic. Ángel Luis Sánchez Iglesias, Director de la Escuela de Inspección de Trabajo Española, en la Escuela de Inspección en Madrid, fecha 9 de julio del año 2012.

Entrevista sobre el sistema sancionatorio inspectivo guatemalteco, al Lic. Jesús Arbizu Hernández, Director General de Trabajo, en el Centro Internacional de Formación de Turín, Italia (Curso de Fortalecimiento de la Inspección de Trabajo), fecha 21 de mayo del año 2013.

Entrevista sobre el sistema sancionatorio inspectivo salvadoreño, al Lic. Fernando Avilés Portillo, Subdirector General de Inspección del Trabajo, en el Centro Internacional de Formación de Turín, Italia (Curso de Fortalecimiento de la Inspección de Trabajo), fecha 22 de mayo del año 2013.

Encuestas aplicadas a los señores Srs. Marco Durante Calvo y Gabriela Díaz Chanto de la Unión de Cámaras y Asociaciones del

Sector Empresarial Privado, Zayda Solano de Cámaras de Industrias, Albino Vargas Barrantes de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados, Xiomara Rojas Sánchez del Sindicato independiente de Trabajadores estatales Costarricenses y Denis Cabezas Badilla de la Central del Movimiento de Trabajadores Costarricenses. Realizada entre los días 8-9 de abril del 2013, en San José, Costa Rica.

## DIRECCIONES WEB SITE:

El Periódico de Guatemala. Recuperado el 24 de agosto del 2011 desde (<http://www.elperiodico.com.gt/es/20110517/economia/195487/>).

Faustino Martínez Martínez. Recensiones y Reseñas del Derecho Dúctil de Gustavo Zagrebelsky. Año 2003. Recuperado el 21 de enero del 2011 de [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vll0FgcqkVEJ:www.maximogris.net/DERECHO/Art\\_01\\_066](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vll0FgcqkVEJ:www.maximogris.net/DERECHO/Art_01_066).

# HACIA LA AUTORREGULACIÓN VOLUNTARIA EN LOS MERCADOS CAPITALES EMERGENTES: EL CASO BRASILEÑO

*MSc. Carlos E. Valenciano Góngora*

## **Resumen**

En 2013 inició funciones en Brasil el “*Comitê de Aquisições e Fusões*”, producto del esfuerzo conjunto de sus principales participantes por fortalecer el mercado local mediante el establecimiento de un esquema de autorregulación voluntaria de las operaciones de cambio de control y reorganización societaria. Con el **Novo Mercado** como derrotero, forma parte de un esfuerzo integral por implementar mecanismos de gobernanza corporativa que, además de disminuir el riesgo de conflicto de interés al seno de este tipo de operaciones y mejorar la protección al inversionista, responda a una estrategia de consolidación del mercado. Inspirado en el modelo británico de autorregulación, el reto yace en adaptar un sistema cuyo éxito sólo ha sido probado en condiciones de mercado particulares.

## **Palabras clave**

Autorregulación voluntaria, dualismo regulatorio, protección al inversionista, Problema de Olson, mercados de capitales emergentes.

## **Abstract**

In 2013, the “*Comitê de Aquisições e Fusões*” was launched in Brazil as part of a joint effort of its main players to strengthen the local market through the establishment of a self-regulation mechanism over change of control and corporate reorganization operations. Drawing on the success of the **Novo Mercado**, it aims to implement corporate governance mechanisms that, besides reducing the risk of conflict of interest and improving investor protection, are also part of a long-term strategy for the consolidation of the Brazilian capital markets. Inspired by the British takeover regulation model, its main challenge is to adapt a system that has only been proved successful in particular market conditions.

## **Key words**

self-regulation, regulatory dualism, investor protection, Olson Problem, emerging capital markets.

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Reseña del desarrollo histórico reciente del mercado de capitales brasileño.
- III. El camino hacia la autorregulación en los mercados de capitales emergentes.
  1. Origen histórico: el modelo británico de autorregulación de las adquisiciones y fusiones.
  2. Implementación institucional: El Panel on Takeovers and Mergers.
  3. Implementación normativa: El City Code on Takeovers and Mergers.
- IV. El modelo brasileño de autorregulación de los mercados capitales.
  1. Implementación institucional: El Comitê de Aquisições e Fusões.
  2. Implementación normativa: El Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões.
- V. Conclusiones.
  1. ¿Desatar o cortar el “Nudo Gordiano” del “Problema de Olson” intrínseco al mercado de capitales brasileño?
  2. La autorregulación voluntaria: un ejercicio de disciplina y confianza de y en el mercado.
  3. Algunas preguntas (aún sin responder).
  4. Quo vadis?

# HACIA LA AUTORREGULACIÓN VOLUNTARIA EN LOS MERCADOS CAPITALES EMERGENTES: EL CASO BRASILEÑO

*MSc. Carlos E. Valenciano Góngor*

## I. Introducción

En el mes de agosto de 2013 inició funciones en Brasil el “Comitê de Aquisições e Fusões” (CAF) o Comité de Adquisiciones y Fusiones, producto del esfuerzo conjunto de las principales entidades participantes por fortalecer, mediante el establecimiento de un esquema de autorregulación voluntaria de estas operaciones, el mercado brasileño.

Inspirado en el modelo británico de autorregulación de las adquisiciones, que busca primordialmente asegurar el tratamiento equitativo de todos los accionistas en el curso de una Oferta Pública de Adquisición (OPA), el CAF y su norma rectora, el *Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões* (CdAF) o Código de Autorregulación de Adquisiciones y Fusiones, pretenden corregir algunas de las deficiencias del mercado de capitales local, reflejadas tanto en la pobre implementación por parte de las compañías de mecanismos básicos de gobernanza corporativa, como en

las lagunas que acusa el marco regulatorio respecto de operaciones tales como la reorganización societaria y el cambio de control, en detrimento del pequeño inversionista.

En la línea del *Takeover Code* británico, su homólogo brasileño establece, por ejemplo, que el accionista o grupo de accionistas que alcanzare de forma directa o indirecta una “participación accionaria relevante”<sup>1</sup>, sea por medio de una o de varias operaciones, deberá realizar una oferta pública de adquisición<sup>2</sup> de todas las demás acciones y títulos valores convertibles en acciones emitidos por la compañía adherente.<sup>3</sup> El Código prohíbe también, al seno de las operaciones de reorganización societaria, la adopción de diferentes términos de intercambio para los titulares de acciones de la misma clase y tipo, salvo que tales diferencias sean aprobadas en asamblea especial de la compañía o bien, dispensadas por el CAF ante una situación concreta, con base en la diversa cotización de dichos títulos en el mercado.<sup>4</sup>

1 El artículo 2 del Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014) define la “Participación Accionaria Relevante” como: “ (...) la titularidad de acciones con derecho de voto emitidas por la compañía adherente, en un porcentaje igual o superior al fijado en el pacto constitutivo de la compañía adherente, el cual no podrá ser inferior al 20% (veinte por ciento) ni superior al 30% (treinta por ciento).” Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

2 Artículo 65. Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014). Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

3 Entendida como la compañía abierta que voluntariamente se haya adherido a la regulación y fiscalización del CAF.

4 Artículos 79-80, Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014). Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

El presente trabajo parte de una duda elemental: ¿Por qué un mercado dominado por grandes bloques de accionistas e históricamente proteccionista de sus participantes más influyentes -los grupos controladores y directores de firmas-, buscaría emular un mecanismo de regulación basado en los méritos de los mercados<sup>5</sup>, en aparente detrimento de la posición privilegiada de estos constituyentes?

En este sentido, GILSON, HANSMANN y PARGENDLER<sup>6</sup>, han hecho notar que las economías en desarrollo afrontan enormes retos al tratar de establecer mercados capitales eficientes, dada la oposición de los grupos hegemónicos a políticas que afecten la concentración del capital y a la apertura de la gobernanza corporativa a la influencia externa. Tal es el caso de Brasil, en donde el férreo imperio de los socios controladores y la implementación inarticulada de políticas tendientes a activar el mercado de capitales -como los incentivos a la inversión en acciones sin derecho de voto-, terminaron por reducir a los inversionistas minoritarios a la marginalidad, repercutiendo en el costo del capital y en la consecuente contracción del mercado.

La adopción del modelo británico resulta curiosa también a la luz del hecho que, a diferencia de las compañías brasileñas, muchas de las firmas británicas son abiertas y tradicionalmente no han abrigado grandes bloques de accionistas, con la notable excepción de los inversionistas institucionales.<sup>7</sup>

Luego, sorprende la elección de un sistema de autorregulación que, a primera vista, se antoja lejano e inconsistente con la realidad del mercado brasileño. En defensa alega EIZIRIK<sup>8</sup> que, a pesar de la expansión y creciente sofisticación del mercado local, la regulación existente ha probado ser insuficiente para determinar, por ejemplo, si una operación implica o no un cambio de control, generando duda sobre la obligación del oferente de cursar una oferta por todas las acciones de la compañía-objetivo, abonando al aumento de los costos transaccionales.

Según el jurista brasileño<sup>9</sup>, los estudios comisionados por BM&FBOVESPA concluyeron que en Brasil era necesario un órgano de autorregulación similar al *Takeover Panel* para poder evaluar los cambios de control en las compañías

5 j. armour; d. a. skeel. "Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation", *Georgetown Law Journal*, Vol. 95, p.1727, 2007; ECGI - Law Working Paper No. 73/2006. Página 1729. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928928> [Fecha de consulta: 04/08/13,16:15]

6 r. j. gilson; h. hansmann; m. pargendler. "Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU", *Faculty Scholarship Series. Paper 28*. Páginas 3-4. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/28](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/28). [Fecha de consulta: 04/08/13,17:00]

7 g. a. ferrarini; g. p. miller. "A Simple Theory of Takeover Regulation in the United States and Europe (October 30, 2009)", *Cornell International Law Journal*, forthcoming; ECGI - Law Working Paper No. 139/2010; *NYU Law and Economics Research Paper No. 09-42*, 2009. Página 42. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1497083> [Fecha de consulta: 04/08/13,16:30]

8 bm&fbovespa. Nota periodística, entrevista a Nelson Eizirik. *Espaço Jurídico*. BM&F BOVESPA. Por Andréa Háfez, 28.06.2012. Disponible en: <http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/Analises-de-mudancas-de-controle-devem-ter-por-base-diretrizes.asp> [Fecha de consulta: 05/08/13,09:00]

9 *Ibidem*.

abiertas, estableciendo al efecto principios más flexibles que fueran dictados y adoptados por el propio mercado, a tono con la creciente complejidad de las transacciones de adquisición. El modelo británico es ciertamente reconocido por su flexibilidad y eficacia; sin embargo, también se ha señalado que funciona eficientemente en razón de la idiosincrasia del mercado que regula. La autorregulación requiere, en alguna medida, la capacidad de alinear incentivos en un ambiente en donde la vigilancia de los pares participantes tenga un efecto disuasorio, circunstancias que, en principio, se extrañan en el mercado brasileño de capitales.

Luego, es menester llamar la atención respecto de algunos aspectos del CAF que amagan dificultad en su implementación: ¿Será viable la autorregulación en el mercado brasileño, dado el alineamiento actual de los intereses de sus participantes? ¿Cómo se "tropicalizará" el modelo británico -identificado como arquetípico por los gestores del CAF- para adecuarse a las necesidades del mercado local y salvar potenciales incompatibilidades con las estructuras regulatorias e institucionales existentes? ¿Afectará la voluntariedad de la adhesión al CAF su eficacia? No obstante, una pregunta se impone sobre las demás: ¿Beneficiará en última instancia

la implementación de este modelo a los accionistas minoritarios, no sólo dotándolos de mayor protección, manifiesta a través de mejores instrumentos de gobernanza corporativa, sino aumentando también su potencial de creación de valor?<sup>10</sup>

Este artículo iniciará con una somera revisión histórico-legislativa del desarrollo reciente del mercado brasileño de capitales, desde su incipiente promoción en la década del sesenta por parte de los gobiernos militares, hasta el lanzamiento del *Novo Mercado* como un sistema regulatorio dual implementado con el propósito de mejorar la protección al inversionista sin afectar el *status quo* de los grupos controladores. Posteriormente, analizará las generalidades del fenómeno de autorregulación utilizando como base la experiencia británica, dedicando su último apartado a presentar brevemente las características principales del CAF y su Código. Dicha revisión plantea como hipótesis que la implementación en Brasil de un sistema de autorregulación voluntaria inspirado en el modelo británico trasciende el propósito inmediato de monitorear las operaciones de reorganización societaria y cambio de control, formando parte de un esfuerzo mayor por estimular el mercado de capitales local con base en el mejoramiento de los mecanismos de protección al inversionista.

10 EIZIRIK, promotor del CAF, cita evidencia en sustento de la existencia de una correlación estrecha entre el desarrollo económico y el de los mercados capitales, apuntando a su incidencia en el estímulo a la creación de empresas. Al efecto, refiere a la obra de nilson teixeira, "O mercado de capitais à luz de seus avanços e desafios". En: e. lisboa bacha; l. chrysostomo de oliveira filho (org.). "Mercado de Capitais e Crescimento Econômico". Rio de Janeiro, Contra Capa Livraria/ANBID, 2005, páginas 113 y ss. *Vid.* n. eizirik; a. b. gaal; f. parente; m. henriques. "Mercado de Capitais - regime jurídico". Tercera Edición revisada y ampliada. Rio de Janeiro. Renovar, 2011, página 10. Sin embargo, cabe preguntarse si dicha correlación puede trazarse también en relación con un mejoramiento en la posición de los accionistas minoritarios.

## II. *Reseña del desarrollo histórico del mercado de capitales brasileño*

Señalan EIZIRIK *et al.*<sup>11</sup> que en los últimos años el mercado de capitales brasileño ha mostrado una notable evolución, reportándose un aumento considerable no sólo en el número de ofertas, sino también en el monto de los recursos captados mediante la emisión de acciones. Remitiéndose a penas a los datos más recientes y más antiguos referenciados en dicho trabajo puede constatarse que, mientras en 2004 se registraron nueve Ofertas Primarias de Acciones (alcanzando un volumen de R\$ 4.469.902.764,80<sup>12</sup>) y doce Ofertas Secundarias, sumando en total poco más de nueve mil millones de reales, en 2010 se reportaron nada menos que veintitrés Ofertas Primarias de Acciones (por R\$ 145.208.531.033,85) y once Ofertas Secundarias, para un total de más de ciento cincuenta mil millones de reales.<sup>13, 14</sup>

**¿Cómo puede explicarse este salto exponencial de más de dieciséis veces en el volumen de captación a través de**

**la oferta de acciones en el mercado de capitales brasileño en poco más de un lustro? Esto resulta aún más sorprendente cuando, analizando longitudinalmente su desarrollo durante los últimos cincuenta años, este mercado podría describirse -salvo picos claramente identificables- como letárgico, propio de una economía cerrada dominada por firmas familiares y empresas estatales. Un estudio publicado en julio de 2000 por BOVESPA<sup>15</sup> sugería que su histórico desaliento no ha obedecido propiamente a un vacío legal o institucional, sino a una serie de políticas económicas que indujeron al mercado al ostracismo, encauzando las necesidades de financiamiento de las compañías hacia créditos comerciales o a la aplicación de utilidades retenidas, a la vez que incentivando la inversión en productos financieros patrocinados por el Estado que fomentaban la concentración de capital. Luego, a pesar de que progresivamente se irían sentando las bases regulatorias e institucionales para la apertura del mercado, el plan económico imperante perpetuó la paradoja descrita en la obra citada como una situación “huevo-gallina”, en la que la falta de densidad en el mercado de capitales impedía**

11 n. eizirik; a. b. gaal; f. parente; m. henriques. “Mercado de Capitais – regime jurídico”, Tercera Edición revisada y ampliada. Río de Janeiro. Renovar, 2011. Introducción (sin página).

12 De acuerdo con el registro disponible en el sitio en Internet de la Comisión de Títulos Valores (Comissão de Valores Mobiliários o CVM, por sus siglas en portugués), el volumen total para Ofertas Primarias de Acciones en 2004 fue de R\$ 4.522.552.764,89 y no de R\$ 4.469.902.764,80, como lo indica la obra citada. Datos disponibles en: comissão de valores mobiliários. (Sitio en Internet): <http://www.cvm.gov.br> [Fecha de consulta: 02/10/13,17:00]

13 Para el año 2010, la obra citada ofrece una cifra que incluye todos los tipos de Oferta Primaria y Secundaria (acciones, certificados de depósito de acciones, debentures, cuotas de fondos inmobiliarios), y no sólo las de acciones. Con el fin de fijar la oferta de acciones como variable de análisis histórico, la información ofrecida en este artículo para este año incluye únicamente la correspondiente a dicho valor.

14 Al 03 de octubre de 2013, se habían registrado ante la CVM 11 Ofertas Primarias de Acciones (R\$ 4.938.937.468,63) y 5 Ofertas Secundarias, para un total de R\$ 17.323.035.442,91. Disponible en: comissão de valores mobiliários. (Sitio en Internet): <http://www.cvm.gov.br> [Fecha de consulta: 02/10/13,16:45]

15 mb asociados. “Desafios e Oportunidades para o Mercado de Capitais Brasileiro.” Publicado por bm&fbovespa en julio de 2000. Página 5. Disponible en: [http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/mercado\\_capitais\\_desafios.pdf](http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/mercado_capitais_desafios.pdf) [Fecha de consulta: 04/10/13,08:40]

a su vez la creación de la liquidez necesaria para su consolidación.

Muchos de los estudios históricos del mercado de capitales brasileño toman como punto de partida la década de los sesenta, en la que una inflación galopante, aunada a la llamada “*Ley de Usura*” -que limitaba las tasas anuales de interés a un máximo del 12%- sofocaron el desarrollo de los mercados financieros, mientras la incertidumbre generalizada llevaba a los ahorradores a invertir sobretudo en inmuebles y a evitar colocar sus fondos en títulos públicos o privados.<sup>16</sup> Fue en esta misma década, con el golpe de 1964 y la consecuente instauración del régimen militar que se perpetuaría hasta 1985, que se inició un programa de profunda reforma económica, teniendo la re-estructuración de los mercados financieros como uno de sus principales ejes.

En las dos décadas antecedentes, y a pesar de la permanente necesidad de financiamiento, sobretudo de largo plazo, el mercado de capitales resultó inefectivo pues, como lo señala TANJI<sup>17</sup>, los títulos privados de deuda se emitían con plazos muy cortos, en tanto que los títulos de deuda pública servían básicamente para que los proveedores del Estado pudiesen cumplir con la caución

exigida en los contratos administrativos. En línea con lo antes reseñado, la autora llama la atención respecto del hecho que, en el período bajo estudio, mientras la inflación frisaba el 12% anual, se vedaba la estipulación de obligaciones con cláusula de indexación<sup>18</sup>, a la vez que se prohibía también el cobro de intereses anuales superiores al 12%, abonando a la incertidumbre y al estancamiento de las unidades productivas.<sup>19</sup>

En el marco de esta la reforma de los mercados financieros, la doctrina coincide en la relevancia de cuatro leyes principales: la Ley nº 4.380/64, que vino a regular el “sistema financiero de vivienda” y las sociedades de crédito inmobiliario<sup>20</sup>; la Ley nº 4.537/64, que instituyó la corrección monetaria; la Ley nº 4.595/64, denominada “Ley de la reforma bancaria”; y la Ley nº 4.728/1965, primera ley especial reguladora de los mercados capitales.<sup>21</sup>

Como una de las primeras medidas destinadas a mitigar la inflación y a re-establecer la confianza de los inversionistas en los títulos de deuda pública, la Ley nº 4.537/64 instituyó la corrección monetaria con el primer indexador nacional, las “*Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional*” u Obligaciones Reajustables del

16 comissão de valores mobiliários. “Portal do Investidor”, sitio ligado a la Comisión de Títulos Valores. Sección: *História do Mercado de Capitais*. Disponible en: [http://www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/Menu\\_Academico/O\\_Mercado\\_de\\_valores\\_mobiliarios\\_brasileiro/Historia\\_Mercado-Capitais.html](http://www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/Menu_Academico/O_Mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro/Historia_Mercado-Capitais.html) [Fecha de consulta: 04/10/13,09:00]

17 m. tanji. “Mercado de Capitais Brasileiro e Tutela Coletiva dos Interesses.” Tesis presentada ante el Tribunal Examinador de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo como exigencia parcial para la obtención del título de Máster en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, 2009. Página 28.

18 De conformidad con el Decreto Nº 23.501 del 27 de noviembre de 1933. Disponible en: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=23501&tipo\\_norma=DEC&data=19331127&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=23501&tipo_norma=DEC&data=19331127&link=s) [Fecha de consulta: 04/10/13,10:00]

19 De conformidad con el Decreto Nº 22.626 del 7 de abril de 1933. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d22626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm) [Fecha de consulta: 04/10/13,10:10]

20 **Op. Cit. #17**, página 30.

21 **Ídem #16**.

Tesoro Nacional<sup>22</sup>, que funcionaron a guisa de una “moneda” con poder adquisitivo estable, al tener un valor reajutable con base en la inflación del período.<sup>23</sup>

La Ley n° 4.595/64, con una fuerte vocación de reforma estructural, vino a replantear desde sus cimientos el sistema de intermediación financiera en el mercado local, creando el Banco Central y el Consejo Monetario Nacional, este último con competencias en el campo monetario, de fiscalización y administrativo.<sup>24</sup> Por último, la más relevante para el objeto de estudio, la Ley n° 4.728/1965, que disciplina el mercado de capitales y establece medidas para su desarrollo.<sup>25</sup>

BULHÕES PEDREIRA y LAMY FILHO (1995), citados por TANJI<sup>26</sup> (2009), resumen así las políticas y medidas implementadas en dicha Ley para modernizar el mercado de capitales: (i) definición de un marco institucional para la creación de un sistema de distribución de los títulos en los mercados de capitales; (ii) formación del mercado de obligaciones privadas de mediano y largo plazo; (iii) disciplina y fiscalización de las operaciones realizadas en el mercado según el modelo adoptado en los Estados Unidos de América a partir de la creación del SEC

en 1934; (iv) innovaciones consideradas urgentes en la disciplina de las obligaciones (*debêntures*) y demás temas relativos a las sociedades por acciones; y (v) modificaciones al Impuesto sobre la Renta con el objetivo de controlar su incidencia sobre el rendimiento de títulos en el mercado de capitales.

Entre los alcances de la implementación de estas leyes sobre el mercado de capitales se cuentan la reforma legal de la Bolsa de Valores, la profesionalización y transformación de los corredores de fondos en Sociedades de Correduría y la creación de la Banca de Inversión.<sup>27</sup>

Habiendo erigido las bases del andamiaje institucional que daría soporte al mercado de capitales, los esfuerzos políticos y legislativos se encauzaron entonces a recuperar la confianza del inversionista. Como medidas inmediatas para estimular la captación de recursos del público, se buscó combatir la inflación y sobretodo, crear incentivos fiscales<sup>28</sup> que, en teoría, expandirían el mercado y llevarían a la progresiva apertura del capital de las sociedades anónimas en el Brasil.<sup>29</sup>

Señala TANJI<sup>30</sup> que en 1967 las sociedades anónimas enfrentaron una crisis de

22 banco do brasil. (sitio en Internet del Banco del Brasil) sección “*Retrato da empresa*”. Disponible en: [http://www.bb.com.br/portallbb/page3,102,3527,0,0,1,8.bb?codigoNoticia=1093&codigoMenu=1193&codigoRet=11085&bread=3\\_4](http://www.bb.com.br/portallbb/page3,102,3527,0,0,1,8.bb?codigoNoticia=1093&codigoMenu=1193&codigoRet=11085&bread=3_4) [Fecha de consulta: 05/10/13, 08:00]

23 cálculo certo. (sitio en Internet). Sección “*Informações*”. Disponible en: [http://www.calculocerto.com.br/inf\\_corr\\_mon\\_oficial\\_brasil.html](http://www.calculocerto.com.br/inf_corr_mon_oficial_brasil.html) [Fecha de consulta: 05/10/13, 08:30]

24 *Op. Cit. #17*, página 31.

25 jusbrasil (Sitio en Internet de la Presidencia de la República Federativa del Brasil): <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104958/lei-do-mercado-de-capital-lei-4728-65>

26 *Op. Cit. #17*, página 32, citando a: j. lamy filho; j. i. bulhões pedreira. “A Lei das S.A.: pressupostos. Elaboração.” Segunda Edición. Río de Janeiro: Renovar, 1995, página 123.

27 *Ídem #16*.

28 Entre ellos, los conferidos en los **artículos 52** y siguientes de la Ley n° 4.728.

29 *Op. Cit. #17*, página 32.

30 *Ibidem*, página 34.

liquidez que el Estado intentó solucionar introduciendo un incentivo fiscal conocido como “*Fundos 157*” o Fondos 157<sup>31</sup>, que permitía tanto a personas físicas como jurídicas, en diversa proporción, aplicar parte del pago debido por concepto de Impuesto sobre la Renta a la adquisición de “certificados de compra” o participaciones en fondos de inversión tenedores de acciones de compañías abiertas que cumplieran con los fines legalmente establecidos.<sup>32</sup> Estas compañías debían aplicar los recursos captados como capital de trabajo en el plazo de tres años. El incentivo buscaba no sólo aumentar el ingreso de recursos mediante la colocación de acciones, sino sobretodo promover, al menos formalmente, la apertura del capital societario. Así, el artículo 7 del *Decreto Ley N° 157/67* imponía a las instituciones financieras que ofrecían estos fondos la obligación de comprar exclusivamente acciones u obligaciones de empresas que se comprometieran bien: a abrir su capital mediante un aumento de capital en el que los accionistas originales debían suscribir al menos el 20% del valor de la emisión; a colocar en el mercado obligaciones convertibles en acciones con un plazo mínimo de tres años, debiendo los actuales accionistas suscribir el 20% del valor de la emisión; o bien, enajenar inmuebles

por un valor equivalente a mínimo el 15% del capital social; esto, aunado a la promesa de aplicar los recursos provenientes de dichos aumentos como capital circulante por un periodo no menor de tres años.

En efecto, este estímulo rápidamente incrementó no sólo la demanda de acciones, sino también el precio de los valores subyacentes a dichos fondos. Sin embargo, estas medidas no se verían reflejadas en una verdadera dinamización y profundización de los mercados capitales; por el contrario, fomentaría en los ahorradores el interés de colocar sus recursos en productos con “patrocinio estatal” y, en las compañías, la dependencia de formas de financiamiento subsidiado. Igual efecto surtió la creación del *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social*<sup>33</sup>, que vendría a aumentar la oferta de recursos financieros más baratos que los disponibles de ordinario en el mercado de capitales.

Esta política intervencionista generó una distorsión en el mercado de capitales brasileño, que se expandía de manera artificial y por diseño, habilitando recursos baratos que permitirían en última instancia a los grupos hegemónicos conservar el control de las firmas sin tener que abrir su gestión a la

31 Nombre inspirado en el número de decreto que los estableció, a saber, el Decreto Ley N° 157 del 10 de febrero de 1967. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10157.htm) [Fecha de consulta: 07/10/13,10:00]

32 Así, el **artículo 1** de dicho Decreto Ley, establece: “*Art 1º De acôrdo com os têrmos dêste Decreto-lei, os contribuintes do impôsto de renda, nos limites das redações previstas nos artigos 3º e 4º, terão a faculdade de oferecer recursos às instituições financeiras, enumeradas no artigo 2º, que os aplicarão na compra de ações e debêntures, emitidas por empresas cuja atuação corresponda aos meios e aos fins estabelecidos no artigo 7º.*”; permitiendo a los contribuyentes colocar recursos entre las instituciones financieras, quienes a su vez habrían de aplicarlos a la compra de acciones y obligaciones emitidas por empresas alineadas con los fines establecidos en el **artículo 7** de dicho Decreto.

33 El BNDES se presenta, aún hoy, como el principal medio de financiamiento de largo plazo para la realización de inversiones en todos los segmentos de la economía, bajo una política que incluye las dimensiones social, regional y ambiental. *Vid.* banco nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponible en: [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\\_pt/Institucional/O\\_BNDES/A\\_Empresa/](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/) [Fecha de consulta: 07/10/13,09:00]

participación y escrutinio de terceros, a tono con el manejo tradicionalmente personalista de las empresas familiares brasileñas. Posteriormente, la *Lei das Sociedades Anônimas*<sup>34</sup> o Ley de las Sociedades Anónimas, vendría a maximizar la influencia de los socios controladores en la estructura societaria, facilitando la concentración de poder en sociedades con bases de capital de por sí reducido.<sup>35</sup> Así, el plan trazado para alentar el desarrollo del mercado de capitales, redundó, irónicamente, en la creación de una cultura societaria enfrentada con la apertura de capital.

Con los incentivos fiscales a este tipo de inversión creció la demanda por acciones, sin que hubiese un aumento correlativo en las emisiones. Esta situación desencadenó una fuerte onda especulativa, materializada en una escalada entre diciembre de 1970 y 1971, conocida como el “boom” de la Bolsa de 1971.<sup>36</sup> Durante el primer trimestre de este año<sup>37</sup> se registraría un clima de euforia y especulación que multiplicaría el número de transacciones y elevaría el precio de las acciones en la Bolsa de Valores de Rio de Janeiro hasta en un 230%. Esta coyuntura permitió a los inversionistas más experimentados obtener grandes ganancias y dio pie a situaciones de manipulación relacionados con el uso de información privilegiada. Anticipando las

consecuencias de este sobrecalentamiento, los inversionistas sofisticados vendieron, mientras que el mercado, reaccionado en diferido a la euforia inicial, abarrotaba el piso con nuevas emisiones, forzando a los pequeños inversionistas, ante la baja, a liquidar en desventaja sus participaciones.<sup>38</sup>

Cayó el volumen transaccional y con él, el valor de las acciones, y al “boom” seguiría un periodo de depresión que se extendería por varios años, marcado por la desconfianza hacia el mercado de capitales, cuyos yerros los inversionistas imputaron a los intermediarios y sobretudo a la pobre labor del Banco Central (BACEN), emanando como corolario la determinación de reformar el sistema en pos de una mayor protección al inversionista y la sustitución del BACEN en su función fiscalizadora del mercado.<sup>39</sup>

Para 1974<sup>40</sup> se había puesto cota a la aplicación de incentivos fiscales a la inversión en el mercado de capitales<sup>41</sup>; no obstante, según reseña el sitio *Portal do Investidor*<sup>42</sup>, se continuarían implementando otros de similar naturaleza, incluida la exención fiscal de las ganancias obtenidas en la Bolsa y la posibilidad de rebajar del Impuesto sobre la Renta parte de las inversiones en la suscripción pública de acciones producto de aumentos de capital.

34 Ley nº 6.404 del 15 de diciembre de 1976, que dispone sobre las sociedades por acciones. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm) [Fecha de consulta: 07/10/13, 11:00]

35 *Ídem* #15.

36 *Ídem* #16.

37 *Op. Cit. #17*, páginas 34-35.

38 *Ídem* #16.

39 *Op. Cit. #17*, página 35.

40 Decreto Ley nº 1.338 del 23 de julio de 1974. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1338-74.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1338-74.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 23:00]

41 *Ídem* #39.

42 *Ídem* #16.

A partir de 1975 se comienza a notar una recuperación del mercado, gracias a los nuevos recursos introducidos al sistema, incluyendo las reservas de las aseguradoras, recursos de nuevos fondos, de los fondos de pensiones y de *Fundos 157*, así como a la creación de las Sociedades de Inversión<sup>43</sup> para captar recursos externos.<sup>44</sup>

A lo largo de la década del setenta el mercado trataría lentamente de recuperarse de la debacle de 1971, destacándose en este período<sup>45</sup> la reglamentación de las inversiones extranjeras en el mercado de capitales doméstico y la regulación de los fondos privados de pensiones (1977). Sin embargo, dos serían las normas promulgadas en 1976, aún vigentes, que marcarían un cambio notable en el mercado de capitales brasileño: la Ley nº 6.404/76, que vino a ofrecer un marco legal propio a las sociedades anónimas, y la Ley nº 6.385/76, “Ley del Mercado de Capitales” cuyo aporte más relevante sería la creación de la Comissão de Valores Mobiliários (CVM) o Comisión de Títulos Valores.

Recuérdese que hasta entonces las sociedades anónimas se encontraban reguladas por el muy básico Decreto Ley nº 2.627/40<sup>46</sup>, cuyo limitado alcance no servía al interés del plan económico del gobierno de potenciar la empresa nacional

frente a las compañías multinacionales. De ahí que, según TANJI<sup>47</sup>, la creación y desarrollo del mercado primario de acciones buscó, precisamente:

*“otorgar al empresario brasileño acceso al ahorro popular y, así, que la cuantiosa inversión necesaria para la actividad económica fuera destinada en particular a la gran empresa nacional, mitigando la dependencia de recursos estatales para hacer frente a la competencia internacional.”*

Y es que la “Ley de Sociedades Anónimas” y la “Ley de Mercados Capitales” fueron entendidas por sus redactores como complementarias, en el sentido que, para lograr el fortalecimiento de la empresa nacional, resultaba necesario no sólo crear un marco jurídico especial para las sociedades por acciones, sino además mejorar los mercados capitales, aunado a una reforma tributaria que restringiera los mecanismos de “ahorro forzado”, de los cuales el sector público era el beneficiario último, y que, en cambio, estos recursos fueran vertidos directamente en el mercado.<sup>48</sup>

Así, la Ley nº 6.404<sup>49</sup> del 15 de diciembre de 1976 vino a regular de manera detallada la organización y operación de las sociedades por acciones, incluyendo la emisión por parte

43 Decreto Ley nº 1.401 del 07 de mayo de 1975. Revocado mediante Decreto Ley nº 1.986 del 28 de diciembre de 1982. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1401.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 22:30]

44 *Ídem* #16.

45 abamec. “Proteção ao investidor e fortalecimento do mercado de capitais.” *XVII Congresso Anual da ABAMEC realizado em abril de 2002 em Porto Alegre – RS*, página 3. Disponible en : <http://www.cvm.gov.br/port/Public/publ/XVIICongressoABAMEC.doc> [Fecha de consulta: 09/10/13, 21:00]

46 Decreto Ley nº 2.627 del 26 de septiembre de 1940. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 19:00]

47 *Op. Cit. #17*, página 36.

48 *Ibidem*, páginas 36-37.

49 *Ídem* #34.

de estas compañías de otros títulos. Introdujo la diferencia entre compañías abiertas y cerradas, radicando ésta en si los títulos valores emitidos se encontraban admitidos para su negociación en bolsa o en mercados no organizados, para lo cual la compañía debía estar registrada ante la CVM.<sup>50</sup>

La Ley nº 6.385/76<sup>51</sup> del 07 de diciembre de 1976 vino a regular el mercado de capitales, creando al efecto la CVM, hecho que devolvería la confianza en el mercado y que alentaría tanto el número de empresas como de inversionistas participantes. ANDREZO y LIMA (1999)<sup>52</sup> señalan, en consonancia con la exposición de motivos de dicha ley, que el objeto de la misma era:

*“(...) crear la estructura jurídica necesaria para el fortalecimiento del mercado de capitales en el país, imprescindible para la sobrevivencia de la empresa privada en la fase actual de la economía brasileña. La movilización del ahorro popular y de encauzamiento voluntario hacia el sector empresarial exige, sobretudo, el establecimiento de un sistema que asegure al accionista minoritario el respeto a reglas definidas y equitativas, las cuales, sin inmovilizar al empresario en sus iniciativas, ofrezcan suficientes atractivos de rentabilidad y seguridad.”*

50 Esta definición, recogida en el artículo 4 de la norma, sería modificada por la Ley nº 10.303 del 2001, indicando que una compañía es abierta o cerrada según los valores por ella emitidos sean o no admitidos para negociación en el mercado de capitales, que solamente los títulos emitidos por una compañía registrada en la CVM pueden ser negociados en el mercado de capitales, y que ninguna distribución pública de títulos será efectuada en el mercado sin previa inscripción ante la CVM.

51 Ley nº 6.385/76 del 07 de diciembre de 1976. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385compilada.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 21:15]

52 **Op. Cit. #45**, página 3, citando a: a. f. andrezo; i. s. lima. “Mercado Financeiro: aspectos históricos e conceituais.” São Paulo, Editora Pionera, 1999, 338 p.

53 **Op. Cit. #17**, página 37.

54 **Ibidem**, página 38.

La disciplina del mercado que impulsó la Ley nº 6.385/76 se basó en el modelo de regulación establecido en Estados Unidos con posterioridad a la Gran Depresión, incluyendo la creación de la CVM a imagen de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de ese país, así como en la implementación de principios y prácticas entonces inusuales en el medio, como el “*full disclosure*” o revelación total por parte de las entidades que captan recursos del público, de modo que los ahorradores dispongan de la información necesaria para gestionar sus inversiones.<sup>53</sup>

Dicha ley puso bajo la fiscalización de la CVM la emisión y distribución de títulos, la negociación e intermediación en el mercado de capitales, la organización, funcionamiento y operación de las bolsas de valores, la administración de carteras y la custodia de valores, la auditoría de compañías abiertas y los servicios de consultoría en la materia, entre otros, según detalla el artículo primero de la redacción original de la norma de marras.<sup>54</sup>

No obstante, a pesar de los esfuerzos por dotarlo de un andamiaje institucional y regulatorio adecuado, el mercado de capitales no tuvo el crecimiento esperado, aunque en los años siguientes se reportaría un aumento comedido de compañías abriendo su capital y captando recursos del público.

Los ochenta traerían consigo nuevos planes económicos bajo el peso de la inflación, a lo que debía sumarse la renegociación de la deuda externa por parte del gobierno. Si bien el mercado acusó una breve recuperación entre los años de 1984 y 1986, volvió a contraerse en 1987, desarrollándose en el mismo periodo los mercados de opciones y futuros en las bolsas de São Paulo y Rio de Janeiro.<sup>55</sup>

Resulta también notable que la atracción de inversión extranjera al mercado de capitales brasileño, cuya regulación y fomento se plantearon en el Decreto Ley nº 1.401/76, no comenzara a materializarse sino hasta el final de la década, teniendo como marco de referencia la resolución de la CVM nº 1.289/87 y sus anexos.<sup>56</sup> De igual relevancia son dos leyes promulgadas en esa misma década: la ley nº 7.347/85<sup>57</sup>, que por primera vez propondría, aunque en un sentido lato y dentro de un marco regulatorio amplísimo la defensa de los intereses difusos en el mercado; y la ley nº 7.913/89<sup>58</sup>, que vino a dar sustento a la proposición de una acción colectiva para la tutela de los intereses de los inversionistas en el mercado de capitales.<sup>59</sup>

55 **Ibidem**, página 42.

56 banco central do brasil. (Sitio en Internet del Banco Central del Brasil) Disponible en: <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=087080104&method=detalharNormativo> [Fecha de consulta: 09/10/13, 21:50]

57 La ley nº 7.347/85 del 24 de julio de 1985, si bien reviste un carácter general e incluye múltiples áreas de tutela, contempla de forma amplia la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al consumidor. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm) [Fecha de consulta: 22/10/13, 09:00]

58 En consonancia con la ley ya mencionada, la ley nº 7.913/89 resulta relevante pues dispone sobre la acción civil pública de responsabilidad por daños causados a los inversionistas en el mercado de capitales, marcando así un hito en su protección. Así, por ejemplo, el artículo primero de dicha norma permite al Ministerio Público, de oficio o a solicitud de la CVM, adoptar las medidas necesarias para evitar perjuicios o bien obtener el resarcimiento de los daños causados a inversionistas, especialmente cuando deriven éstos, entre otros, de: operaciones fraudulentas, prácticas no equitativas, manipulación de precios o creación de condiciones artificiales en la demanda, oferta o precio de los títulos valores. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7913.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm) Fecha de consulta: 22/10/13, 09:20]

59 **Op. Cit. #17**, página 43.

60 **Ibidem #15**.

61 Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8031.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm) Fecha de consulta: 22/10/13, 09:30]

62 Cuya prohibición se decretó mediante Ley nº 8.021, de la misma fecha. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm) [Fecha de consulta: 07/10/13,11:25]

63 **Ibidem #59**.

El balance general del período podría considerarse, en general, desventajoso para la consolidación del mercado de capitales: la baja en la inversión producto no sólo de la alta inflación y de la caída de los intereses, sino también de la concentración de liquidez en el mercado, según el modesto ímpetu que comenzaba a mostrar la apertura de capital. Además, la introducción del mercado de opciones y futuros abonó a la proliferación de la especulación.<sup>60</sup>

Los años noventa traerían un nuevo impulso, alimentado por la privatización de las empresas estatales y la progresiva afluencia de inversión extranjera. Así, el Plan Nacional de Desestatización, recogido en la Ley nº 8.031 del 12 de abril de 1990<sup>61</sup>, se preocupó por involucrar a los inversionistas extranjeros, institucionales e individuales en el proceso de privatización de las empresas estatales a la vez que por evitar el arraigo de los grupos controladores, recurriendo a dos medidas relevantes: la primera, la eliminación de los títulos al portador<sup>62</sup>; la segunda, la creación de los “fundos de privatização - capital estrangeiro” o fondos de privatización para incentivar el flujo de capitales internacionales hacia el mercado local.<sup>63</sup>

En línea con esta corriente, en 1991 la Secretaría de Planeamiento y la CVM publicaron el “Plano Diretor do Mercado de Capitais” o Plan Director del Mercado de Capitales, con el objeto de desregular el mercado y fomentar la inversión local e internacional. Sin embargo, como se verá más adelante, serían precisamente la falta de regulación y de implementación de mecanismos de gobernanza corporativa lo que motivaría la migración de los inversionistas internacionales a otros mercados. Entre las medidas rescatables incluidas en el plan se cuentan una mayor participación por parte de los accionistas mediante la emisión de más acciones ordinarias, la valorización de las preferenciales y la mejoría en la política de distribución de dividendos; el perfeccionamiento del sistema de intermediación; y la flexibilización de los mecanismos de captación de ahorro externo, procurando la apertura del mercado al exterior.<sup>64</sup>

Progresivamente aumentó el flujo de inversionistas extranjeros al mercado local, a la vez que las empresas brasileñas también comenzaron a obtener recursos externos mediante la colocación de sus acciones en bolsas extranjeras, particularmente en la New York Stock Exchange (NYSE) mediante “American Depositary Receipts” (ADRs)<sup>65</sup>, vehículo que les permitía captar en el mercado estadounidense cumpliendo con menos requerimientos. No obstante, este ejercicio puso en evidencia las dificultades de las compañías brasileñas para cumplir con los más básicos estándares y mecanismos de gobernanza corporativa.

Luego, la gran compañía brasileña, habituada a accionistas pasivos y poco sofisticados y amparada a una regulación laxa e inarticulada, se vio enfrentada a un grupo de inversionistas que exigían mayores garantías, con dos consecuencias principales. Primero, habiéndose consolidado las privatizaciones más relevantes, el aumento de los costos transaccionales y el acceso a las bolsas internacionales produjeron una caída en la actividad del mercado local, pues tanto inversionistas como compañías buscaron mejores rendimientos en mercados más competitivos. Adicionalmente, la ausencia de mecanismos de gobernanza corporativa y de protección al inversionista a lo interno de las compañías abiertas, aunados a la falta de una correcta regulación y supervisión de los mercados, abonó a la incerteza que ya abrigaban los inversionistas, propiciando la fuga de liquidez y el aumento en el costo del capital.

Estas circunstancias y esfuerzos tanto legislativos como privados por alcanzar más eficiencia y un mayor grado de protección al inversionista, destacando la más importante reforma al régimen de regulación del mercado de capitales y, particularmente, de las sociedades por acciones, realizada en 1997.

En el marco del proceso de privatización que trajo la década y en línea con el ya mencionado Plan Director del Mercado de Capitales, la Ley n° 9.457/97<sup>66</sup> vino a modificar las leyes n° 6.385 -marco regulatorio de las sociedades por acciones- y n° 6.404 -que vino a tutelar

64 *Op. Cit. #45*, página 4.

65 Los “American Depositary Receipts” (ADRs) son certificados negociables emitidos por un banco estadounidense y denominados en dólares estadounidenses que representan un número de participaciones en acciones de una compañía extranjera. El banco funge como depositario en coordinación con la compañía emisora, y dependiendo del nivel de adhesión al que ésta decida acogerse, deberá cumplir con diversos requisitos regulatorios.

66 Ley n° 9.457/97 del 05 de mayo de 1997. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9457.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 21:20]

el mercado de capitales y que creó la CVM-, ambas de 1976 e hitos de la regulación del mercado de capitales brasileño, introduciendo algunos cambios al régimen societario relativos al derecho de recesso y a la obligación del adquirente del control accionario de realizar una oferta pública de adquisición sobre el resto de las acciones en los mismos términos que al cedente del control societario. Si bien la norma de marras merece por su trascendencia un análisis más detallado, valga acotar a los efectos de este análisis únicamente que, en consonancia con el Plan de Desestatización, ésta vino a reducir notablemente el costo de privatización<sup>67</sup>, por cuanto se eliminó el deber de pagar el reembolso a los accionistas minoritarios opuestos a la cesión de la sociedad anónima -paso que normalmente antecedía al cambio de control accionario-, la obligatoriedad de cursar una oferta pública de adquisición a los accionistas minoritarios<sup>68</sup>, así como el instituto del “tag along”.<sup>69</sup> Implicó también cierta reivindicación de los inversionistas, manifiesta en la introducción de reglas inspiradas en principios básicos de gobernanza corporativa -“disclosure” (divulgación), “compliance” (cumplimiento), y “accountability” (rendición de cuentas).

Llegó así el cambio de siglo sin que el acervo de planes económicos y leyes destinadas a regular el mercado de valores, fraguadas a lo largo de casi cinco décadas, tuvieran un efecto directo en su expansión

y profundización. Ciertamente, algunas de estas medidas, aunadas a coyunturas locales e internacionales, favorecieron ocasionalmente el crecimiento del mercado; sin embargo, éste terminó siempre por precipitarse, reducido a una cultura societaria adversa al pequeño inversionista.

Para la década del 2000, las condiciones económicas de Brasil - con la inflación bajo control, una moneda nacional estable y el fin del crédito estatal subsidiado- elevaron la productividad y la competencia, imponiendo a las empresas no sólo la necesidad de aumentar sus bases de capital, sino también de buscar formas alternativas para financiar la expansión de sus actividades. Así, las compañías volvieron sus ojos al mercado de capitales, enfocándose en el mejoramiento de su gobernanza corporativa para atraer liquidez. La caída de la inflación, de las tasas de intereses y la reducción en la demanda de recursos por parte del gobierno -en gran medida gracias a la privatización de las empresas estatales-, aunados a la globalización de los mercados y al interés que despertaba Brasil a nivel internacional, favoreció un nuevo auge del mercado de capitales local.<sup>70</sup>

Este cambio de paradigma trajo una redefinición de la relación entre los participantes del mercado, que exigían mayor transparencia y monitoreo de las compañías participantes. Así, por ejemplo, la Ley N° 10.303/2001<sup>71</sup> -que al igual que la

67 Ídem #16.

68 *Op. Cit. #17*, página 46.

69 Obligación de naturaleza típicamente contractual o estatutaria mediante la cual, en caso de que el socio mayoritario enajene su participación en la compañía, el o los accionistas minoritarios tienen derecho de ser parte de la transacción y liquidar su participación junto con éste.

70 *Op. Cit. #15*, página 8.

71 Ley n° 10.303/2001 del 31 de octubre de 2001. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110303.htm) [Fecha de consulta: 09/10/13, 21:35]

Ley nº 9.457/97, vino a modificar las leyes nº 6.385/76 y nº 6.404/76- re-estableció la obligatoriedad de la oferta pública de adquisición de acciones por parte del adquirente del control societario, por cuanto no pocas veces los controladores llevaron a cabo operaciones tendientes a reducir la liquidez de las acciones de la compañía en el mercado seguidas de la privatización de la misma, con miras a consolidar el proceso a un precio más beneficioso para el adquirente, y se reintrodujo el derecho de receso en caso de cisión de la compañía.<sup>72</sup>

BOVESPA, identificando la priorización de la protección al inversionista como crucial para la supervivencia del mercado de capitales, a la vez que sopesando esta necesidad a la luz de la posición hegemónica de sus constituyentes más influyentes, buscó una solución que motivara a las firmas a incorporar progresivamente estos cambios sin transgredir con ello el *status quo* de los grupos dominantes. Bajo esta premisa, lanzó el *Novo Mercado* como un nuevo segmento especial de cotización en bolsa, de suscripción voluntaria, en el que las compañías participantes se comprometían a adoptar diversos mecanismos de gobernanza y ser de esa manera reconocidas por sus buenas prácticas corporativas, lo cual en principio se reflejaría en el volumen y precio de cotización de sus acciones. En atención al reto que imponía a las firmas brasileñas la adopción de estas medidas, se crearon además dos niveles intermedios

que implicaban compromisos mínimos por encima de los legalmente exigidos.

Y es que como se anticipó en la introducción, GILSON, HANSMANN y PARGENDLER<sup>73</sup> -cuya obra es referente obligatorio en materia de dualismo regulatorio en los mercados capitales-, han señalado que, particularmente en las economías en desarrollo, los socios controladores y directores de las grandes compañías tienden a coartar cualquier iniciativa de fortalecimiento de los mecanismos de gobernanza corporativa y la protección al inversionista; esta oposición de los grupos hegemónicos a reformas que procuren el desarrollo económico y la distribución de la riqueza ha sido identificado por los autores con el nombre de "*Problema de Olson*".<sup>74</sup>

Precisamente, su tesis propone el *dualismo regulatorio* como estrategia para relajar la tensión entre el crecimiento futuro y la distribución actual del poder y la riqueza, permitiendo a los grupos tradicionales continuar al abrigo del viejo régimen sin menoscabo a su reputación, a la vez que habilitando un sistema más riguroso y eficiente al que las firmas nuevas o existentes puedan acogerse voluntariamente.<sup>75</sup> Así, el interés de los inversionistas por compañías que se comprometan con mecanismos más estrictos de protección y gobernanza corporativa abre la posibilidad de financiamiento a empresas tradicionalmente excluidas -sea por la influencia de los

72 *Op. Cit. #17*, páginas 49-51.

73 r. j. gilson; h. hansmann; m. pargendler. "Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union", *Stanford Law Review* 475. Volumen 63, Emisión 3, 2010. Página 475. Disponible en: <http://www.stanfordlawreview.org/print/article/regulatory-dualism-development-strategy-corporate-reform-brazil-united-states-and-euro>. [Fecha de consulta: 04/02/14,08:00]

74 Por Mancur Olson, el economista que lo ha descrito en mayor detalle.

75 *Op. Cit. #73*, página 478.

grandes participantes del mercado o por su elevado costo- de los mercados financieros, propiciando la profundización del mercado de capitales y su expansión como medio de desarrollo económico.

El *dualismo regulatorio* se entiende así en el marco de un sistema de regulación preexistente, en la que los intereses de los actores dominantes se alinean en detrimento del mercado y la protección al inversionista minoritario. Surge entonces un nuevo régimen, más eficiente, a disposición de todos los participantes, sin que por ello se cuestione a las compañías que continúen bajo el antiguo sistema. Esto reduce la tensión y oposición política al régimen de reforma<sup>76</sup>, pues sus detractores no se ven forzados a asumir el costo político y económico del bloqueo a una reforma en efecto deseada por los inversionistas.<sup>77</sup>

Para estos autores, el *Novo Mercado* brasileño es el ejemplo prototípico de la implementación -exitosa- de un sistema regulatorio dual, particularmente en un país en el que el *Problema de Olson* y la necesidad de una reforma estructural al mercado de capitales eran, al momento de su establecimiento, especialmente acuciantes.<sup>78</sup> Resaltan que la férrea hegemonía de la élite económica permitió a sus miembros obstruir cualquier intento de transformación legal del régimen corporativo, redundando en el precario desarrollo del mercado local y afectando negativamente la habilitación de

fuentes de financiamiento para compañías emergentes.<sup>79</sup> La deficiente protección al inversionista minoritario continuaría a pesar del impulso gubernamental a políticas que en el fondo no entrañaban una verdadera reforma institucional,<sup>80</sup> y que propiciaban el ostracismo y el fortalecimiento de los grupos hegemónicos. Habiendo comprendido que esta situación atentaba contra la sobrevivencia del mercado local BOVESPA buscó, con el lanzamiento del *Novo Mercado*, una solución que proviniese del mercado mismo, implementando al efecto un sistema dual de regulación cuyo objetivo principal era corregir las deficiencias sin afectar el *status quo* de las grandes compañías abiertas.<sup>81</sup>

Con estos retos en mente, BOVESPA inauguró el *Novo Mercado* como un nivel "*premium*" de cotización que habría de funcionar como "*lex privata*" para las firmas de capital abierto que se adhirieran voluntariamente al segmento, una solución contractual que evitaba incurrir en el costo político y económico de una reforma legal. El *Novo Mercado* partió de la premisa que la reducción en la percepción por parte del inversionista del riesgo asumido tendría un efecto positivo en la liquidez y el valor de las acciones, y que ésta se lograría únicamente si a los inversionistas no sólo se les concedían más derechos y mejores garantías, sino también si se aseguraba la progresiva corrección de la asimetría en el acceso a la información entre los socios controladores y directores y los demás participantes del mercado.<sup>82</sup>

76 *Ibidem*, página 480.

77 *Ibidem*, página 481.

78 *Ibidem*, páginas 481-482.

79 *Ibidem*, páginas 482-483.

80 *Ibidem*, página 483.

81 *Ibidem*, página 485.

82 m. h. santana; m. ararat; p. alexandru; b. b. yurtoglu; m. r. cunha. "Novo Mercado and its followers: case studies in Corporate Governance Reform." *Focus 5, Global Corporate Governance Forum*. Washington D.C., International Finance Corporation. Página 1.

Para entender su alcance, es menester partir de la definición que del *Novo Mercado* ofrece BM&F BOVESPA, calificándolo como: “*un segmento de cotización diseñado para acciones emitidas por compañías que voluntariamente decidieran implementar prácticas de gobernanza corporativa y requisitos de transparencia por encima de los ya exigidos por la legislación doméstica y la CVM.*”<sup>83</sup> Como se detallará más adelante, además del requisito cardinal de la constitución del capital social de la compañía exclusivamente por acciones comunes con derecho de voto (“*una acción, un voto*”), algunas de las obligaciones que deben contraer las firmas cotizando en este segmento incluyen, que: a) En caso de cambio de control, todos los accionistas tienen derecho de vender sus acciones al adquirente al mismo precio (“*Tag along*” del cien por ciento); b) En caso de salida del segmento, la compañía deberá cursar una oferta pública para re-comprar todas las acciones por cuando menos su “*valor económico*”; c) El Consejo de Administración de la firma debe de estar compuesto al menos por cinco miembros con un mandato máximo de dos años, debiendo ser, al menos el veinte por ciento (20%), Miembros Independientes; d) La compañía debe comprometerse a mantener al menos el veinticinco por ciento (25%) de las acciones en circulación (“*free float*”); e) Publicación de Informes Financieros Anuales preparados bajo las normas US GAAP o IFRS; f) Mejora en los reportes trimestrales con reporte

de flujos de caja e informes consolidados revisados por un auditor independiente.<sup>84</sup>

Sin embargo, el lanzamiento del *Novo Mercado* y los *Niveles 1* y *2* no estuvo libre de controversia: A pesar de disipar en gran medida el *Problema de Olson* intrínseco a este mercado, las protestas de los beneficiarios del antiguo régimen no se hicieron esperar. Esgrimiendo un argumento que podría aplicarse también al sistema de autorregulación que posteriormente vendría a establecer el CAF, la Asociación Brasileña de Compañías Abiertas (ABRASCA) alegó que la adopción de estándares extranjeros de gobernanza corporativa, incongruentes con las condiciones locales, podría afectar el desempeño de las compañías brasileñas.

No obstante, también se valió de la implementación del *Novo Mercado* para argüir que las reformas legales tendientes a prohibir la emisión de acciones preferentes sin derecho de voto resultaban entonces innecesarias, precisamente porque habían surgido mecanismos voluntarios de mercado que satisfacían este fin.<sup>85</sup> Analizándolo en un contexto más amplio, sus adversarios vieron también en el *Novo Mercado* la alternativa favorable a una reforma legal profunda en materia corporativa, con el inherente costo político de oponerse a un experimento incierto pero deseado por los inversionistas y que, en todo caso, de prosperar, no afectaría a las grandes firmas públicas, pues se dirigía sobretudo a empresas de otro perfil.<sup>86</sup>

83 bm&f bovespa. (Sitio en Internet de BM&F BOVESPA) Sección: *Corporate Governance*. Disponible en: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/novo-mercado.aspx?Idioma=pt-br> [Fecha de consulta: 07/03/14,09:00]

84 *Ibidem*.

85 *Op. Cit. #73*, página 487.

86 *Ibidem*, páginas 487-488.

A mayor abundar, la propuesta original de un único régimen alternativo de “*una acción, un voto*” -sea, la prohibición de acciones sin derecho de voto- resultó prácticamente imposible de implementar en un mercado que, en ese momento, tenía a nivel mundial el mayor número de firmas de “clase dual” (compañías con emisión de diferentes tipos de acciones; *i.e.*, acciones ordinarias versus acciones preferentes, usualmente reservando el derecho de voto para mantener el control societario) y la mayor diferencia promedio entre derechos económicos y de voto<sup>87</sup>, por lo que se crearon además los *Niveles 1* y *2*, que ofrecían protección gradual al inversionista sin esta restricción.<sup>88</sup> No obstante, la meta era que sobretudo las nuevas empresas encontraran en el bajo costo de capital al que el *Novo Mercado* les daba acceso, un aliciente para adherirse y abandonar las comunes prácticas de manipulación y expropiación. Además de corregir el evidente problema de agencia derivado de la ausencia de control externo sobre el manejo por parte de los socios controladores de la compañía, la prohibición de las acciones sin derecho de voto limitó la posibilidad de concentración de poder, reivindicando en alguna medida a los socios minoritarios, muchas veces tenedores de este tipo de acciones. Ciertamente, el *Novo Mercado* no eliminó la influencia de los grupos controladores, pero forzó a aquellos deseosos de conservar el control a mantener participaciones de capital proporcionales a su poder de decisión en la compañía.<sup>89</sup>

A la luz de estos retos, ¿cómo se implementó en Brasil el *Novo Mercado*? ¿Cómo afectó

al mercado este segmento especial de cotización? En un artículo de Febrero de 2006, The Economist no escatimó en halagos al referirse al efecto del *Novo Mercado* como: “*una racha de cotizaciones en bolsa y un brote de democracia societaria*” y “*un enclave democrático dentro de Bovespa*”.<sup>90</sup> La nota resaltó el caso de Natura, una compañía cuya Oferta Pública Inicial (OPI) en este segmento en mayo de 2004 fue la primera en Brasil en más de dos años, y a la que siguieron desde entonces -y hasta la fecha de publicación del artículo- 18 compañías. La publicación anunciaba un cambio en la cultura de inversión en Brasil, animada por nuevos participantes de fuera del cerrado círculo de bancos, explotaciones de materias primas y empresas estatales que tradicionalmente habían dominado el mercado de capitales local, y en la que el viejo estilo de gestión —en manos de grupos con pequeñas participaciones económicas que monopolizaban las acciones con derecho de voto- cedió espacio a una “democracia societaria” en la que el poder de decisión del socio es proporcional al peso de su inversión en la compañía.

Esta observación es consistente con los datos recogidos por GILSON, HANSMANN y PARGENDLER, quienes notan que entre su lanzamiento en el año 2000 y el año 2002 no hubo cotizaciones en el *Novo Mercado*, segmento que además no se convertiría en la principal opción para Ofertas Públicas Iniciales (OPIs) sino hasta 2004.<sup>91</sup> Encajando en un momento en que los socios controladores estaban más anuentes a ceder

87 *Ibidem*, página 490.

88 *Ibidem*, página 488.

89 *Ibidem*, página 491.

90 the economist (sitio en Internet de la revista). “New Wave for the Novo Mercado”. Febrero 23, 2006. Disponible en: <http://www.economist.com/node/5563405> [Fecha de consulta: 04/10/13, 09:00]

91 *Op. Cit. #73*, página 494. *Vid. etiam*: m.h. santana *et al. Op. Cit. #82*, páginas 22-24.

en sus prácticas hegemónicas a cambio de un menor costo de capital, este segmento dio un nuevo impulso a las OPIs. Ciertamente, resultaba más fácil para las compañías nuevas y las firmas cerradas optar por el *Novo Mercado*, dada la abundancia de acciones preferentes sin derecho de voto (*ações preferenciais nominativas* o *PN*) al seno de las compañías abiertas. Esto se solucionó mediante un mecanismo de reorganización avalado por la CNV, que permitía a los accionistas controladores extraer una prima de la conversión de las acciones preferentes en comunes, previa aprobación de los socios minoritarios.<sup>92</sup>

Así, el *Novo Mercado* fomentó una verdadera apertura del capital societario en Brasil, contribuyendo a eliminar la casi omnipresente escisión de los derechos económicos y de voto en las compañías públicas. Además, vino a corregir el problema de concentración de poder que décadas de incentivos fiscales desafortunados y el patrocinio estatal a la inversión en acciones preferentes sin derecho de voto habían generado, obligando a los socios controladores a tener participaciones económicas proporcionales a su influencia en la firma. Logró, consecuentemente, una mayor dispersión de las acciones con derecho de voto, aunque esta es una apreciación que debe ponerse en perspectiva, pues los reguladores del *Novo Mercado* definen la dispersión como la ausencia de un accionista individual o grupo con control sobre al menos el 50% de las acciones con derecho de voto, por lo que bajo esta acepción siempre podrían existir socios mayoritarios capaces

92 *Ibidem*, página 496.

93 *Ibidem*, páginas 498-499.

94 *Ídem #82*.

95 *Ibidem*.

de ejercer el control individualmente o en conjunto con otros.<sup>93</sup>

Pero, ¿cómo se logra implementar una reforma de mercado de esta envergadura, ante la animadversión de los grupos hegemónicos y la ausencia de un andamiaje legal e institucional apropiado? En palabras de María Helena Santana, quien tuvo a cargo la implementación del *Novo Mercado*, la respuesta yace precisamente en la confluencia de los diferentes sectores para crear soluciones “de mercado”:

*“Estas colaboraciones [con los sectores público y privado] son muy útiles al arrojar luz sobre alternativas de políticas públicas y privadas para apoyar iniciativas que dependen del florecimiento de las fuerzas del mercado –aún bajo condiciones de mercado adversas o en países en donde el mercado de capitales no se encuentra aún lo suficientemente desarrollado.”*<sup>94</sup>

Precisamente, el éxito del *Novo Mercado* dependía de las fuerzas del mercado: por un lado, únicamente podía consolidarse e incidir en la cultura de inversión en el Brasil si los inversionistas demandaban una reforma a la gobernanza corporativa de las firmas en las que participaban<sup>95</sup>; por otro, sólo un menor costo de capital influiría para que directores y socios controladores abandonaran sus prácticas expropiatorias y adoptaran mayores medidas de protección al inversionista. Al soportar las valuaciones

de acciones menores primas de riesgo aumentaría el volumen y precio de cotización de las acciones de **éstas, disminuyendo** el costo de capital, por lo que más firmas se abrirían mientras que las que ya cotizaban en bolsa harían nuevas emisiones, generando un punto de convergencia propicio para la expansión del mercado.<sup>96</sup> A pesar de la creencia generalizada respecto del alto costo de abrir el capital y mantenerse en bolsa, este ejercicio demostró que el mayor costo no era el de colocación, sino el descuento exigido por los inversionistas correlativo al riesgo inherente a la inversión.<sup>97</sup>

En resumen, la solución a los múltiples problemas intrínsecos al mercado de capitales brasileño, acrecentados por décadas de políticas económicas desatinadas y un andamiaje legal e institucional insuficiente, no podía depender de la fragilidad política de una reforma estructural. Luego, BOVESPA, como agente privado, buscó medios más eficientes para implementar estas medidas correctivas sin sujetarlas a las condiciones institucionales del país. Poco a poco devolvió la confianza a los inversionistas y el interés de las compañías en el mercado de capitales, con la competitividad y eficiencia como su punta de lanza.<sup>98</sup>

En un artículo publicado en el Financial Times en septiembre de 2007, intitulado “*Brasil a contracorriente en los mercados globales*”, un banquero con experiencia en el mercado brasileño de OPIs retrata esta realidad desde la perspectiva del inversionista extranjero,

particularmente en contraste con los amagos de deflación que se cernían sobre los mercados capitales internacionales:

*“Nuestra experiencia reciente en el Mercado Brasileño de OPIs, sin embargo, no es sólo la de una robusta clase alternativa de activos, sino también de un modelo en donde la autorregulación y la gobernanza corporativa están convergiendo. Las compañías no se encuentran considerablemente apalancadas y una cultura emprendedurista en el mercado de capitales ha creado oportunidades para inversionistas y emisores por igual.”*<sup>99</sup>

En opinión de especialistas, para el año 2008 el *Novo Mercado* había entrado ya en un periodo de consolidación, superando expectativas en cuanto a su velocidad de acogimiento en el mercado.<sup>100</sup> Sin embargo, desde su implementación, se concebía la natural necesidad de actualizar periódicamente sus reglas para que se adecuaran a las cambiantes condiciones del mercado, con la protección al inversionista como eje. Quizá la propuesta de reforma más relevante, o al menos la que recibió mayor discusión mediática, tuvo lugar en 2009. En 2010, la revista Capital Aberto, en la sección intitulada “*Antítesis*”, planteó la siguiente cuestión: “*¿Va el rechazo de las principales propuestas de reforma del Novo Mercado [por parte de las compañías adherentes] en contra de la imagen del segmento?*”.<sup>101</sup>

96 *Op. Cit. #82*, página 11.

97 *Ibidem*.

98 *Op. Cit. #82*, página 10.

99 financial times (sitio en Internet de la revista). “Brazil likely to buck trend in global markets.” Septiembre 26, 2007. (El subrayado no pertenece al texto original). Disponible en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/b6ee9160-6bc9-11dc-863b-0000779fd2ac.html#axzz2whwMEbHE> [Fecha de consulta: 04/10/13, 09:20]

100 *Op. Cit. #82*, página 24.

101 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). *Capital Aberto*, Sección “*Antítese*”. Año 8, Número 86. Octubre, 2010.

En apoyo de esta tesis, Walter Mendes<sup>102</sup> realizó un balance del estado de la cuestión bajo el título de “*Muerte en la playa*”, resaltando que en junio de 2010 el 71% de los inversionistas presentes en la conferencia del International Corporate Governance Network en Toronto votaron a Brasil como el mercado emergente con la mejor gobernanza corporativa, agregando que existe una impresión positiva del mercado brasileño respecto de otros emergentes, con especial reconocimiento del involucramiento de la AMEC (*Associação de Investidores no Mercado de Capitais*, o Asociación de Inversionistas en el Mercado de Capitales) y de la ANBIMA (*Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais*, o Asociación Brasileña de las Entidades de los Mercados Financieros y de Capitales). Según él, este avance es prenda del “*proceso de convergencia del riesgo y de la valuación del mercado brasileño enfilado hacia el nivel de los mercados desarrollados*”, advirtiendo, sin embargo, que un cambio en las condiciones ofrecidas puede trastocar esta perspectiva. En este sentido, alega que el desgaste del *Novo Mercado* abonaría a este riesgo, materializado en alguna medida en el rechazo de algunas de las principales reformas a las reglas del segmento propuestas por BM&FBOVESPA. De acuerdo con los datos recogidos por el autor, la tasa de reprobación de estas propuestas fue del sesenta por ciento (60%), y pocas oposiciones fueron formalmente justificadas -sólo ocho de las ciento cinco empresas lo hicieron-. Finalmente, se pregunta si las compañías abiertas han agotado ya

su voluntad de continuar mejorando sus mecanismos de gobernanza corporativa, lo que representaría un mal augurio para otros intentos más avanzados por parte de BM&FBOVESPA de promover niveles diferenciados, como lo es el CAF. Aunque las cifras ofrecidas son elocuentes, no es posible emanar la incidencia real de esta oposición sobre la vigencia y eficacia del *Novo Mercado*.

En contraposición, Antonio Castro<sup>103</sup>, ofreciendo su análisis bajo el acápite de “*Libre escogencia*”, alega que la discusión fue elevada al rango de conflicto por los medios, pues de las once principales reformas sugeridas por BM&FBOVESPA, ocho fueron aceptadas, incluidas algunas de gran relevancia, como la obligación de las compañías abiertas de adoptar y divulgar su política de negociación de títulos valores, esencial para evitar casos de “*insider trading*”. Resalta el gran apoyo de ABRASCA (*Associação Brasileira das Companhias Abertas*, o Asociación Brasileña de Compañías Abiertas) a toda iniciativa de BM&FBOVESPA para mejorar el *Novo Mercado*, así como la adhesión de sus asociadas a las propuestas presentadas, muchas de las cuales adoptaron espontáneamente. Algunos de los puntos sobre los que no hubo acuerdo, los achaca al exceso de detalle en su formulación, apreciable por ejemplo en el veto a la obligatoriedad de realizar una OPA cuando el accionista adquiriera una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital. Medida esencial para la regulación del cambio de

102 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). w. mendes. “Morte na praia”, *Capital Aberto*, Sección “*Antítese*”. Año 8, Número 86. Octubre, 2010.

103 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). a. castro. “Livres escolhas”, *Capital Aberto*, Sección “*Antítese*”. Año 8, Número 86. Octubre, 2010.

control societario, fue rechazado, según el comentarista, pues el mecanismo propuesto de fijación del precio con base en el mayor valor de mercado de los últimos doce meses en vez de recurrir al valor económico de las acciones, somete el ejercicio a la volatilidad característica de este mercado. En cuanto al veto a la propuesta de ampliación de los Miembros Independientes del Consejo de Administración, la objeción radicó en que esto no está necesariamente relacionado con un mejoramiento de la gobernanza corporativa. Concluye que el rechazo de tres puntos de la reforma ni afectaron la reputación de las compañías brasileñas ni menoscabaron el *Novo Mercado*, que más bien resultó fortalecido.

A modo de corolario a este ejercicio, que fue considerado “*ampliamente favorable*” a pesar de que tres de las cuatro propuestas más delicadas fueron rechazadas por las firmas participantes en el segmento, vale recoger las declaraciones que dio Arminio Fraga, entonces Presidente del Consejo de Administración de la Bolsa, quien dijo sentir “*un poco del viejo Brasil en las discusiones*”, aludiendo que: “*En algunos momentos (esta discusión) me recordó el funcionamiento del Congreso, donde un tema sensible sólo para una minoría ganaría la solidaridad de muchos*.”<sup>104</sup>. Quizá este dejo del “viejo Brasil” sugiera la latencia del *Problema de Olson* en este mercado, y justifique, en el alguna medida, la duda de Mendes respecto de la voluntad de las compañías

abiertas de adoptar mejores medidas de gobernanza corporativa.

Y es que, además del reto de mantenerse actualizado, el *Novo Mercado* debe conservar su atractivo como segmento especial de cotización. Las razones para adherirse son claras cuando una compañía busca captar recursos a menor costo; pero, ¿qué pasa cuando ésta ha superado su proceso de capitalización? ¿Habilita el *Novo Mercado* un portillo para que los socios controladores capitalicen a mejor precio y luego cierren el capital de la empresa? Precisamente, en marzo de 2012, Itaú Unibanco, controlador de Redecard, y Camargo Corrêa, dueña de Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário (CCDI), hicieron público que, independientemente del resultado del intento de cancelación de registro de compañía abierta de sus subsidiarias, deseaban retirarlas del *Novo Mercado*.<sup>105</sup> Según señala la nota de Danilo Gregorio sobre el tema en la revista *Capital Aberto*: “*es claro que las empresas no tienen ya interés de financiarse en el mercado público, y mucho menos deseo de someterse a reglas de protección a inversionistas minoritarios*.”<sup>106</sup>

Además de esta situación, que en alguna medida se palia con la obligación, ante la salida del segmento, de cursar una oferta pública para re-comprar todas las acciones por cuando menos su “*valor económico*”, el *Novo Mercado* continúa afrontando dos grandes dificultades principales: la

104 o estado de s. paulo. (sitio en Internet del periódico). Nota: “Reforma do Novo Mercado fica pela metade”. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,reforma-do-novo-mercado-fica-pela-metade,607699,0.htm> [Fecha de consulta: 15/04/14, 08:30]

105 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). “Companhias ameaçam deixar o Novo Mercado”, *Capital Aberto*, Sección “*Panorama*”. Año 9, Número 104. Abril, 2012.

106 *Ibidem*.

caracterización e identificación del cambio de control societario y la potencial existencia de “socios escondidos”.

El monitoreo y regulación de este fenómeno, además de ser esencial para la protección del inversionista minoritario, presenta un enorme desafío en Brasil en razón de su falta de definición, y para el cual se ha planteado tanto una solución estatutaria como de auto-regulación.

El artículo 254-A, sección primera, de la Ley nº 6.404<sup>107</sup> (incluido por la Ley nº 10.303 de 2001), define el cambio de control (*alienação de controle*, en portugués) como la transferencia, de forma directa o indirecta, de las acciones que conforman el bloque de control, de las acciones vinculadas a acuerdos de accionistas y de títulos valores convertibles en acciones con derecho de voto, cesión de derechos de suscripción de acciones y de otros títulos o derechos relativos a títulos valores convertibles en acciones que resulten en el cambio del control accionario de la sociedad. Lejos de fijar un parámetro objetivo que presupondría un cambio en el control societario, se limita a listar de manera taxativa los supuestos en que la transferencia de títulos y derechos contarían como tal, además de establecer la obligación del adquirente de cursar una OPA a los demás accionistas, asegurándoles un precio cuando menos igual al ochenta por ciento (80%) del valor pago por acción con derecho de voto que constituye el bloque de control.

En un artículo publicado en Capital Aberto intitulado “¿Cambió el dueño?”<sup>108</sup>, se reseña a

107 Ídem #34.

108 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). “O dono mudou?” *Capital Aberto*, Sección “Reportagens”. Año 9, Número 105. Mayo, 2012.

109 *Ibidem*.

Maria Helena Santana, entonces Presidente de la CVM, abogando por una reforma legal tendiente a establecer un parámetro porcentual fijo del treinta por ciento (30%) para la caracterización de adquisiciones relevantes y la habilitación del derecho de “tag along”. No obstante, esta propuesta, incluida en la reforma a las reglas del *Novo Mercado* fue, como ya se indicó, vetada por las compañías participantes. Ciertamente, la pertinencia de una solución estatutaria es discutible, mas no así la necesidad de definición en este tema. Resalta el artículo que la ausencia de una respuesta legal objetiva abrió un abanico de posibilidades en el que, mientras los socios controladores calculaban meticulosamente cuántas acciones podían negociar sin levantar sospecha de un cambio de control, los minoritarios recurrían a la exégesis extensiva de los cuerpos regulatorios y acuerdos de accionistas, buscando a toda costa forzar un “tag along”.<sup>109</sup>

La falta de reglas claras da pie a situaciones indeseables. El reportaje de marras presenta el caso de ALL, una operadora logística en la cual Cosan -uno de los mayores grupos económicos privados del Brasil- adquirió el 49,15% de las acciones de manos de tres accionistas que juntos sumaban el 53% del capital social, manteniendo los vendedores luego de la venta una participación del 3,85%. Dos de ellos detentaban, al momento de la transacción, el 23,7% (Julia Arduini) y el 21,7% (Fondo GMI) del capital social, comprometiéndose a enajenar su participación en conjunto con un tercer accionista, Ricardo Arduini, dueño del 7,7%,

con el fin, podría asumirse, de que adquiriera Cosan tantas acciones como fuera posible sin traspasar el umbral del cincuenta por ciento (50%). El artículo nota que Cosan, además de nueva socia controladora de ALL, era al mismo tiempo un cliente relevante de la compañía: luego, mientras en aquella condición tenía un interés natural en mantener altas las tarifas del servicio ofrecido, como cliente procuraría lo contrario.

Como alternativa a una solución estatutaria se contraponen la auto-regulación profesada por el CAF, eliminando el riesgo de retroceso producto de una discusión legislativa poco técnica así como la eventual desactualización de un valor fijo. De conformidad con el Código de Autorregulación de Adquisiciones y Fusiones (CdAF), una OPA será obligatoria para el accionista que alcanzare una “participación accionaria relevante”<sup>110</sup>, estableciendo así un parámetro numérico objetivo pero flexible, sea el porcentaje acordado en el pacto constitutivo de la compañía adherente dentro del rango autorizado por ley.

Es menester notar que dicho Código distingue además entre “participación accionaria relevante” (“*Participação Acionária Relevante*”) y “poder de control” (“*Poder de Controle*”), definiendo al segundo como:

“ (...) el poder efectivamente utilizado para dirigir las actividades societarias y orientar el funcionamiento de los

órganos de la compañía adherente, de forma directa o indirecta, de hecho o de derecho, independientemente de la participación accionaria detentada. Habrá presunción relativa de titularidad de control en relación a la persona o al Grupo de Accionistas que sea titular de acciones que le aseguren una mayoría absoluta de los votos de los accionistas presentes en las últimas tres asambleas generales de la Compañía Adherente, aunque no sea titular de las acciones que le garanticen la mayoría absoluta del capital votante.”<sup>111</sup>

Una definición ciertamente interesante, según la cual el poder de control no se limita a un umbral numérico -que sí se establece para determinar la adquisición de una “participación accionaria relevante”-, sino que remite de manera casuística al ejercicio efectivo del poder de dirección societaria, más allá de la participación accionaria de quien lo detente. Agrega además una presunción relativa de titularidad de control que diverge de la tradicional forma de reconocimiento de dicha condición, en el tanto se le imputa a quien haya tenido la mayoría absoluta de los votos presentes en las últimas tres Asambleas Generales.

Ésta debe aunarse a la ofrecida para el “cambio de control de la Compañía Adherente” (“*Alienação de Controle da Companhia Aderente*”), descrito como:

110 El artículo 2 del Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014) define la “Participación Accionaria Relevante” como: “ (...) la titularidad de acciones con derecho de voto emitidas por la compañía adherente, en un porcentaje igual o superior al fijado en el pacto constitutivo de la compañía adherente, el cual no podrá ser inferior al 20% (veinte por ciento) ni superior al 30% (treinta por ciento).” Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

111 Artículo 2, Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014). Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

*“la operación o conjunto de operaciones de enajenación, de forma directa o indirecta, de títulos valores con derecho a voto emitidos por la compañía adherente, o de aquellos convertibles, o de la cesión onerosa de derechos de suscripción de dichos títulos valores, realizada por el Accionista controlador o por personas integrantes del grupo de control, mediante las cuales un tercero o grupo de terceros representando el mismo interés, adquiera el Poder de Control de la Compañía Adherente.”*<sup>112</sup>

Ambas definiciones, interrelacionadas, se anticipan a la utilización de pactos de accionistas y otros ardidés para la conformación deliberada de grupos de control en “dueños ocultos”. Además, al atar la presunción relativa de poder de control a su ejercicio en un periodo cercano de tiempo (las últimas tres Asambleas Generales de la compañía) en vez de atenerse a la titularidad de la mayoría absoluta del capital votante, denota sensibilidad a la dinámica de los cambios de control, que pueden darse con suma rapidez o bien manifestarse progresivamente mediante la articulación en el tiempo de diversas operaciones.

El Capítulo III del CdAF disciplina cuatro modalidades de OPA obligatoria: a) La OPA producto de la cancelación del registro de la compañía adherente para la transa de títulos valores en los mercados regulados (Artículos 59-60 del CdAF); b) La OPA por cambio de control (Artículos 61-63 del CdAF); c) La OPA estatutaria (Artículo 64 del CdAF); y, d) La

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Ídem #34.

<sup>114</sup> **Artículo 61**, *Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões* (con las modificaciones aprobadas el 21 de enero de 2014). Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

OPA por adquisición de participación accionaria relevante (Artículos 65-70 del CdAF).

La OPA por cambio de control remite al artículo 254-A de la Ley nº 6.404<sup>113</sup>, e impone asegurar, como mínimo: (i) el tratamiento igualitario a los demás accionistas titulares con derecho de voto y titulares de títulos valores convertibles en acciones con derecho de voto a aquel dado al Accionista Controlador Alienante; (ii) a los titulares de acciones preferenciales sin derecho de voto o con voto restringido y titulares de títulos valores convertibles en acciones sin derecho de voto o con voto restringido, el derecho a recibir el valor correspondiente a por lo menos el ochenta por ciento (80%) del valor ofrecido a los titulares de acciones con derecho de voto. Sin embargo, no establece un parámetro objetivo para la identificación del cambio de control, sino que refiere a las definiciones de “poder de control” y “cambio de control de la Compañía Adherente” establecidos en el artículo 2 del propio CdAF, disponiendo además que, sin perjuicio de su observancia, el CAF podrá imponer la realización de una OPA por cambio de control cuando se verifique, a la luz de los principios fundamentales, que ha ocurrido una modificación, a modo oneroso, del efectivo poder de dirigir los negocios de la compañía adherente.<sup>114</sup>

En contraste, la OPA por adquisición de participación accionaria relevante sí establece un porcentaje fijo determinado en el pacto constitutivo de la compañía adherente en el rango del veinte y treinta

por ciento (20%-30%) del capital accionario con derecho de voto, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del CdAF.

Para el profesor de Finanzas de Coppead/UFRJ Ricardo Leal, la autorregulación se configura como una opción interesante en un escenario en el que los porcentajes de participación de los accionistas controladores en las firmas brasileñas se van reduciendo aunque, en general, continúa habiendo un controlador definido, además de la ocasional conformación de bloques de control por medio de acuerdos de accionistas.<sup>115</sup>

En efecto, otro de los grandes retos es identificar al socio controlador de la compañía. Desde el punto de vista legal, el ejercicio es claro. El artículo 116 de la Ley nº 6.404<sup>116</sup> entiende por socio controlador a la persona física o jurídica, al grupo de personas vinculadas por acuerdo de voto o bajo un control común, que: a) sea titular de derechos societarios que le aseguren, de modo permanente, la mayoría de votos en las deliberaciones de la Asamblea General y el poder de elegir a la mayoría de los administradores de la compañía; b) use efectivamente su poder para dirigir las actividades societarias y orientar el funcionamiento de los órganos de la compañía.<sup>117</sup> Quien detente más de la mitad de las acciones con derecho de voto encaja

inmediatamente en esta definición, pero el análisis se vuelve más complejo cuando se está en presencia de bloques dominantes **más** pequeños, distorsión que conlleva el riesgo de la relativización de la posición de los socios minoritarios.<sup>118</sup>

Agréguese a esto la dificultad que surge cuando la compañía reporta tener un “dueño” para efectos de una entidad, pero no de otra. En el caso de BM&FBOVESPA, esta identificación resulta vital por cuanto, para los efectos de los segmentos especiales de cotización, el socio controlador de la compañía adherente debe firmar una declaración comprometiéndose a apegarse al reglamento correspondiente. El artículo antes citado expone en detalle el curioso caso<sup>119</sup> de Metafrio<sup>120</sup>, una compañía registrada desde 2007 en el *Novo Mercado* y que, ante los ojos de BM&FBOVESPA, tiene un socio controlador. Por otro lado, la compañía reportó ante la CVM tener un capital completamente disperso. ¿Cuál era entonces la composición real del capital social de la empresa? El perjuicio que esta incerteza causa a los socios minoritarios se manifestó explícitamente cuando dos de ellos, cuyas participaciones combinadas sumaban el 5,08% del capital social, preocupados por el alto nivel de endeudamiento de la compañía y al por separado y dos minoritarios. Luego, nos de compañero

<sup>115</sup> Ídem #108.

<sup>116</sup> Ídem #34.

<sup>117</sup> Nótese el énfasis que se da a la permanencia de la mayoría con la que debe contar el socio controlador para ser considerado como tal, en contraposición a la definición de “poder de control” que ofrece el **CdAF**, mucho más abierta.

<sup>118</sup> Capital abierto. (sitio en Internet de la revista). “Dono escondido”, *Capital Aberto*, Sección “Reportagens”. Año 10, Número 109. Septiembre, 2012.

<sup>119</sup> Para entender a fondo el caso, es necesario detenerse a analizar la intrincada estructura multi-nivel del capital social de la empresa, ejercicio presentado en el artículo de marras, con base en el cual se ha preparado la síntesis aquí ofrecida.

<sup>120</sup> Para un perfil de la empresa y sus reportes financieros, se puede consultar la sección de compañías que cotizan el sitio de *bm&fbovespa*: <http://www.bmfbovespa.com.br/Cias-Listadas/Empresas-Listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=20613&idioma=en-US>

miembro que los representase. Sin embargo, no lograron elegir al miembro quamparo de la disposición legal que permite a los minoritarios elegir un asesor fiscal mediante voto separado cuando por lo menos el diez por ciento (10%) del capital votante esté en circulación, solicitaron proceder conforme para que se nombrara a un miembro que los representase. Sin embargo, no lograron elegirlo, pues fueron superados por el resto de los socios con derecho de voto presentes, representantes del 50,71% del capital social. El acta de Asamblea consignó que, sin la presencia del controlador, todos los accionistas de compañía eran considerados minoritarios. Mediante una estructura que se desdoblaba en una plétora de participaciones directas e indirectas, dos personas físicas, a través de dos fondos bajo su control y un tercer fondo con participación tanto en uno de estos fondos como directamente en la sociedad, sumaban juntas el 31,08% del capital social, suficiente para asegurarse mayoría prácticamente permanente en las Asambleas, cuyos quórumos eran bajos. A raíz de este episodio, uno de los accionistas vencidos en esta Asamblea solicitó a la empresa que los fondos detentadores de las dos mayores participaciones (Rio Verde Consultoria e Participações, S.A. y Thema Participações Ltda.) asumieran la posición de socio controlador, misma que fue desestimada por el desatino de intentar ligar a las personas físicas vinculadas, quienes además ostentaban las posiciones de Presidente y Vice-Presidente de la compañía. Las dificultades saltan a la vista: La alianza coyuntural -producto de otras relaciones comerciales o societarias, usual sobretodo

cuando se trata de fondos de inversión- o formal -mediante acuerdos privados de accionistas- de socios con participaciones directas e indirectas en la firma, menores cuando se consideran independientemente pero relevantes en su conjunto, favorece la formación de bloques de control que, con menor o mayor apertura, funcionan como controladores de facto. Luego, es natural que los socios verdaderamente minoritarios, perdiendo su fuero de protección especial, solicitaran el reconocimiento formal de los socios controladores.

Paradójicamente, una de las grandes metas regulatorias en el mercado de capitales brasileño, como lo es acabar con la hegemonía de los grandes bloques controladores y fomentar la dispersión, toda vez que poco a poco se va materializando, impone ahora el reto aún mayor de identificar posibles “dueños escondidos” y evitar que se relativice la posición de los socios minoritarios.

El *Novo Mercado* recoge algunos principios y mecanismos de gobernanza corporativa clave que le permiten mantenerse reactivo a los cambios del mercado y de las necesidades de inversionistas y compañías. Prenda de su éxito, es el haber levantado al mercado de capitales brasileño de su letárgico estado y encauzado su dinamización, inspirando a otros mercados emergentes con gran potencial a implementar iniciativas similares, cual es el caso del *Maharlika* de la Bolsa de las Filipinas (PSE), que sin embargo no logró superar la oposición de los grupos hegemónicos.<sup>121</sup> En 2007, Brasil era ya el quinto mercado de OPIs más grande del

<sup>121</sup> capital abierto. (sitio en Internet de la revista). “Bolsa das Filipinas suspende projeto de ‘Novo Mercado’”, *Capital Aberto*, Sección “Notas Internacionais”. Año 9, Número 107. Julio, 2012.

mundo, siendo el responsable del 85% de las emisiones en Latinoamérica a esa fecha.<sup>122</sup> En el mismo período, sólo los Estados Unidos y China reportaron un mayor número de OPIs. En octubre de 2007, La OPI de Bovespa Holding, S.A. -dueña de la Bolsa de Valores de São Paulo-, alcanzó en su primer día una capitalización de mercado de US\$ 13.90 miles de millones, superando a Dubái como plaza emergente más valiosa. Dicha OPI logró levantar US\$ 3.7 miles de millones, la mayor en Latinoamérica y la quinta más grande del mundo ese año.<sup>123</sup> Ciertamente, la estadística es elocuente al retratar un hito en el mercado de capitales brasileño. Sin embargo, el profundo cambio en la cultura de inversión **que lo hizo posible excede** la mera descripción numérica.

El *Novo Mercado* no sólo logró neutralizar el *Problema de Olson* profundamente enraizado en la realidad económica brasileña, sino que además, mediante una propuesta privada, de adhesión voluntaria e independiente de la institucionalidad y el andamiaje legal del país -que tantas veces había probado ser insuficiente para dar soporte a una reforma del mercado-, logró por primera vez alinear en alguna medida los intereses de los inversionistas minoritarios y los de los grandes bloques controladores y directores, convergiendo en el reconocimiento de la necesidad de mejores mecanismos de gobernanza corporativa. Así, se abriría paso a la autorregulación voluntaria como mecanismo flexible y eficiente para lograr las

reformas que exigía la cambiante realidad del mercado, derrotero por el cual habría de discurrir más recientemente la propuesta del CAF y su CdAF.

### **III. El camino hacia la autorregulación en los mercados de capitales emergentes**

Desde la implementación y consolidación del *Novo Mercado*, BM&FBOVESPA, lejos de descansar en los laureles cosechados al convencer a sus constituyentes de adoptar mejores mecanismos de protección al inversionista y convertir a Brasil en uno de los mayores mercados de capitales emergentes, ha continuado sus esfuerzos por implementar nuevos niveles diferenciados de gobernanza corporativa, especialmente concentrados en regular las ofertas públicas de adquisición y las operaciones de reorganización societaria.

EIZIRIK<sup>124</sup> ha notado que, a pesar de la sofisticación progresiva del mercado, la legislación aplicable y aun las reglas del *Novo Mercado* -en el caso de las compañías adherentes- han resultado insuficientes para fiscalizar los cambios de control al seno de las firmas. Según el gestor del CAF,<sup>125</sup> un análisis del comportamiento del mercado llevó a concluir que en Brasil era necesario implementar un órgano de autorregulación similar al *Takeover Panel* británico para evaluar eficazmente estos cambios.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Ídem #99.

<sup>123</sup> *Op. Cit.* #82, página 5.

<sup>124</sup> Ídem #8.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> terra (economía). (Sitio de noticias en Internet). Nota: “Com inspiração inglesa, comitê regular novas fusões no País.” Disponible en: <http://economia.terra.com.br/com-inspiracao-inglesa-comite-regulara-novas-fusoes-no-pais,d508049667f2d310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html> [Fecha de consulta: 15/04/14, 08:40]

El artículo publicado por Nova Bolsa con ocasión del lanzamiento del CAF bajo el título “CAF: Un paso largo para fortalecer a los minoritarios”<sup>127</sup>, da sustento a la tesis acá esgrimida, cual es que esta iniciativa no sólo se alimenta del éxito del *Novo Mercado*, sino que es, en alguna medida, una continuación de éste en el marco de un esfuerzo integral por crear mecanismos de gobernanza corporativa que, además de disminuir el riesgo de conflicto de interés al seno de este tipo de operaciones y mejorar la protección al minoritario, responda a una estrategia de largo plazo para fortalecer el mercado de capitales.

Reza dicha nota:

*“El Novo Mercado mostró al mundo (y a los protagonistas brasileños) que la transparencia, la gobernanza corporativa, las prácticas equitativas y el respeto a los accionistas minoritarios funcionan: la credibilidad, afirmada o reforzada, valoriza las acciones de la compañía y permite captar recursos del mercado con mayor facilidad.”*<sup>128</sup>

Ciertamente, la bonanza y proliferación de OPIs que siguieron al *Novo Mercado* favorecieron la expansión del mercado, pero al mismo tiempo se cernió la duda respecto del tratamiento equitativo a los accionistas al seno de algunas de esas operaciones. La insuficiencia del marco legal aunado a un

sistema judicial poco especializado dieron pie a conflictos con oportunistas que supieron explotar estas ineficiencias.<sup>129</sup> Con este reto en mente, el CAF se gestó siguiendo el camino de autorregulación voluntaria trazado por *Takeover Panel* británico, procurando garantizar el justo trato de todos los accionistas ante una OPA u operación de reorganización societaria, dando recurso a los inversionistas minoritarios cuando intervinieren partes relacionadas o se materializara algún riesgo de conflicto de interés.

En palabras de EIZIRIK:

*“ (...) es necesario ir un poco más allá de la ley, aunque ésta sea completa y sistemática. Es preciso establecer principios más éticos además de propiamente legales, principios más flexibles, que puedan ser elaborados por el propio mercado, adaptados y modificados a medida que las operaciones y el contexto aumenten en sofisticación.”*<sup>130</sup>

En este sentido, debe recordarse que el CAF y su norma rectora, el CdAF, son el resultado de un largo proceso que involucró a los representantes de los constituyentes más influyentes del mercado: AMEC, ANBIMA, BM&F BOVESPA y el IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa o Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa). La gran ausente

127 j. r. nassar. “CAF: Um longo passo para fortalecer os minoritários.”, *Revista da Nova Bolsa*. BM&F BOVESPA. Nº16/2012, 2012. Página 18.

128 *Ibidem*, página 19.

129 anbima. (Sitio en Internet de ANBIMA). Presentación del CAF, filmina 2. disponible en: [http://www.anbima.com.br/eventos/arqs/eventos\\_antecedentes/02\\_Apresentacao\\_CAF.pdf](http://www.anbima.com.br/eventos/arqs/eventos_antecedentes/02_Apresentacao_CAF.pdf) [Fecha de consulta: 20/04/14, 09:00]

130 espaço jurídico. bm&fbovespa. “Análises de mudanças de controle devem ter por base diretrizes.”, *Espaço Jurídico*. BM&F BOVESPA. Entrevista realizada por Andréa Férez a Nelson Eizirik el 28/06/2010. Hipervínculo original: <http://www.bovespasupervisaomercado.com.br/100701Nota.asp> Texto completo disponible en: [http://patysibin.blogspot.com/2010\\_06\\_01\\_archive.html](http://patysibin.blogspot.com/2010_06_01_archive.html) [Fecha de consulta: 22/04/14, 08:00]

fue ABRASCA, que participó ampliamente de las discusiones, discrepando respecto de varios puntos -particularmente del método de fijación del precio de las acciones ante una OPA con base en el mayor valor de mercado de los últimos doce meses<sup>131</sup>-, y que en una declaración oficial dio su apoyo al CAF aunque decidió no ser parte de su convenio de constitución.<sup>132</sup> A pesar de la reticencia manifestada por ABRASCA, que quizá podría interpretarse como un dejo del “viejo Brasil” y una manifestación de fuerza de los grupos hegemónicos, no hizo este disenso mella en el consenso alcanzado por estas entidades bajo la coordinación de EIZIRIK, quien rescata que, de atender el requerimiento de ABRASCA de recurrir al valor económico de las acciones para su valuación, se ignoraría de forma crasa uno de los principios rectores del órgano, cual es el tratamiento igualitario de todos los accionistas.<sup>133</sup>

Luego, a la luz de la dinámica discusión que le dio origen y forma, es necesario entender con alguna precisión **cómo** operará este órgano, cuáles son sus funciones y cómo las ejercerá.

### **3.1 Origen histórico: el modelo británico de autorregulación de las adquisiciones y fusiones**

Como se ha comentado ya, el CAF encuentra su inspiración y raigambre en el *Takeover Panel* británico, modelo prototípico

de la autorregulación voluntaria en materia de fusiones y adquisiciones. Igualmente, el CdAF discurre en las líneas del *City Code on Takeovers and Mergers*, estableciendo al efecto una serie de reglas y principios que buscan el tratamiento equitativo de los accionistas al seno de operaciones de cambio de control y reorganización societaria.

Resulta interesante que se siguiera la senda de la autorregulación voluntaria -modelo desarrollado en el Reino Unido y replicado en Australia y Nueva Zelanda-, en vez de decantarse por dar -acorde con el marco institucional y legal pre-existente en Brasil- un papel protagónico a reguladores y tribunales, particularmente tomando en cuenta la influencia de la regulación federal estadounidense de los años treinta sobre los legisladores brasileños en el planteamiento del sistema de supervisión del mercado local con la CVM a imagen del SEC como centro.

Para EIZIRIK, este es un modelo idóneo, por cuanto, al igual que el *Novo Mercado*, es una solución “nacida del mercado para el mercado”, caracterizada por su flexibilidad y velocidad de respuesta. Según él, la autorregulación voluntaria funciona en este caso pues además de la libre adhesión, admite la posibilidad de elevar el conocimiento de casos específicos<sup>134</sup>. La voluntariedad abona a una estrategia regulatoria que no vulnera el *status quo* de los grupos hegemónicos.

131 abrasca. (Sitio en Internet). “Abrasca diverge sobre ponto do Comitê de Aquisições e Fusões.” Disponible en: [http://www.abrasca.org.br/noticias/PDF/DCI\\_0407.pdf](http://www.abrasca.org.br/noticias/PDF/DCI_0407.pdf) [Fecha de consulta: 04/07/12, 09:30]

132 Para entender a profundidad la posición de ABRASCA y las razones detrás de su oposición y decisión, en última instancia, de no formar parte del CAF, vale la pena leer el riquísimo intercambio que sobre el tema tuvieron Walter Mendes, entonces Vice-Presidente de ABRASCA, y Nelson Eizirik, al seno de un círculo de debates promovido por la revista *Capital Aberto*. *Vid.* capital aberto. (sitio en Internet de la revista). “Próximo patamar”, *Capital Aberto*, Sección “*Cobertura Especial*”. Año 10, Número 109. Septiembre, 2012.

133 capital aberto. (sitio en Internet de la revista). “Selo da paz?”, *Capital Aberto*, Sección “*Capa*”. Año 9, Número 108. Agosto, 2012.

134 *Capital Aberto*. (sitio en Internet de la revista). “Próximo patamar”, *Capital Aberto*, Sección “*Cobertura Especial*”. Año 10, Número 109. Septiembre, 2012.

Pero, ¿en qué consiste la autorregulación voluntaria en materia de fusiones y adquisiciones? ¿Cuáles son las características más notables del pionero modelo británico? Éste se gestó en una coyuntura histórica en la que convergieron los intereses de banqueros e inversionistas institucionales, y se fraguó al fuego de feroces batallas sobre las oportunidades de “arbitraje de activos” que surgieron con la re-activación económica que siguió a la Segunda Guerra Mundial.

Como lo señalan ARMOUR y SKEEL<sup>135</sup> en un artículo que es referente obligatorio en materia de regulación de adquisiciones hostiles, a menudo se habla indistintamente de un “sistema anglo-americano” de gobernanza corporativa, si bien existen considerables diferencias respecto de la forma en que cada uno ofrece la protección al inversionista. El sistema británico se opone al uso de tácticas defensivas por parte de los directores de la compañía-objetivo ante la perspectiva de una adquisición y se enfoca en la protección a los inversionistas mediante normas que imponen un tratamiento equitativo a los que acepten la operación, además de imponer una OPA ante la adquisición de una participación relevante; en el modelo estadounidense, en cambio, los inversionistas tienen poca influencia en tanto que los directores tienen amplio margen de maniobra, además de permitir al potencial adquirente apropiarse de cualquier porcentaje del capital de la compañía-objetivo sin la obligación de cursar una OPA sobre el remanente.

Para entender el surgimiento y desarrollo de la autorregulación voluntaria de las

adquisiciones en el Reino Unido, debe contextualizarse la primera oleada de estas operaciones en un marco de frenesí económico de post-guerra en el que proliferaron oportunidades de negocio con un amplio margen de arbitraje que empresarios audaces supieron explotar, para descontento del mercado local. El caso más ilustrativo es el de “*The J. Sears Offer*” (1953), citado por ARMOUR y SKEEL<sup>136</sup>. J. Sears era un detallista de calzado con un nutrido portafolio inmobiliario en el centro de Londres que, producto de la inflación, se encontraba considerablemente subvaluado en libros. Siendo que el método de valuación de participaciones utilizado por los inversionistas se basaba en el rendimiento de dividendos, esto no se reflejaba en el precio de sus acciones. Identificando este desfase, Charles Clore cursó directamente una oferta a los accionistas sin participar a Sears, cuyo Consejo de Administración, sorprendido con la guardia baja, prometió incrementar los dividendos y re-valorar sus activos fijos para reflejar su valor real. Muchos accionistas aceptaron la oferta de Clore, desatando la indignación de la empresa y en general, del sector empresarial londinense. Al caso Sears siguió el de Savoy Hotel Ltd. y, el más notorio y controversial de todos, el de British Aluminium Ltd..<sup>137</sup>

En 1958, British Aluminium Ltd. fue abordada por dos grupos competidores, TI-Reynolds y Alcoa, de lo que la Junta Directiva no dio parte a los accionistas, tomando la decisión de declinar la propuesta TI-Reynolds y negociar con Alcoa, emitiendo al efecto acciones equivalentes a un tercio del capital de la

135 Ídem #5, Página 1727.

136 *Ibidem*, páginas 1756-1757.

137 *Ibidem*, páginas 1757-1758.

compañía. Desdeñado, TI-Reynolds decidió llevar su oferta a los accionistas, forzando a British Aluminium a revelar su trato con Alcoa. A pesar de los intentos de la Junta por retener a sus accionistas mediante una serie de incentivos, un número considerable de ellos vendió sus participaciones a TI-Reynolds.<sup>138</sup>

El caso de British Aluminium Ltd. hizo bullir el malestar que venía acumulándose en el mercado ante esta escalada de adquisiciones hostiles, exigiéndose mayor regulación. En 1959, el Gobernador del Banco de Inglaterra convocó en privado a un comité constituido por representantes de la banca comercial y de inversión, los inversionistas institucionales y la Bolsa de Valores de Londres, con el fin de analizar la situación y generar un marco para fiscalizar las ofertas de adquisición, apremiados por el temor de que el asunto fuera sometido a control legislativo. Ese mismo año, publicaron las “*Notes on Amalgamation of British Businesses*” (o Notas sobre la Amalgamación de Empresas Británicas, en español), recogiendo por primera vez algunos principios básicos de gobernanza, como el de primacía del accionista y el de neutralidad del Consejo de Administración. A pesar de la buena acogida, su influencia fue más bien limitada dada su falta de carácter vinculante. Eludidas abiertamente en transacciones posteriores, se sugirió que la única forma de redimir las *Notas* y con ellas, la regulación de las adquisiciones, era crear un órgano con poder de aplicarlas en la fiscalización del mercado.<sup>139</sup>

Con estos retos en mente, en la primavera de 1968 se presentó un nuevo

conjunto de reglas, el “*Takeover Code*”, constituido por diez principios generales acompañados por treinta y cinco reglas específicas que trataban los problemas manifestados en las transacciones que siguieron a la implementación de las *Notas*, complementando el principio cardinal de primacía del accionista con la prohibición general de acciones tendientes a frustrar o inducir adquisiciones sin el consentimiento de los accionistas.<sup>140</sup>

Como parte del mismo esfuerzo, simultáneamente se estableció el “*City Panel on Takeovers and Mergers*” (Panel de la Ciudad sobre Adquisiciones y Fusiones), bajo la premisa de que una enfoque proactivo era preferible a una respuesta judicial *ex post*. Abrumado por el volumen de casos y descalificado por algunas respuestas tildadas de decepcionantes -comprensible, en alguna medida, con vista en su falta de profesionalidad y falta de poder sancionador-, el *Panel* se vio contra la palestra. Sin embargo, tres cambios relevantes, implementados con rapidez, permitieron superar este escollo: la falta de profesionalidad del Panel fue resuelta con el nombramiento de un cuerpo ejecutivo a tiempo completo, constituido por miembros relevantes de la comunidad. Para combatir la ausencia de un andamiaje procesal, se dio especial atención a la protección al debido proceso en los procedimientos y se creó un Comité de Apelación. Finalmente, para solventar la mayor carencia del Panel, cual era la falta de poder sancionatorio, hábilmente se lo otorgaron de manera mediata a través de la Bolsa y la Cámara de Comercio -que sí tenían poder disciplinario

138 *Ibidem*, página 1758.

139 *Ibidem*, páginas 1758-1760.

140 *Ibidem*, página 1760.

sobre sus miembros-, armándola así con una serie de sanciones que iban desde la censura pública a través de las Cámaras hasta la prohibición de cotizar en Bolsa.<sup>141</sup>

En retrospectiva, da la impresión de que la autorregulación de las operaciones de adquisición nace en el Reino Unido producto de la preocupación de gran parte del sector empresarial y financiero londinense respecto de las agresivas estrategias de adquisición utilizadas en el mercado local. Sin embargo, como bien lo sugieren ARMOUR y SKEEL<sup>142</sup>, más que puramente voluntario, podría describirse como un régimen de autorregulación forzosa, reforzado negativamente por la perenne amenaza de intervención por parte del gobierno. Más que la aspiración de una regulación profesional y especializada, los principales constituyentes del mercado no deseaban que el control de un fenómeno con potenciales repercusiones colaterales en virtud de sus vínculos directos e indirectos con las compañías involucradas saliera de sus manos.

En los Estados Unidos el federalismo y la dispersión geográfica de la actividad económica generaban poco interés o incluso espacio para la coordinación entre los constituyentes del mercado, mientras las lecciones de la crisis del '29 crearon un ambiente que buscaba eliminar cualquier atisbo de colusión entre ellos, dando nacimiento a un sistema basado en el control de los reguladores y los tribunales. En el Reino Unido, en cambio, el mercado se concentra en "*The City*", una milla cuadrada

141 *Ibidem*, páginas 1760-1762.

142 *Ibidem*, página 1764.

143 *Ibidem*, páginas 1769-1770.

144 *Ibidem*, página 1770.

145 *Ibidem*, página 1771.

en la que concurren todos sus constituyentes. En ella, banqueros, corredores de Bolsa, las cámaras y directores de empresa interactúan de forma cercana y bajo la fiscalización de sus pares, lo que en principio los compele a comportarse de forma ética según los usos y estándares del mercado, además de coordinar entre ellos para impulsar intereses comunes.

La diferencia es también notable en cuanto al perfil de los inversionistas. Mientras en Estados Unidos hay una gran presencia de inversionistas individuales, en el Reino Unido los inversionistas institucionales han jugado un papel primordial. Fondos de pensiones, aseguradoras y mutuales tienen participaciones significativas en muchas compañías, producto por un lado de la alta tributación marginal al ingreso por inversión de los individuos, a la vez que por los beneficios otorgados a los esquemas de inversión colectiva.<sup>143</sup> A pesar de servirse del mejor manejo de cada una de las compañías en las que tienen participación, éstos han preferido una posición pasiva con una estrategia de salida clara, quizá en parte porque sus participaciones en cada empresa son relativamente pequeñas y la coordinación, costosa.<sup>144</sup> Sin embargo, su influencia sí se ha manifestado a mayor escala en materia regulatoria, particularmente en la "*formación de normas formales e informales que gobiernan la operación de la empresa corporativa*"<sup>145</sup>, que van desde la prohibición de acciones sin derecho de voto hasta la obligación de tomar el parecer de los accionistas en relación con transacciones

relevantes, de lo cual el "*Takeover Code*" es quizá el mejor ejemplo.<sup>146</sup>

Esta coordinación es posible merced no sólo de intereses comunes a los inversionistas institucionales, sino sobretudo por la interacción cercana y repetida entre éstos y otros jugadores, amén de la función de vínculo que tradicionalmente ha servido el Banco de Inglaterra entre el gobierno y los participantes del mercado. Tan peculiares condiciones gestaron un ambiente en el que esta interacción favorece la supervisión entre pares y en el que la buena reputación es esencial. La voluntad de someterse a reglas y mejores prácticas propuestas por la comunidad, aunada a la fuerza coercitiva que ejerce el propio mercado, son el terreno fértil para el surgimiento de un sistema de autorregulación voluntaria de las operaciones de cambio de control, que en el Reino Unido se materializó con la implementación del "*Panel on Takeovers and Mergers*" y del "*City Code on Takeovers and Mergers*".

### 3.2 Implementación institucional: El *Panel on Takeovers and Mergers*<sup>147</sup>

El "*Panel on Takeovers and Mergers*" (o Panel sobre Adquisiciones y Fusiones, en español) es un órgano independiente establecido en 1968 como respuesta de los constituyentes del mercado local a la oleada

de adquisiciones hostiles que azoló luego de la post-guerra, con el fin de administrar "*The City Code on Takeovers and Mergers*" (o El Código de la Ciudad sobre Adquisiciones y Fusiones, en español). Su función principal, además de aplicar, interpretar y actualizar el CdAF, consiste en supervisar las operaciones de fusión, adquisición y otras que tengan lugar de conformidad con dicho Código.<sup>148</sup>

A pesar de su naturaleza originalmente "autorregulatoria", producto de la implementación de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición, se le designó como autoridad supervisora encargada de ciertas tareas de regulación, funciones que fueron incluidas en el Capítulo 1 de la Parte 28 del "*Companies Act (2006)*" (o Ley de Sociedades, en español), con lo que podría afirmarse que esta condición se ha relativizado.

Así, por ejemplo, la Sub-sección 943 de la Sección 1 de dicho Capítulo<sup>149</sup>, obliga al Panel a crear reglas que den efecto a los artículos 3.1, 4.2, 5, 6.1 a 6.3, 7 a 9 y 13 de dicha Directiva, mismas que van desde el reconocimiento de los principios generales recogidos en ésta (artículo 3.1) hasta la instauración de la protección a los accionistas minoritarios, de la obligatoriedad de cursar una oferta y de pagar un precio equitativo en determinadas condiciones (artículo 5).<sup>150</sup>

146 Ídem.

147 Los datos presentados en esta sub-sección emanan del sitio oficial del "*Takeover Panel*", que incluye información sobre su naturaleza, organización y actualizaciones, entre otros temas de interés, recomendándose su consulta. *Vid.* takeover panel (Sitio en Internet del Takeover Panel). Disponible en: <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/> [Fecha de consulta: 04/07/12, 09:45]

148 the city takeover code on takeovers and mergers. A1. Introducción. 1. Resumen. Décima Edición, 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf>

149 **Sub-sección 1, Sección 943; Capítulo 1, Parte 28**, Companies Act (2006). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>

150 Valga notar que muchos de los principios generales y reglas recogidas por esta Directiva encuentran inspiración y raigambre en los institutos del *Takeover Code*.

Como reseñan FERRARINI y MILLER<sup>151</sup> en relación con la implementación de la Directiva en los Estados Miembros, su redacción era lo suficientemente amplia para que el *Takeover Panel* y el *City Code* continuaran funcionando como lo habían venido haciendo. De conformidad con su artículo 21.1<sup>152</sup>, la Directiva debía ser transpuesta por cada Estado Miembro mediante regulación pública, sin perjuicio de ser complementada por códigos privados. En el mismo sentido, aunque el lenguaje del artículo 4.1<sup>153</sup> supra-citado permitía a los Estados Miembros designar “a la autoridad o autoridades competentes para la supervisión de las ofertas que se rijan por las normas adoptadas o introducidas en virtud de la presente Directiva”, también exigía que ésta debía ser “bien autoridades públicas o bien asociaciones u organismos privados reconocidos por la legislación nacional o por las autoridades públicas expresamente facultadas a tal fin por la legislación nacional.” Luego, si bien el *Takeover Panel* calificaría como asociación u organismo privado, era además necesario que fuera reconocido por la “legislación nacional”, con lo cual el Parlamento utilizó la “*Companies Act* (2006)” como plataforma para darle apuntalamiento estatutario.

A pesar de la matización de la naturaleza autorregulatoria del régimen, a partir de esta inclusión en la Ley de Sociedades británica,

el Panel pasó a ser un órgano estatutario, y como tal, fue investido con facultades disciplinaria y de ejecución de sus propias resoluciones, abonando a su independencia y eficacia. Valga notar que aun con estas facultades, el Panel no pretende emitir juicio sobre la conveniencia o no de una determinada operación y no busca impedir o favorecer su conclusión.<sup>154</sup>

### 3.3 Implementación normativa: El *City Code on Takeovers and Mergers*

“*The City Code on Takeovers and Mergers*” (o El Código de la Ciudad sobre Adquisiciones y Fusiones, en español) surge en 1968, urdiendo sus raíces en las *Notas* que emitieran los constituyentes de “*The City*” para regular las adquisiciones hostiles que estaban teniendo lugar. Se trata de un cuerpo normativo en constante evolución que refleja no sólo los retos que se presentan al seno de operaciones de fusión y adquisición, sino también la opinión de expertos y miembros de las diferentes facciones constituyentes del mercado respecto de los estándares de negocio, buenas prácticas y principios que deben guiar el curso de estas operaciones. A partir de la implementación de la Directiva 2004/25/CE a través de la “*Companies Act* (2006)” el Código cuenta con una base estatutaria.

Compuesto por un conjunto de seis principios generales -a guisa de estándares

151 *Op. Cit.* #7, página 37. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1497083>

152 **Artículo 21.1.** Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición, *DOUE* L 142 del 30 de abril 2004, páginas 22-23. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:ES:PDF>

153 **Artículo 4.1.** Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición, *DOUE* L 142 del 30 de abril 2004, página 16. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:ES:PDF>

154 *the city takeover code on takeovers and mergers*. A1. Introducción. 1. El Código. a) Naturaleza y propósito del Código. Décima Edición, 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf>

de comportamiento general- y reglas específicas,<sup>155</sup> el Código busca primordialmente que los accionistas de una compañía-objetivo sean tratados justamente, que los tenedores de acciones de la misma clase y tipo reciban un trato igualitario por parte del oferente y que, en general, no se les prive a los accionistas de la oportunidad de decidir sobre la operación con vista en los méritos de la misma, ofreciendo así un marco regulatorio dentro del cual este tipo de operaciones deben conducirse.<sup>156</sup> Algunas de las reglas que recoge son la obligación de cursar una OPA cuando se adquiere al menos el treinta por ciento (30%) del capital social total de la compañía con base en el precio más alto pagado en los últimos doce meses, la prohibición de operaciones favorables para accionistas específicos, y el libre e igual acceso a la información por parte de los accionistas.

## 4. El modelo brasileño de autorregulación de los mercados capitales

La discusión en torno de la autorregulación voluntaria de las operaciones de concentración empresarial surgió en Brasil cuando, en el marco de creciente complejidad de las transacciones que siguieron a la reactivación del mercado local, se reportaron algunas situaciones de vulneración de los derechos de los accionistas. Atentos a este fenómeno, durante tres años BM&F BOVESPA, ANBIMA, AMEC, IBCG y

ABRASCA trabajaron bajo la guía de EIZIRIK para explorar y eventualmente desarrollar un modelo de regulación de las adquisiciones inspirado en la experiencia británica de autorregulación, esfuerzo que concluiría con la redacción del CdAF y el establecimiento del CAF como órgano llamado a aplicarlo.

Así, se implementó en Brasil un sistema de autorregulación voluntaria de las operaciones de fusión, adquisición y reorganización societaria fundado sobre algunos pilares básicos: a) adhesión voluntaria; b) conformación del Panel por miembros independientes y especializados; c) celeridad; d) Consenso de los constituyentes del mercado y preeminencia a los principios sobre las reglas; y, e) Presunción de regularidad, concedida por la CVM, a las decisiones del CAF.<sup>157</sup>

### 4.1 Implementación institucional: El *Comité de Aquisições e Fusões*

Se ha dicho ya que el CAF y el CdAF nacen en Brasil como respuesta a la repetida afectación de los derechos de los accionistas al seno de las transacciones de cambio de control y reorganización societaria que proliferaban entonces, dejando en evidencia la insuficiencia de las leyes y códigos privados aplicables. Como se indicara en una nota de Capital Aberto, mientras inversionistas, abogados y reguladores probaban los límites de interpretación de estas normas, no faltaba incluso quien invocara al efecto el “espíritu de la ley”.<sup>158</sup> Luego, en medio de esta incerteza, el CAF surgió como órgano llamado no sólo a

155 *the city takeover code on takeovers and mergers*. A1. Introducción. 1. El Código. b) Principios Generales y Reglas. Décima Edición, 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf>

156 Ídem #154.

157 Ídem #129.

158 Ídem #133.

aplicar la normativa existente, sino a dar vida a los principios y reglas propuestas por el CdAF para regular este tipo de operaciones.

Inspirado en el *Takeover Panel*, el CAF es un órgano de naturaleza privada y de adhesión voluntaria, conformado por representantes de los principales constituyentes del mercado y miembros independientes. La adhesión a sus normas funciona como garantía de que determinada operación no es meramente legal, sino también “moral”, un “sello de paz” con los inversionistas.<sup>159</sup>

Las compañías abiertas podrán adherirse plenamente al CAF o someter a su conocimiento una operación particular. En el primer caso, la Declaración de Adhesión deberá ser firmada por la compañía adherente y sus socios controladores, administradores, miembros del Consejo Fiscal y de los demás órganos creados por vía estatutaria. Además, deberá incluirse una cláusula en el pacto constitutivo obligando a la compañía y a sus accionistas a someterse al CAF.<sup>160</sup> En el segundo escenario, aun las compañías que no se adhieran al CAF pueden elevar una operación específica a conocimiento de este órgano. También deberán someterse a este control las entidades que sean parte de una reorganización societaria u OPA en la que tenga participación una compañía adherente.

La función principal del CAF consiste en aplicar y actualizar el CdAF, así como

resolver consultas y fiscalizar todas las OPAs y operaciones de incorporación, fusión y cisión que involucren compañías abiertas bajo los presupuestos previstos por ley y el CdAF<sup>161</sup>, mismas que pueden resumirse en: OPAs -incluidas tanto en la *Ley de Sociedades Anónimas* como en el CdAF-: a) por adquisición de participación relevante; b) estatutaria; c) por cambio de control; d) por adquisición de control; e) por aumento de participación; f) voluntaria; g) concurrente; h) por cancelación de registro. Reorganización societaria: a) incorporación; b) incorporación de acciones; c) fusión; d) cisión con incorporación.<sup>162</sup>

En cuanto a los principios fundamentales que aplica el CAF y que recoge el CdAF, reflejan la influencia que sobre éstos tiene el sistema británico: a) tratamiento igualitario de los accionistas tenedores de acciones de la misma clase, y equitativo respecto de los tenedores de acciones de otra clase o tipo; b) soberanía de la decisión de los accionistas; c) acceso y uniformidad de información que permita la toma de decisiones fundamentadas e independientes; d) disposición de suficiente tiempo para la toma de decisiones; e) manifestación expresa de la compañía de su entendimiento respecto de los efectos de determinada operación; f) prohibición de operaciones que creen condiciones artificiales para la negociación de operaciones o en el uso de información calificada; g) prohibición de operaciones

<sup>159</sup> Ídem.

<sup>160</sup> anbima. (Sitio en Internet de ANBIMA). Presentación del CAF (Carvalho e Eizirik Advogados), filmina 6. disponible en: [http://www.anbima.com.br/eventos/arqs/eventos\\_anteriores/workshop\\_materiais\\_avaliacao/nelson\\_eizirik.pdf](http://www.anbima.com.br/eventos/arqs/eventos_anteriores/workshop_materiais_avaliacao/nelson_eizirik.pdf) [Fecha de consulta: 20/04/14, 09:00]

<sup>161</sup> migalhas (Sitio en Internet de la revista). t. valladares souza frauches; f. figueiredo franco carmo. “O Comitê de Aquisições e Fusões – CAF.” *Revista Migalhas*, 23 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182975,91041-O+Comite+de+Aquisicoes+e+Fusoes+CAF> [Fecha de consulta: 20/04/14, 09:25]

<sup>162</sup> *Op. Cit. #129*, filmina 12.

que afecten injustificadamente a la empresa o a su operación, particularmente producto de la divulgación de ofertas u operaciones temerarias o especulativas. Otros de los principios observados son: h) celeridad y reducción de costos para las partes en los procedimientos; i) confidencialidad de la información; j) respeto a los principios de proceso de contradictorio y de defensa; k) imparcialidad de los miembros del CAF.<sup>163</sup>

Respecto de la interpretación y aplicación del CdAF por parte del CAF, éste tiene la potestad tanto para excepcionar la aplicación de alguna regla, como de adoptar medidas no expresamente recogidas en aquél. El CAF no juzgará sobre la conveniencia u oportunidad de determinada operación, ni instará o disuadirá de su ejecución, como tampoco se referirá a potenciales aspectos de competencia.

Además, está facultado para aplicar tres niveles de sanciones, que van desde la censura restringida (dirigida directamente a la parte penalizada y notificándole del incumplimiento de una disposición legal, reglamentaria o del Código); la censura pública (según la cual la sanción es divulgada en el sitio en Internet del CAF); y finalmente, la revocatoria del sello del CAF.<sup>164</sup> Por tratarse de un órgano privado, el CAF carece de fuerza ejecutoria para hacer valer sus decisiones o las penalidades que impusiere con ocasión de violación del CdAF -al igual que el *Takeover Panel* de previo a que se le otorgara sustento estatutario merced de la implementación

de la Directiva 2004/25/CE a través de la “*Companies Act (2006)*”, con excepción de las sanciones ya indicadas. No obstante, podrá dar parte de la situación a la CVM, que sí tiene autoridad para tomar las medidas legales necesarias.<sup>165</sup> Luego, la ejecución de las resoluciones del CAF dependerá de la extensión y solidez del convenio de colaboración entre ambos. La CVM aceptó otorgar presunción de regularidad a las OPAs y operaciones de reorganización societaria entre partes relacionadas aprobadas por el CAF, presuponiendo que la adhesión a este órgano implica la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, una especie de “*fast track*” para las operaciones que ostentaren el sello CAF.<sup>166</sup>

#### 4.2 Implementación normativa: El Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões

El *Código de Autorregulação de Aquisições e Fusões* (o Código de Autorregulación de Adquisiciones y Fusiones, en español) se encuentra profundamente influenciado por el *Takeover Code* británico no sólo en su esencia, sino también en su estructuración, contenido y alcance; propone un conjunto de principios y reglas que buscan garantizar el tratamiento igualitario de los accionistas tenedores de las acciones de la misma clase y equitativo de los tenedores de acciones de clases diferentes en operaciones de concentración societaria, incluyendo todas las modalidades de OPAs voluntarias y obligatorias y operaciones de reorganización societaria. Pretende, sobretudo, crear

<sup>163</sup> Ídem #160, filminas 9-11.

<sup>164</sup> *Op. Cit. #129*, filmina 16.

<sup>165</sup> Ídem #161.

<sup>166</sup> Ídem #133.

un fuero de protección especial para los accionistas minoritarios, asegurando que la decisión final respecto de determinada operación sea siempre de los accionistas y no de la administración.<sup>167</sup> Los principios que recoge y que rigen tanto este tipo de transacciones como el propio funcionamiento del CAF han sido señalados *supra*.

Estas reglas y principios se bifurcan en dos cuerpos que deben pautar, en el caso del Código de Conducta, la actuación de aquellos que estuvieren sometidos a la regulación del CAF en relación con una operación regulada; en el caso del Código de Procedimientos, el ejercicio del poder de fiscalización por parte del CAF. Mientras el Código de Conducta se enfoca en el tratamiento igualitario y equitativo de los accionistas, el Código de Procedimientos busca asegurar en cada procedimiento conducido por el CAF la confidencialidad, celeridad y reducción de costos para las partes.<sup>168</sup>

En abono a lo ya indicado, entre las innovaciones incorporadas por el CdAF, se cuentan la cota al uso indiscriminado de las “*poison pills*”, la regularización de las ya existentes<sup>169</sup> y la creación de una nueva OPA obligatoria por adquisición de participación accionaria relevante (Artículos 65-70 del CdAF).<sup>170</sup>

Pero, ¿cómo se armoniza el CdAF con la normativa existente? Este Código no substituye las disposiciones legales y reglamentarias

aplicables a las operaciones sobre las cuales el CVM tiene competencia -particularmente la Ley nº 6.404/76 y la Ley nº 6.385/76-, como tampoco la actuación del CAF suplanta la de la CVM en tales operaciones. El CdAF busca sobretodo crear principios y reglas adicionales con el fin de suplir eventuales lagunas en la disciplina de las operaciones de concentración empresarial.<sup>171</sup>

## 5. Conclusiones

Resulta difícil emanar conclusiones respecto de un proceso en marcha cuyos resultados, en gran medida, no se materializan aún. Sin embargo, vale la pena arrojar luz sobre algunos de sus elementos más relevantes.

### 5.1 ¿Desatar o cortar el “*Nudo Gordiano*” del “*Problema de Olson*” intrínseco al mercado de capitales brasileño?

Cuando Alejandro Magno se enfrentó al reto de desatar el nudo de Gordias - cuya solución auguraba la conquista de Asia-, blandiendo su espada lo cortó sin más, diciendo: “*tanto monta cortar como desatar*”.

Muchas veces, los intentos legislativos e institucionales por disciplinar los mercados replican esta tajante solución, sin tomar en cuenta su peculiar constitución. La resolución del nudo del mercado capitales brasileño requirió de la pericia y paciencia de la CVM y

167 Ídem #161.

168 código de autorregulação de aquisições e fusões. Introducción. 1- El Comité de Adquisiciones y Fusiones – CAF. Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

169 Ídem #133.

170 Ídem #1.

171 código de autorregulação de aquisições e fusões. Introducción. 2- El Código de Regulación de Adquisiciones y Fusiones – CAF. Disponible en: [http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo\\_CAF\\_Alterado\\_21012014.pdf](http://www.cafbrasil.org.br/downloads/novos/Codigo_CAF_Alterado_21012014.pdf)

sobretodo de la Bolsa, que progresivamente lo fue desatando, asegurándose de mantener la urdimbre y entender las características de los hilos que lo conforman.

En la Sección II de esta nota, y con base en la tesis de GILSON, HANSMANN y PARGENDLER que presenta al dualismo regulatorio como estrategia de desarrollo, se determinó que en el caso de Brasil, el *Problema de Olson*<sup>172</sup> era considerable y se encontraba profundamente arraigado en su economía.

A lo largo de su historia reciente, los bloques mayoritarios y directores de empresa han ejercido una posición hegemónica en un mercado de capitales más bien letárgico, integrado primordialmente por grandes compañías familiares y empresas estatales. Mientras las empresas abiertas se han caracterizado en general por un manejo de corte familiar y una concentración considerable no sólo del capital sino sobretodo del poder político dentro de la firma, en detrimento de los intereses de los accionistas minoritarios, el régimen de inversión en las grandes empresas del Estado fomentaba la participación del inversionista a través de productos que a penas otorgaban derechos económicos, sin otro vínculo. **Por sus características y el andamiaje legal e institucional que le daba soporte, el mercado de capitales se mantenía virtualmente cerrado, limitando su función de captación y colocación de recursos a los grandes participantes en**

un estrecho margen de operaciones. Estos grupos poco interés tenían en la mejora de la protección al inversionista minoritario, a quien habían reducido a la marginalidad y a quien percibían, en alguna medida, como un “mal necesario”.

Con la determinación del gobierno militar de estimular la economía, se lanzaría una plétora de programas y políticas para fomentar el cremiento económico a partir del desarrollo de los mercados capitales, con escasísimo éxito, vista en su conjunto. Ciertamente, algunas de estas medidas estimularon la actividad bursátil, aunque de manera artificial y por diseño, con efectos colaterales deletéreos para el mercado y sobretodo, para los inversionistas. Muchas consistían en incentivos fiscales a la inversión en productos “patrocinados” por el Estado que, en teoría, expandirían el mercado y llevarían a la progresiva apertura del capital de las compañías en el Brasil.<sup>173</sup> Se trataba sobretodo de títulos o productos que tenían como activos subyacentes acciones sin derecho de voto en empresas que cumplían con cierto fines y requerimientos impuestos por ley, generando no sólo el flujo de recursos hacia empresas “ganadoras” seleccionadas por el Estado, sino limitando aún más la posición de los minoritarios, así despojados de sus derechos políticos.

En el frente legislativo, se promulgaron varias leyes y decretos básicos como la Ley nº 6.404<sup>174</sup> del 15 de diciembre de 1976 y la Ley nº 6.385/76<sup>175</sup> del 07 de diciembre

172 Descrito en este artículo como la oposición de las élites económicas a políticas que fomenten el desarrollo económico y la distribución de la riqueza.

173 Ídem #29.

174 Ídem #34.

175 Ídem #51.

de 1976 que vino a regular el mercado de capitales, estableciendo instituciones trascendentales como el Banco Central, el Consejo Monetario Nacional y la CVM. Sin embargo, muchas de las normas, además de acusar falta de tecnicismo y adecuación a la realidad del mercado local, presentaban lagunas considerables y rápidamente resultaron insuficientes o letra muerta.

El mayor problema residió, quizá, en que los múltiples esfuerzos institucionales y legislativos no respondieron a una estrategia general bien definida, sino que se implementaron de manera asistemática, con base en impulsos coyunturales. Esta inconsistencia, además de generar oportunidades de arbitraje que abrieron espacio a la especulación, permitió a los bloques de control y directores mantener el capital de sus sociedades tan cerrado como desearan, gestando una cultura societaria enfrentada con la apertura de capital y adversa al pequeño inversionista, repercutiendo en última instancia en el costo del capital y en la consecuente contracción del mercado.

Con el cambio de siglo, y a pesar de la materialización de algunas oportunidades propicias para la reactivación del mercado de capitales, como lo fue el proceso de privatización de las grandes empresas estatales, el mercado se mostraba agónico, habiendo dejado de ser considerado como una opción de financiación para las empresas y una oportunidad de inversión para los ahorradores.

Una gran reforma legal era inviable: por un lado, los intentos anteriores habían tenido un efecto limitado, resolviendo problemas puntuales y generando en el camino un cúmulo de leyes y decretos de difícil aplicación; por

otro, una reforma que amenazara el *status quo* sería vehementemente adversada por los grupos hegemónicos. El resultado seguramente sería alguna solución legal superficial con corta fecha de expiración. Al margen quedarían los inversionistas minoritarios, que terminarían de perder su confianza en el mercado y sus reguladores.

La clave yacía en entender la constitución del mercado brasileño, el *Problema de Olson* a él intrínseco, y buscar una solución que preservara el *status quo* de los grupos dominantes a la vez que habilitara una alternativa que permitiera adoptar mejores prácticas y mecanismos de gobernanza corporativa sin causar un daño reputacional a quienes decidieran mantenerse al amparo del antiguo régimen.

Luego, la primera lección que se puede emanar para los mercados capitales emergentes -en los que el *Problema de Olson* es especialmente agudo-, es que la reforma debe ser observante de la dinámica del mercado, buscando soluciones que surjan del mercado mismo como una opción y no como una imposición legal, con lo cual aún los participantes más reticentes eventualmente convergerán, o cuando menos, no identificarán un riesgo en esta "reforma silenciosa".

### **5.2 La autorregulación voluntaria: un ejercicio de disciplina y confianza de y en el mercado.**

En este trabajo se han discutido los fenómenos del dualismo regulatorio y la autorregulación voluntaria en los mercados capitales, esta última en particular relación con las operaciones de cambio de control y reorganización societaria.

El dualismo regulatorio se ha entendido aquí como esencial para tratar el *Problema de Olson*, en tanto que estrategia que relaja la tensión entre el crecimiento futuro y la distribución actual del poder, permitiendo a la élite económica preservar su posición hegemónica sin menoscabo a su reputación, a la vez que habilitar un sistema alternativo no obligatorio más riguroso de protección al inversionista.

En Brasil, se introdujo con el lanzamiento del *Novo Mercado* como un segmento "premium" de cotización, una solución "de mercado" para acceder a capital a un menor costo a cambio de incorporar niveles más avanzados de gobernanza corporativa. Las cifras respaldan su éxito, aunque le tomara casi un lustro tomar tracción.

No obstante, esta convergencia general hacia mayores niveles de gobernanza corporativa no evitó que la proliferación y sofisticación de las transacciones diera lugar a la explotación de posiciones de arbitraje y la vulneración de los derechos de los accionistas minoritarios. ¿Por qué? Podría alegarse que, aunque el efecto positivo del *Novo Mercado* en gran medida transvasó de las compañías adherentes al resto del mercado, vino a corregir a penas algunos problemas esenciales. A pesar de haber fomentado la dispersión de capital y puesto cota a la retención de derechos políticos por parte de los bloques de control, cabe preguntarse si hubo algún cambio real en la alineación de intereses de los principales constituyentes del mercado.

En cuanto al modelo de autorregulación voluntaria de las operaciones de cambio de control y reorganización societaria que, inspirado en el *Takeover Panel* británico

viene a implementar el CAF, la duda se cierne más bien sobre la replicabilidad de aquél a la luz de las asimétricas condiciones entre ambos mercados, específicamente en cuanto a la capacidad de los constituyentes del mercado brasileño de ejercer presión y fiscalización sobre sus pares.

La autorregulación voluntaria es un ejercicio de disciplina y confianza de y en el mercado, lo que exige de antemano cierto nivel de cohesión entre sus miembros.

### **5.3 Algunas preguntas (aún sin responder).**

Se han planteado aquí algunas dudas respecto de la posibilidad de implementar en Brasil un sistema de autorregulación voluntaria que, como se ha sugerido, ha funcionado con éxito en mercados que acusan condiciones peculiares a primera vista ausentes en el caso brasileño.

Por la naturaleza de estas interrogantes y por el estado de implementación en que se encuentra el CAF, su revisión permite a penas un ejercicio especulativo que, sin embargo, resalta las potenciales debilidades y fortalezas de este sistema:

#### **¿Será viable la autorregulación en este mercado, dado el alineamiento actual de intereses de sus participantes?**

Como se ha indicado ya, el *Novo Mercado* abonó en gran medida, con la eliminación de las acciones preferentes sin derecho de voto, a la dispersión de capital y a desincentivar la concentración de derechos políticos en manos de los bloques controladores, pero no por esto disminuyó la hegemonía de éstos y de los directores de empresa, que

continuaron protegiendo su *status quo* e impulsando intereses propios, no siempre en alineación con los de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, si algo ha demostrado esta experiencia, es que tarde o temprano los constituyentes convergen en estos nuevos niveles de protección al inversionista por así demandarlo el mercado. Más allá del acceso a capital en mejores condiciones, el valor reputacional de este “sello”, que garantiza el cumplimiento de niveles mínimos de gobernanza corporativa -y por el contrario, el estigma de no tenerlo cuando otros lo han obtenido-, es el mayor aliciente para adherirse a niveles que imponen mayores compromisos.

Sin embargo, cabe preguntarse, como lo hizo Mendes<sup>176</sup> con ocasión de la oposición parcial de ciertos sectores a las reformas al *Novo Mercado*, si las compañías han perdido la voluntad de continuar por esta senda, lo que representaría un escollo para otros intentos de similar vocación, como el CAF. Esta observación, que puede circunscribirse al disenso respecto de ciertos puntos más o menos esenciales de la propuesta de reforma al *Novo Mercado*, en efecto sugiere una alineación particular entre ciertos actores, sin que por ello pueda afirmarse que la “voluntad del mercado” ha topado ya su capacidad de incorporar nuevos mecanismos de gobernanza corporativa.

***¿Cómo se “tropicalizará” el modelo británico -identificado como arquetípico por los gestores del CAF- para, al mismo tiempo, adecuarse a las necesidades del mercado brasileño y salvar potenciales incompatibilidades con las estructuras regulatorias e institucionales existentes?***

Recuérdese que el CdAF no viene a substituir las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a las operaciones sobre las cuales la CVM tiene competencia, como tampoco el CAF suplantarán a la CVM en lo que concierne a tales operaciones. A esto debe agregarse que el CdAF viene a ofrecer un marco de regulación específico a las operaciones de cambio de control y reorganización societaria, mientras que la CVM trabaja bajo un **ámbito** legal y regulatorio mucho más amplio. Esta voluntad de no ir a contrapelo de la normativa existente y de no inmiscuirse en las funciones propias de la CVM, aunque encomiable y necesaria, requiere de claridad para su correcta ejecución. Es necesario asegurarse de que el alcance del CAF y el CdAF estén bien delimitados, a fin de evitar traslapes con las estructuras regulatorias e institucionales pre-existentes.

Siendo que la CVM ejecutará las resoluciones y sanciones del CAF, existe ya un entendimiento previo entre ambos entes que, en gran medida, determinará el sino del segundo como órgano regulador. La CVM ha aceptado otorgar presunción de regularidad a las OPAs y operaciones de reorganización

176 Ídem #102.

societaria entre partes relacionadas aprobadas por el CAF, concesión que augura un alto grado de coordinación y entendimiento entre las partes. Sin embargo, es también clave que este acuerdo delimite el alcance de la CVM en la implementación de las resoluciones de la CVM, a riesgo de que mine la autoridad del CAF como autoridad reguladora dentro del mercado financiero.

***¿Afectará la voluntariedad de la adhesión al CAF su eficacia?***

Como en el caso del *Novo Mercado*, probablemente el escenario opuesto, es decir, la imposición de un sistema de regulación de las operaciones de cambio de control y reorganización societaria a los participantes del mercado, hubiera tenido un efecto adverso, despertando la oposición de los grupos hegemónicos, que habrían ejercido su influencia en el mercado y poder político para descarrillarla.

Por el contrario, la adhesión voluntaria tiene la virtud, a pesar de rendir resultados de manera progresiva, de permitir una convergencia natural hacia el sistema, al que normalmente se acogen primero aquellos que perciben un beneficio directo e inmediato de la adhesión hasta convertirse en un requerimiento impuesto no por disposición legal o institucional, sino por el propio mercado.

177 *Ibidem*.

***5.4 Quo vadis?***

Poco tiempo ha transcurrido desde el establecimiento del CAF, por lo que cualquier intento de juzgar sobre su éxito es prematuro. Sin embargo, a modo de conclusión, vale la pena analizar el vaticinio de Nelson Eizirik, gestor del CAF, para quien el proceso comenzará lento con operaciones concretas, pero será progresivo y exitoso. Curiosamente, para él, la resistencia inicial, probablemente vendrá de las empresas hoy adheridas al *Novo Mercado*:

*“Mi impresión es que, al comienzo, las adhesiones al CAF serán ad hoc, principalmente en operaciones que involucren a partes relacionadas. Será una forma de hacerlas de forma más rápida, barata y previsible. También imagino que tendremos la adhesión de empresas nuevas. Creo que las empresas del Novo Mercado, hoy, pueden ser hasta un bloque de resistencia. Muchas de ellas tienen grupos de control minoritarios encastillados por poison pills, porque las OPAs con poison pills establecen precios prohibitivos, imposible de practicarse. Y es difícil desarmar la poison pill. Para tener el sello CAF, la empresa tendrá que despojarse de las poison pills, cambiar el estatuto.”<sup>177</sup>*

# TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS VINCULADOS CON LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

*M.P.A Jennifer Isabel Arroyo Chacón*

## **Resumen**

Este documento pretende dar a conocer los delitos vinculados con la función pública que posee el ordenamiento jurídico costarricense y que procura sancionar las conductas lesivas al interés público. Para alcanzar dicho objetivo se enlistan los principales instrumentos que regulan esta materia tanto a nivel internacional como lo son: Convención Interamericana contra la corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; así como a nivel nacional, que son: el Código Penal Código Penal, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Posteriormente se describen los aspectos más relevantes de cada tipo penal contenido en estas leyes. Finalmente se sintetizan los aspectos esenciales de delito para destacar la necesidad de conocer, aplicar y mejorar esta tipología a fin de proteger los fines públicos.

## **Palabras clave**

Delitos funcionales, delitos contra la administración pública, delitos contra la función pública, lucha contra la corrupción.

## **Abstract**

This paper pretends to play up the crimes related to the public service that owns the Costa Rican legal system and tries to penalize conduct prejudicial to the public interest. This document explains the main instruments governing this area at an international level like as: Inter-American Convention against Corruption, the UN Convention against Transnational Organized Crime and the UN Convention against Corruption; and the national laws like Penal Code, Law against of Corruption and Illicit Enrichment in Public Administration and Law of Financial Management and Budgets Publics. Subsequently the most relevant facets of each offense contained in these laws are drawn. Finally, the essential facts of each offense are synthesized to conclude on the importance of knowing, implement and improve this character in a guild to protect the public purposes.

## **Key words**

Functional crimes, crimes against public administration, crimes against public administration, the battle against corruption.

## SUMARIO

### Introducción

#### I. Marco conceptual

1. Concepto de Funcionario Público
2. El Deber de probidad
3. Concepto de Delito
4. Diferencia entre dolo y culpa
5. La responsabilidad en los delitos funcionales
6. Principales instrumentos jurídicos que regulan los delitos funcionales
  - 6.1 Normas Internacionales
    - a. Convención Interamericana contra la corrupción
    - b. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
    - c. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
  - 6.2 Normas nacionales
    - i. Código Penal
    - ii. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

#### II. Tipología de los delitos contra la función pública

- A. Código penal
  1. Delitos contra los deberes de la función pública
    - 1.1 Abuso de autoridad
    - 1.2 Incumplimiento de deberes
    - 1.3 Denegación de auxilio
    - 1.4 Requerimiento de fuerza contra actos legítimos
    - 1.5 Nombramientos ilegales
    - 1.6 Violación de fueros
    - 1.7 Divulgación de secretos
  2. Delitos de cohecho
    - 2.1 Cohecho impropio
    - 2.2 Cohecho propio
  3. Delitos vinculados con el delito de cohecho
    - 3.1 Corrupción agravada
    - 3.2 Aceptación de dádivas por un acto cumplido
  4. Delitos de corrupción
    - 4.1 Corrupción de Jueces
    - 4.2 Penalidad de corruptor
    - 4.3 Enriquecimiento ilícito
    - 4.4 Negociaciones incompatibles
  5. Concusión y Exacción
    - 5.1 Concusión
    - 5.2 Exacción ilegal

- 5.3 Diferencia entre Concusión y Exacción ilegal
  6. Delitos vinculados con la administración de justicia
    - 6.1 Prevaricato
    - 6.2 Patrocinio Infiel
    - 6.3 Doble representación
    - 6.4 Sujetos equiparables
  7. Delitos vinculados con la incorrecta disposición de fondos públicos
    - 7.1 Peculado
    - 7.2 Facilitación culposa de sustracciones
    - 7.3 Malversación
    - 7.4 Peculado y malversación de fondos privados
    - 7.5 Demora injustificada de pagos
    - 7.6 Delitos cometidos por funcionarios públicos
- B. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública
1. Delitos vinculados con el enriquecimiento ilícito
    - 1.1 Enriquecimiento ilícito
    - 1.2 Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito.
    - 1.3 Soborno transnacional
  2. Delitos vinculados con la declaración jurada de bienes
    - 2.1 Falsedad en la declaración jurada
    - 2.2 Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas
  3. Delitos vinculados con bienes y contratos públicos
    - 3.1 Receptación, legalización o encubrimiento de bienes
    - 3.2 Sobreprecio irregular
    - 3.3 Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados
    - 3.4 Pago irregular de contratos administrativos
    - 3.5 Apropriación de bienes obsequiados al Estado
  4. Delitos vinculados con las influencias en la función pública
    - 4.1 Tráfico de influencias
    - 4.2 Influencia en contra de la Hacienda Pública
  5. Prohibiciones posteriores al servicio del cargo
  6. Delitos vinculados con el uso de la función pública en provecho propio o de un tercero
    - 6.1 Legislación o administración en provecho propio
    - 6.2 Reconocimiento ilegal de beneficios laborales
    - 6.3 Fraude de ley en la función administrativa

#### III. Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos

1. Delito Informático
- Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos

#### Conclusiones

#### Bibliografía

# TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS VINCULADOS CON LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

*M.P.A Jennifer Isabel Arroyo Chacón<sup>1</sup>*

## **Introducción**

La condición de funcionario o servidor público es uno de las posiciones más privilegiadas que una persona puede desempeñar; y como tal está acompañado de múltiples responsabilidades y obligaciones. Si bien, el deber de una conducta ética es inherente a todas las profesiones, lo cierto es que el deber ético de un funcionario público es mucho mayor que el de la colectividad.

Ahora bien, lamentablemente no siempre se respeta ese deber ético, tanto de parte de los funcionarios públicos, como de parte de particulares que pretenden utilizar la función pública para fines distintos a los que le corresponde e incluso llegar a obtener beneficios indebidos de ella.

Esta situación junto con el deterioro significativo de los valores en la sociedad en los últimos años ha provocado que sea necesario construir un marco legal riguroso y más completo para sancionar aquellos actos que atentan en contra de la función pública. Bajo esta lógica surgen los delitos

funcionales, o delitos contra la función pública, o también llamados delitos en contra de la Administración Pública.

Se trata de delitos cometidos en contra de bienes, servicios y fines públicos, generalmente realizados por un funcionario público dadas las ventajas que le provee su cargo, pero que en algunas ocasiones es posible que se cometan por particulares, o en asocio: funcionario-particular.

Este documento pretende estudiar los delitos tipificados en el ordenamiento jurídico costarricense con el fin de darle al lector, sea: abogado, auditor, administrador o cualquier funcionario público que investigue este tipo de actos en la gestión pública, el abanico de opciones que posee la legislación nacional a fin de que pueda identificar el tipo penal que corresponde a la situación irregular encontrada en el ejercicio de su cargo, ya se para denunciarla; o bien, tomar las acciones que legalmente correspondan a fin de sancionar y evitar la comisión de este tipo de actos que dañan la administración pública y con ello al país.

<sup>1</sup> 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, y ha publicado libros y artículos en las ramas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales.

## I. Marco conceptual

### 1. Concepto de Funcionario Público

El concepto de funcionario público ha evolucionado significativamente en los últimos años, y que resulta fundamental para comprender los delitos vinculados con los deberes de la función pública.

La Ley General de la Administración Pública define en su artículo 111 la figura del servidor público como aquella que presta servicios a la administración o en nombre de ésta y que ha adquirido esa condición producto de un acto válido de nombramiento. El numeral citado textualmente dice:

Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considéranse equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común. (Asamblea Legislativa, 1978)

Esta definición debe completarse con el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que lo amplía y cataloga como servidores públicos a los trabajadores de los entes no estatales y empresas públicas.

#### ARTICULO 78.- SERVIDORES DE ENTES NO ESTATALES Y DE EMPRESAS PUBLICAS

*Para los efectos de aplicación de esta Ley, se reputarán como servidores públicos los de entes públicos no estatales y los de empresas públicas en cualquiera de sus formas. (Asamblea Legislativa, 1994)*

Dicho numeral constituyó una reforma importante, pues esta inclusión no sólo se refiere al término de funcionario o servidor público, sino que lleva aparejado la aplicación de los deberes, mandatos, obligaciones y responsabilidades inherentes a esa condición. De tal manera, que todo aquel que se considere funcionario o servidor público está cubierto por un régimen especial; y por ende, está obligado a sujetarse a las normas de aplicación en el ámbito público.

En este punto resulta importante destacar la influencia que ha tenido el incremento en la corrupción en la definición de funcionario público, dado que lastimosamente, la corrupción se ha convertido en los últimos años en un mal no sólo en Costa Rica, sino en toda la región, lo que ha despertado el interés de los países de instaurar mecanismos efectivos para luchar contra ella.

Como parte de estas acciones, se tiene la ratificación de instrumentos internacionales

de relevancia para Costa Rica, como lo son: Convención Interamericana contra la corrupción de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; estos instrumentos serán analizados con mayor precisión más adelante; no obstante, en este punto interesa conocer la definición de funcionario público que incluyen.

Por su parte la Convención Interamericana contra la corrupción de los países miembros de la OEA persiguiendo el objetivo de implementar un mecanismo de lucha contra la corrupción efectiva utiliza una definición genérica y amplia de la figura del funcionario público y la función pública:

**“Función pública”**, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

**“Funcionario público”**, **“Oficial Gubernamental”** o **“Servidor público”**, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. (Organización de Estados Americanos (OEA), 1996)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003 posee un concepto de funcionario público general, e incluye tres tipos diferentes de funcionarios públicos, a saber: “funcionario público”, “funcionario de una organización internacional pública” y

“funcionario público extranjero”. Procurando acrecentar las herramientas de lucha contra la corrupción contenidas en dicha convención a todos aquellos que pueden actuar como funcionarios públicos, más allá del sentido tradicional de la figura, nótese la frase que define como funcionario público a todo aquel que ejerza una función pública o preste un servicio público.

La terminología empleada por esta convención es la siguiente:

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por “funcionario público” se entenderá:
  - i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
- b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un

cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

- c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003)

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional no es exhaustiva en la definición de funcionario público; no obstante ofrece un término amplio que conviene ser mencionado:

*“por funcionario público se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función”. (Organización de las Naciones Unidas, 2003)*

Finalmente, y derivado de este compromiso de todos los países de la región de implementar mecanismos adecuados para luchar y disminuir la corrupción, Costa Rica en el año 2004 aprobó la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública que amplía significativamente el término de funcionario o servidor público, y con ello los supuestos bajo los cuales se puede exigir el respeto de los deberes propios de la función pública.

Esta nueva visión de servidor público fue introducida al ordenamiento jurídico costarricense en el artículo 2 de la citada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que textualmente dice:

*Artículo 2º-Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.*

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión. (Asamblea Legislativa, 2004)

El segundo párrafo del artículo transcrito permite la aplicación de la normativa anticorrupción y obliga al cumplimiento de los deberes propios de la función pública, tales como el deber de probidad –que se explicará más adelante- a una cifra mayor

de funcionarios, y en supuestos en donde tradicionalmente no se les consideraba como funcionarios públicos, ello se aprobó de esta manera con el objetivo de eliminar portillos legales utilizados para evadir las consecuencias de cometer un acto de corrupción.

De tal manera, que este concepto de funcionario o servidor público permite la aplicación de los delitos funcionales en una mayor cantidad de supuestos con el fin de velar en todo momento por la conducta ética de quienes revisten de dicha condición en tutela de los servicios dados a la colectividad.

## **2. El Deber de probidad**

El Deber de probidad es un concepto extenso que incluye todos los valores y la ética que deben regir el actuar del funcionario público; no obstante, el legislador consideró oportuno incluir esta figura en el ordenamiento jurídico, de tal forma que el artículo 3 de la Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, nos aporta el siguiente concepto:

*Artículo 3º—Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones*

*se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente. (Asamblea Legislativa, 2004)*

Asimismo, este artículo debe leerse en concordancia con el inciso 14) del artículo 1 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, que detalla un poco más los alcances de esta figura, textualmente dice:

*Artículo 1º—Definiciones. Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:*

*14) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:*

- a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República;
- b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;
- c) Asegurar que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña;
- d) Administrar los recursos públicos con apego a los principios

- de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente;
- e) Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley.
- f) Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica de Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.
- g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público. (Asamblea Legislativa, 2004)
- Seguidamente, el legislador creó un numeral especial en donde se tipifica la infracción a dicho deber como una forma de destacar la importancia del mismo, ello se encuentra en el artículo 4 de la Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y que en lo que interesa dice:
- Artículo 4°—Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defen-

sa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal. (Asamblea Legislativa, 2004)

Por su parte, la Contraloría General de la República en los primeros años de entrada en vigencia de este texto jurídico elaboró una definición de la figura del deber de probidad que aún se encuentra vigente, y es la siguiente:

(...) el deber contenido en el artículo antes transcrito es sumamente amplio en sus alcances, y parte precisamente de una obligación básica de todo funcionario público, misma que ya se encontraba establecida en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, cual es que “el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”, en donde el interés público se distingue y prevalece sobre el interés de la Administración (véase el inciso 2 del mismo ordinal 113) y en cuya apreciación ha de tenerse en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. (véase el inciso 3 del mismo ordinal 113). Es decir, las leyes presentan al funcionario público como un servidor de los administrados –artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública-, y por lo tanto, como un promotor y garante del interés público y del bienestar social, por encima de cualquier otro interés personal, privado, de grupo o incluso de la propia Administración, sobre los cuales ha de prevalecer el interés público. La novedad que trae al ordenamiento jurídico el deber de probidad es que introduce elementos más concretos y apreciables que permiten orientar

la labor del funcionario público, a efecto de que su gestión verdaderamente responda al mandato de que es depositario al servicio de la comunidad, estableciendo elementos mínimos que deben necesariamente seguirse para que el trabajo del servidor público sea el que se espera de él. (División de Asesoría y Gestión Jurídica (DAGJ), 2005)

Por su parte, la Procuraduría General de la República, ha definido la esta figura como la obligación que posee todo funcionario público de actuar con honradez, moralidad, rectitud, y con respeto de todos los principios éticos y morales, aplicables a la función pública procurando el máximo beneficio para los servicios públicos, y al administrar los recursos públicos que le fueron encomendados con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia y rindiendo cuentas satisfactoriamente.

Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades y relaciones de cualquier índole que desarrolle a nivel privado –aun cuando formalmente sean legalmente válidas– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público, de ahí que no puede prevalecerse indebidamente de su posición dentro de la Administración Pública para favorecer sus intereses a nivel personal o familiar. (Procuraduría General de la República, 2007)

En este punto resulta importante destacar el voto 4476-2010 del 3 de marzo del

2010, en donde se rechaza una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los numerales 3 y 4 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que tipifican esta figura, y señala que estos sientan las bases del deber de objetividad e imparcialidad de todos los funcionarios públicos.

Esta disposición define de manera amplia y general los principales elementos que informan el deber de probidad que debe observar un funcionario público cuya condición le obliga, entre otras cosas, al cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético. Por ello, el funcionario está llamado a “orientar su gestión a la satisfacción del interés público” y a defender el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento. Esta exigencia deriva del artículo 11 de la Constitución Política el cual “... sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes (...) el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado”. (4476-2010, 2010)

De esta forma queda plasmada la gran importancia que posee esta figura en la función pública, y particularmente en el tema que nos ocupa, pues es precisamente el objeto tutelado en los delitos funcionales: los deberes propios de la función pública.

### **3. Concepto de Delito**

El concepto de Delito es sin duda uno de los términos más analizados por los juristas y filósofos del Derecho, dada su complejidad

e importancia en el ordenamiento jurídico y social de un país. Ahora bien, este documento no pretende contribuir con esa discusión, únicamente tener claro a qué nos referimos por delito, con el objetivo de vincularlo a los delitos funcionales.

Recurriendo a la doctrina podemos encontrar distintas definiciones de delito, desde las más sencillas hasta las más completas:

Existe cuando la acción del imputado está en pugna con el ordenamiento jurídico de la sociedad, por encuadrar dentro de las condiciones objetivas de una norma penal. Para que se reputa como tal, es necesario que sea el resultado de la libre determinación del autor. Acción u omisión voluntaria castigada por la ley. Toda persona que por cualquier omisión voluntaria castigada por la ley. Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. (Casado, 2009)

Tras un minucioso análisis del Derecho penal positivo, la Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama *ilicitud o antijuricidad*. Al segundo, *culpabilidad o responsabilidad*. *Antijuricidad* es la desaprobación del acto; mientras que la *culpabilidad* es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo. (Muñoz Conde & García Arán, 2007, pág. 198)

Para los efectos de este documento delito es toda acción u omisión, antijurídica y culpa-

ble, que se encuentre expresamente tipificada como delito en el ordenamiento jurídico costarricense.

#### 4. Diferencia entre dolo y culpa

La figura del delito está íntimamente ligada con los términos de dolo y culpa, sin los cuales, aun cuando la acción u omisión se materialice, no se podría estar ante un delito. Por dolo se entiende:

*“Engaño, fraude, simulación. En los delitos, voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo. En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a otro o de incumplir la obligación contraída. Toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, o maquinación que se emplee con ese fin.” (Casado, 2009)*

También se le puede definir como:

*“voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. Dicho más sintéticamente: el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado.” (Zaffaroni, 1985).*

Igualmente relevante es el concepto de culpa, la cual se puede definir como:

*“Falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente. Responsabilidad, causa involuntaria de un suceso o acción imputable a una persona. En materia penal, incurre en ella quien, por imprudencia o negligencia, impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos, ordenanzas ejecutare un acto ilícito.” (Casado, 2009).*

Zaffaroni explica la culpa de la siguiente manera:

*“El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado”. (Zaffaroni, 1985)*

Para efectos del presente documento, recurriremos a una diferenciación sencilla de dolo y culpa, entendiendo por dolo cuando el autor del delito tiene una clara intención de cometer la acción punitiva, mientras que actúa por culpa, quien comete un delito pero por violación al deber de cuidado, por impericia, por negligencia, o por incumplir los deberes propios de su cargo.

#### 5. La responsabilidad en los delitos funcionales

Los delitos funcionales también son conocidos como delitos contra la función pública o delitos contra la fe pública, y se refiere a aquellos delitos cometidos en contra de los deberes propios de la función pública, en contra del deber de probidad y los valores éticos que deben regir el actuar del funcionario público.

Posee la característica de que su autor es un funcionario o servidor público que aprovecha ese cargo para cometer el delito, por ello son conocidos como: delitos funcionales, delitos cometidos por funcionarios públicos.

Por lo tanto, quienes pueden configurarse como “autor” de estos delitos en la definición de autor dada en el artículo 45 del Código Penal que en lo que respecta dice:

*“Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores*

*los que lo realizaren conjuntamente con el autor.”, son quienes ocupan cargos de funcionarios o servidores.*

Lo anterior no descarta que un particular que no posea la condición de funcionario público pueda ser sancionado por ellos, toda vez que el principio de “comunicabilidad de las circunstancias”, regulado en el artículo 49 del Código Penal permite sancionar a un particular cuando éste ha cometido en conjunto con un funcionario público un delito funcional. Textualmente dicho numeral dice:

*ARTÍCULO 49.- Comunicabilidad de las circunstancias.*

*Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos. Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurren.*

Las circunstancias materiales, que agraven o atenúen el hecho solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso. (Asamblea Legislativa, 1970)

En los casos en donde el tipo penal lo permite se puede sancionar por el mismo delito al particular que haya actuado en asocio con un funcionario público para la comisión del mismo, así ha resuelto la Sala Tercera en anteriores ocasiones, como la siguiente:

*“Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes), por lo que correctamente procedió el*

tribunal al tener a A. M. como coautor del delito de peculado, aunque no fuera funcionario público, siéndole imputable tal condición, dado que conocía que R. y J sí ostentaban esa calidad y en razón de su cargo tenían bajo su cuidado la administración de los bienes defraudados, y, aun así, tomó parte en la actividad ilícita.” (595-1994, 1994).

## 6. Principales instrumentos jurídicos que regulan los delitos funcionales

### 6.1 Normas Internacionales

#### a. Convención Interamericana contra la corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, y entró a regir el 6 de marzo de 1997, siendo el primer instrumento internacional destinado a combatir la corrupción en los Estados. Dicha Convención reviste de gran relevancia pues influye de forma significativa en las normas anticorrupción que actualmente tenemos vigente.

Resulta necesario destacar el concepto de actos de corrupción que contiene, en donde se define como:

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto

- de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
  - c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
  - d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
  - e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Como veremos más adelante varios elementos de la definición de acto de corrupción dada por esta Convención fueron

recogidas posteriormente en la legislación que posee Costa Rica actualmente.

Asimismo, los Estados firmantes de esta Convención se comprometieron a incluir dentro de su legislación penal, los delitos de corrupción, e imponer sanciones relevantes

a actividades consideradas como lesivas para la gestión pública, tales como:

El delito de Soborno transnacional que se incluyó en el artículo 55 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Podemos comparar ambos textos en la siguiente tabla:

**Tabla N° 1**  
**Soborno transnacional en la Convención Interamericana contra la Corrupción**

Convención Interamericana	Ley contra la Corrupción
<p>Artículo VIII Soborno transnacional Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.</p>	<p>Artículo 55.- Soborno transnacional Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes. La misma pena se aplicará a quien solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.</p>

El delito de Enriquecimiento Ilícito es otro tipo contenido en la Convención Interamericana que fue modificado en el Código

Penal e incluido en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Tabla N 2

**Enriquecimiento Ilícito en la Convención Interamericana contra la Corrupción**

Convención Interamericana	Ley contra la Corrupción	Código Penal
<p>Artículo IX <b>Enriquecimiento ilícito</b> Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.</p>	<p>Artículo 45 Enriquecimiento ilícito. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpusita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.</p>	<p>Artículo 353 Enriquecimiento ilícito. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo;</p>

Igualmente, el espíritu perseguido por esta Convención es incentivar a los Estados a incluir dentro de sus ordenamientos jurídicos normativa tendiente a perseguir y castigar la corrupción.

**b. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Posteriormente, surge la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que incluye el tema de la corrupción, como el componente público del crimen organizado.

Destacan el numeral 8 de dicha convención en la cual se penaliza la corrupción de esta manera:

**Artículo 8**

**Penalización de la corrupción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
  - a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.
3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.
4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por funcionario público se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función. (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 2003)

En esta Convención los países miembros se comprometieron a establecer medidas para luchar contra la corrupción, incluyendo al menos, las señaladas en el artículo 9 de este instrumento.

**Artículo 9**

**Medidas contra la corrupción**

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación. (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 2003)

**c. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un instrumento internacional de carácter específico, que pretende establecer compromisos concretos para los Estados de regular y tipificar delitos vinculados con corrupción, con el fin de reducir este tipo de actividades.

Dentro de los delitos tipificados en esta Convención, tenemos el de soborno; no obstante, esta convención separa el delito de soborno a funcionarios públicos nacionales, y el delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas, soborno a privados dichos tipos se redactaron en los numerales 15, 16 y 21.

Por nuestra parte, la legislación costarricense únicamente posee el tipo de soborno transnacional tipificado en el artículo 55 de la Ley contra la corrupción y en el enriquecimiento ilícito en la función pública. En el siguiente cuadro se pueden comparar los distintos tipos incluidos en la Convención y que actualmente está vigente en la legislación nacional:

**Tabla N °3**  
**Soborno en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Convención contra la corrupción			Ley contra la corrupción
Funcionarios públicos nacionales	Funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales	Soborno en el sector privado	Soborno transnacional
<p>Artículo 15 Soborno de funcionarios públicos nacionales Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;</p> <p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.</p>	<p>Artículo 16 Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.</p>	<p>Artículo 21 Soborno en el sector privado Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;</p> <p>b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra</p>	<p>Artículo 55.-Soborno transnacional Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes. La misma pena se aplicará a quien solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.</p>

	<p>2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.</p>	<p>persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.</p>	
--	---	--	--

Esta convención también tipifica el delito de malversación o peculado en un único tipo, quedando los Estados comprometidos a

incluirlo en sus regulaciones nacionales, en el caso costarricense, este delito se tipificó en dos figuras separadas mediante una reforma al Código Penal.

**Tabla N 4**  
**Delito de malversación o peculado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Convención contra la corrupción	Ley contra la corrupción
<p>Artículo 17 Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.</p>	<p>Artículo 361.-Peculado. Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella. Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.</p> <p>Artículo 363.-Malversación. Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios</p>

	que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.
--	---

El tráfico de influencias es otro delito tipificado en esta Convención que fue recogido por la

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

**Tabla Nº5**  
**Tráfico de influencias en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Convención contra la corrupción	Ley contra la corrupción
<p>Artículo 18 Tráfico de influencias Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:</p> <p>a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;</p> <p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.</p>	<p>Artículo 52.-<b>Tráfico de influencias.</b> Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.</p> <p>Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.</p>

El abuso de funciones es otro delito de corrupción recopilado por la Convención, y que Costa Rica incluyó en el Código penal.

**Tabla Nº 6**  
**Abuso de funciones en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

Convención contra la corrupción	Código Penal
<p>Artículo 19 Abuso de funciones Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.</p>	<p>Artículo 338.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.</p>

Finalmente, el último tipo penal recogido por esta Convención es el de “Enriquecimiento Ilícito” que se tipifica tanto en el Código Penal como en la Ley contrala corrupción costarricense.

**la Delincuencia Organizada Transnacional**

Los instrumentos antes citados dan los parámetros generales para construir la normativa nacional. Sobre delitos funcionales en Costa Rica poseemos de dos normas de gran importancia, que son el Código

Penal y la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que estudiaremos con detalle a continuación.

**Normas nacionales**

**i. Código Penal**

El Código Penal costarricense es la norma de referencia en materia de delitos, y posee un apartado especial para tipificar los delitos funcionales. Para facilitar su estudio y para efectos de este documento, estos delitos se han clasificado de la siguiente forma:

**Tabla N° 7**  
**Delitos funcionales tipificados en el Código Penal Costarricense**

Delitos funcionales tipificados en el Código Penal Costarricense	
Delitos contra los deberes de la función pública	Abuso de autoridad
	Incumplimiento de deberes
	Denegación de auxilio
	Requerimiento de fuerza contra actos legítimos
	Nombramientos ilegales
	Violación de fueros
	Divulgación de secretos
Delitos de cohecho	Cohecho propio
	Cohecho impropio
Delitos vinculados con el delito de cohecho	Corrupción agravada
	Aceptación de dádivas por un acto cumplido
Delitos de corrupción	Corrupción de Jueces
	Penalidad de corruptor
	Enriquecimiento ilícito
	Negociaciones incompatibles
	Concusión
Concusión y Exacción	Exacción ilegal
	Prevaricato
Delitos vinculados con la administración de justicia	Patrocinio Infiel
	Doble representación
	Sujetos equiparables
	Peculado
Delitos vinculados con la incorrecta disposición de fondos públicos	Facilitación culposa de subtracciones
	Peculado y malversación de fondos privados
	Demora injustificada de pagos

En el siguiente acápite se estudiará en detalle cada uno de estos tipos penales aplicables a la función pública.

## ii. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

En año 2004 se aprueba en Costa Rica la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento

Ilícito en la Función Pública con el fin de contar con un instrumento especializado y moderno contra la corrupción.

De tal manera, que se incluyeron nuevos tipos penales en la legislación costarricense, con el fin de sancionar actos de corrupción, los tipos incluidos fueron los siguientes:

**Tabla N° 8**  
**Delitos funcionales tipificados en la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública**

Delitos funcionales tipificados en la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	
Delitos vinculados con el Enriquecimiento Ilícito	Enriquecimiento ilícito
	Soborno Transnacional
Delitos vinculados con la declaración jurada de bienes	Falsedad en la declaración jurada
	Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas
Delitos vinculados con bienes y contratos públicos	Receptación, legalización o encubrimiento de bienes
	Sobreprecio irregular
	Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados
	Pago irregular de contratos administrativos
Delitos vinculados con las influencias en la función pública	Apropiación de bienes obsequiados al Estado
	Tráfico de influencias
Prohibiciones posteriores al servicio del cargo	Influencia en contra de la Hacienda Pública
	Prohibiciones posteriores al servicio del cargo
Delitos vinculados con el uso de la función pública en provecho propio o de un tercero	Legislación o administración en provecho propio
	Reconocimiento ilegal de beneficios laborales
	Fraude de ley en la función administrativa

Adicionalmente esta ley modifica el cómputo del plazo de prescripción para los delitos de corrupción cometidos en la función pública, incluyendo dos variaciones en el artículo 62 de esta ley, que son:

- Una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo período, sin reducción alguna.
- Además de las causales previstas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, la

acción penal podrá interrumpirse por la declaratoria de ilegalidad de la función administrativa, activa u omisiva, o por la anulación de los actos y contratos administrativos que guarden relación con el correspondiente delito, ya sea que el pronunciamiento se produzca en vía judicial o administrativa.

A continuación se procederá a estudiar con detalle cada uno de los tipos penales contenidos en estos instrumentos de nivel nacional.

## II. Tipología de los delitos contra la función pública

### A. Código penal

#### 1. Delitos contra los deberes de la función pública

##### 1.1 Abuso de autoridad

El delito de abuso de autoridad se encuentra actualmente regulado en el numeral 338 del Código Penal, en donde establece que:

*“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.”*

Se refiere a aquel funcionario público que aprovechando su cargo realiza una actividad arbitraria o que va más allá de sus competencias, debemos recordar que la actuación pública se encuentra regulada por el artículo 11 de la Constitución Política y el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública, es decir el principio de legalidad, todo funcionario público puede actuar únicamente en la medida en que la ley se lo permita, por lo tanto, aquellas actuaciones que vayan más allá de las potestades inherentes al cargo y que perjudiquen los derechos de un tercero constituyen el delito de abuso de autoridad.

Existen múltiples ejemplos en donde como auditores o abogados podemos encontrarnos con esta figura, por ejemplo: Oficiales de la fuerza pública u oficiales de tránsito que exijan de los ciudadanos actuaciones más allá de sus funciones legales, y más allá del resguardo de seguridad pública. Un directivo

público que haciendo uso de su cargo y jerarquía requiera beneficios que legalmente no le corresponden, o bien, un jerarca que deniegue un derecho a un subordinado causándole un perjuicio a éste, sin tener un razón jurídica válida para ello, entre otros.

Resulta relevante destacar que éste es un delito por acción sólo puede ser cometido con dolo, se trata de un dolo directo, y su autoría recae en un funcionario pública; es decir, sólo quien ocupe un cargo en la función pública puede abusar de él y por ende, cometer este delito.

##### 1.2 Incumplimiento de deberes

El delito de incumplimiento de deberes se regula en el artículo 339 del Código Penal, de la siguiente forma:

*“Sera reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omite, rehusé hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto está obligado a hacerlo.”*

Nos encontramos frente a un delito por omisión, en otras palabras, el funcionario público que no realice sus funciones de manera consiente y malintencionada, ello por cuanto este delito se realiza de manera dolosa, con dolo directo, y su autoría recae exclusivamente en el funcionario público que debiendo cumplir con un deber no lo realiza.

Este delito presenta un grado de complejidad mayor para los auditores y abogados que pretenden probar su comisión, pues es un

delito por omisión, cuya carga probatoria es distinta y más difícil de recopilar que los delitos por acción. En este caso se debe demostrar que el funcionario público tenía la obligación de realizar una diligencia o actuación pública y que no la realizó por que tenía una clara intención de no ejecutar sus obligaciones.

Ahora bien, también aplica cuando un funcionario teniendo el deber de abstenerse de conocer un asunto lo hace, por ejemplo, un proveedor que participe en la selección de una empresa contratista en la cual posee capital accionario, o bien, un director de recursos humanos que participe del proceso de selección de la contratación un familiar en primer grado de consanguinidad y demás supuestos similares.

Para tratar de demostrar la comisión de este delito se debe tener certeza de que el presunto responsable es un funcionario público que tenía la obligación de realizar una función y no la hizo por causas injustificadas; o bien, que teniendo el deber de abstenerse de conocer un asunto o participar en un proceso continuó con su participación en el mismo.

##### 3.1 Denegación de auxilio

El artículo 340 del Código Penal incluye el delito de denegación de auxilio, como:

*“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente.”*

La autoría de este delito se refiere a los deberes especiales de la fuerza pública,

por ende, sólo puede ser cometido por quien ocupe el cargo de jefatura o agente de la fuerza pública del Ministerio Público, con lo cual se limita mucho su ámbito de aplicación, pues no sería achacable otro tipo de funcionarios públicos.

Es un delito por omisión dado que se refiere a no prestar la ayuda a la cual se está obligado por la investigadora de jefe o agente de la fuerza pública sin que medie ninguna causal que lo justifique, por ejemplo, no se le podría exigir a un agente de la fuerza pública que preste colaboración en un acto ilegal, un allanamiento de morada sin que medie orden de un juez, en estos casos el agente puede negarse a prestar ayuda por tener una causal jurídicamente válida que lo respalde, y es no incurrir en actos contrarios al ordenamiento jurídico.

Dicha omisión o retardo injustificado de la prestación de auxilio debe cometerse de manera dolosa, de manera consiente, de que es su deber prestar auxilio y se niega a hacerlo, se requiere dolo directo.

##### 4.1 Requerimiento de fuerza contra actos legítimos

El 341 del Código Penal se refiere al delito de requerimiento de fuerza contra actos legítimos, que se tipifica como:

*“Será reprimido con prisión de tres meses a tres años, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales”*

Este delito se refiere a la invocación indebida o ilegal que hace un funcionario de la fuerza

pública para oponerse a una disposición de orden legal, sentencias o mandatos. El autor de este delito es el funcionario de la fuerza pública, quien lo ejecuta, es decir, es un delito por acción cometido con dolo.

### 1.5 Nombramientos ilegales

El artículo 344 del Código Penal incluye el delito de nombramientos ilegales, el cual consisten en:

*“Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.”*

El delito consiste en proponer y nombrar a una persona para un cargo para el cual no posee los requisitos ni las competencias legales, este delito lamentablemente es muy común en la función pública, y cómo auditores y abogados debemos estar conscientes que nos podemos encontrar con nombramientos de este tipo, en donde se designa a un funcionario por orden de un superior aun cuando dicho funcionario no posee las competencias para el puesto, teniendo el funcionario proponente pleno conocimiento de la carencia de requisitos del funcionario propuesto; por lo tanto, es un delito que se comete con dolo.

Este delito es por acción, y lo puede cometer únicamente el funcionario público que posee la potestad de nombrar a otro funcionario en cargos públicos, de tal manera, que si el autor no es la persona que posee esta potestad se podría estar ante otro tipo de delito, como el abuso de autoridad o tráfico de influencias. Para cometer este ilícito es necesario poseer la potestad legal de incurrir en la acción prohibida.

### 1.6 Violación de fueros

El delito de violación de fueros se encuentra regulado en el artículo 345 del Código Penal, que al respecto dice:

*“Será reprimido con treinta a cien días multa, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra una persona con privilegio de antejuicio, no guardare la forma prescrita en la Constitución o las leyes respectivas.”*

Este delito posee una tipología especial, pues sólo puede ser víctima de ella, quién posea un fuero especial, es decir, quien tenga el privilegio de inmunidad; ello no quiere decir, que una persona con dicho fuero no pueda ser arrestada, sino que para ello se debe seguir un trámite especial de levantamiento de dicho fuero.

El delito consiste en arrestar o formar causa contra quien posee un fuero especial sin que medie el procedimiento necesario para su levantamiento, pues si éste procedimiento se da, el arresto puede darse legalmente.

Estamos ante un delito doloso, por acción, pues se requiere que su autor, en este caso un funcionario de la fuerza pública, tenga conocimiento que el arrestado posee un fuero especial y que no se ha gestionado su levantamiento correctamente

### 1.7 Divulgación de secretos

La divulgación de secretos es un delito tipificado en numeral 346 del Código Penal cuando dice:

*“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos, que por la ley*

*deben quedar secretos. Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos, que por la ley deben quedar secretos.”*

En muchas ocasiones por la naturaleza del cargo un funcionario público posee información sobre la cual debe guardar confidencialidad, por ejemplo, en materia de servicios de salud, el acceso al expediente médico de un paciente, en materia de otorgar patentes industriales, el acceso a secretos industriales, en materia bancaria, el acceso a la información financiera de un cliente; o bien, el acceso a información de política monetaria, o política cambiaria, en materia de servicios sociales, el acceso al expediente de un menor a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, o bien, cuando estamos ante un secreto de estado, así declarad por las autoridades competentes, y otros supuestos similares.

En estos casos en donde por la naturaleza del cargo, el funcionario público accede a información privilegiada esta obligado a guardar confidencialidad sobre dichos secretos, y si los revela, sin que medie una causa jurídica que lo autorice a hacerlo, estaría incurriendo en dicho delito.

Por lo tanto, estamos ante un delito por acción, cuya comisión se comete a nivel de dolo, pues el actor debe ser consciente que esta revelando secretos y puede ser cometido únicamente por el funcionario público que en ejercicio de sus funciones posee acceso a información privilegiada sobre la cual debe guardar confidencialidad.

## 2. Delitos de cohecho

### 2.1 Cohecho impropio

El delito de cohecho impropio está vinculado con los delitos de corrupción en la función pública, y se tipifica en el numeral 347 del Código Penal, de la siguiente manera:

*“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.”*

La actuación tipificada es recibir una dádiva, ventaja indebida o promesa de retribución por realizar un acto que ya se encuentra dentro de sus funciones, ejecutar labores inherentes a su cargo.

Es un delito de acción, pues se refiere a recibir un beneficio por realizar algo que estaba dentro de sus funciones y obligaciones, asimismo, se ejecuta a nivel de dolo, se requiere el dolo directo para su constitución; y sólo puede ser cometido por un funcionario público que posee funciones públicas a su cargo.

Existen muchos supuestos en los cuales un auditor o abogado puede encontrarse con la comisión de este delito, por ejemplo: un alcalde que utiliza un vehículo diariamente de un proveedor municipal, un tramitador judicial que cobra por tramitar un proceso en menor tiempo, un funcionario que autoriza facturas para pago bajo la promesa de ser promovido e infinidad de casos similares.

Ahora bien, en estos casos es preciso ser cauteloso en la recopilación de la prueba, y en la demostración de la actuación dolosa del funcionario público para realizar funciones propias de su cargo.

## 2.1 Cohecho propio

Por su parte, el numeral 348 del Código Penal tipifica el cohecho propio, como:

*“Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones.”*

La acción penada es recibir una dádiva, beneficio o promesa de retribución por hacer un acto contrario, no hacer o retardar un acto propio de sus funciones; por lo tanto,

este delito se puede cometer por acción, cuando se ejecuta una actuación contraria a las funciones del funcionario público, o por omisión, cuando se deja de hacer o se retrasa el cumplimiento de una obligación inherente al cargo.

Asimismo, esta actuación por acción u omisión debe darse con pleno conocimiento del actor; es decir, de manera dolosa. Bajo este supuesto se pueden encontrar múltiples ejemplos: un inspector municipal o inspector de tránsito que recibe una dádiva para no reportar la comisión de una falta o no cobrar una multa, un miembro de una Junta Directiva que recibe un beneficio para votar en contra de un proyecto en sesión de junta, o aprobar una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

Los delitos de Corrupción agravada, Aceptación de dádivas por un acto cumplido y Corrupción de Jueces se vinculan con los delitos de cohecho propio e impropio según lo veremos más adelante.

Los delitos de cohecho propio e impropio se vinculan con otros tres delitos que son:



## 3. Delitos vinculados con el delito de cohecho

### 3.1 Corrupción agravada

Ahora bien, los delitos explicados anteriormente serán agravados en su pena, si estos tuvieran como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, ello según el 349 del Código Penal.

Los delitos de cohecho propio o cohecho impropio serán considerados como corrupción agravada si los mismos se ejecutaron para alcanzar los siguientes fines:

*a. Otorgar puestos públicos, b. Otorgar jubilaciones y pensiones, y c. Celebrar contratos con la administración pública.*

Nuevamente estamos ante un delito doloso, que conserva las características de los dos delitos que le dieron origen –cohecho propio y cohecho impropio- pero que se agrava según fueran los fines perseguidos con su comisión.

### 3.2 Aceptación de dádivas por un acto cumplido

El delito de aceptación de dádivas por un acto cumplido se encuentra regulado en el numeral 350 del Código Penal y hace referencia a los delitos de cohecho propio e impropio, estableciendo una reducción de un tercio de la pena cuando:

*“el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario.”*

El tipo de cumple con la sola aceptación de la dádiva, y cuando se trate de un acto cumplido por el funcionario, es decir, sin promesa previa, pero como una “recompensa” por su actuación irregular. Es un delito doloso pues requiere del conocimiento pleno del funcionario que lo comete, de tal manera, que estamos ante el dolo directo y puede realizar por acción, ante un acto cumplido, o por omisión, cuando se dejó de realizar alguna cosa.

Su autor es todo funcionario público que acepte una dádiva o cualquier ventaja indebida por una actuación ya cumplida o que no haya realizado hasta esa fecha.

## 4 Delitos de corrupción

### 4.1 Corrupción de Jueces

El numeral 351 del Código Penal hace referencia a los delitos cohecho propio o impropio pero se vuelve un delito especial en virtud del sujeto que lo cometa, si este es un juez o árbitro, textualmente dice:

*“la pena será de cuatro a doce años de prisión, si el autor fuere Juez o un árbitro y la ventaja o la promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo. Si la resolución injusta fuere una condena penal a más de ocho años de prisión, la pena será de prisión de cuatro a ocho años.”*

Este delito aplica únicamente para el funcionario público que ocupe el cargo de juez o se desempeñe como árbitro en la solución de un conflicto y que a reciba una dádiva, ventaja indebida o promesa con el fin de que resuelva un asunto sometido a

su conocimiento de manera que beneficie o perjudique a una de las partes involucradas en el conflicto. Agravándose aún más la pena cuando se trate de sentencias de tipo penal, en donde se compruebe que se perjudicó de manera intencional a un imputado inocente.

Estamos ante un delito de tipo doloso requiriendo el dolo directo, pues se requiere pleno conocimiento de que se está resolviendo de manera contraria a los principios de objetividad e independencia del juez o árbitro, y es una falta por acción.

De tal manera, que estamos ante supuestos similares al del cohecho propio, pero que posee una calificación especial por haber sido ejecutados por un juez o un árbitro en la resolución de un conflicto sometido a su conocimiento en donde se benefició o perjudicó a una de las partes a cambio de una dádiva o beneficio indebido.

#### 4.2 Penalidad de corruptor

La tipología de este tipo penal contemplado en el artículo 352 es muy sencilla, textualmente dice:

*“Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé, ofrezca o prometa a un funcionario público una dádiva o ventaja indebida.”; lo cual genera problemas para su interpretación y aplicación, ello sin desprestigiar su importancia en la lucha contra la corrupción en la función pública.*

En este punto se debe recordar que para que se materialicen los anteriores delitos es necesario la participación de un funcionario público que acepte la dádiva, beneficio o promesa de ella, y de un sujeto privado que

la realice; lo que en doctrina se denomina la dualidad del acto de corrupción, dos actores: funcionario público=corrupto y sujeto privado= corruptor.

En este tipo penal se trata de sancionar no sólo al funcionario que comete un acto de corrupción, recibe una dádiva para resolver de una manera contraria al ordenamiento jurídico, sino también, sancionar al sujeto privado que hizo el ofrecimiento o pago dicha dádiva o beneficio para que tal acto fuese materializado. De tal manera, que este delito aún con sus problemas de imputación, posee una gran importancia en la lucha contra la corrupción, pues aborda dos frentes, no sólo el funcionario que incurre en dichos delitos, sino el privado con cuyo ofrecimiento hace posible que dichos delitos se den.

Ahora bien, con el objetivo de clarificar su aplicación el legislador decidió incluir el artículo 352 bis en el cual enlista dos supuestos en los cuales se puede achacar al privado la figura de penalidad de corruptor, que son:

**a)-** Cuando la dádiva, ventaja indebida o promesa sea solicitada o aceptada por el funcionario, para sí mismo o para un tercero.

**b)-** Cuando el funcionario utilice su posición como tal, aunque el acto sea ajeno a su competencia autorizada.

Este delito se comete por acción, pues debe haber una actuación tendiente a dar, ofrecer o prometer una dádiva, ventaja indebida o beneficio a un funcionario público para que incurra en los delitos descritos anteriormente, con lo cual se puede afirmar que es necesario el dolo, específicamente el dolo directo para su materialización.

En el ejercicio de la labor de auditoría o en el trabajo de un abogado, es posible encontrar un funcionario público que haya cometido alguno de los delitos de cohecho propio o impropio, y también, identifiquemos el sujeto privado que ofreció dicha dádiva, en cuyo caso, es necesario recopilar prueba de la actuación de ambos sujetos, tanto el público como el privado, pues deben ser procesados penalmente, cada uno por los delitos imputables según sus actuaciones.

#### 4.3 Enriquecimiento ilícito

El artículo 353 del Código Penal se refiere al delito de enriquecimiento ilícito, el cual está vinculado con el delito del mismo nombre contemplado en el numeral 45 de la Ley contra la Corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que se explicará más adelante.

El Código Penal tipifica este delito de la siguiente manera:

*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:*

- 1) *Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;*
- 2) *Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;*
- 3) *Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo;*

Los incisos anteriores establecen los tres supuestos en los cuales se puede materializar este delito: aceptando una dádiva para aprovechar la influencia de su cargo para que otro funcionarios haga o deje de hacer alguna actividad pública, utilizar informaciones a las cuales posee acceso por la naturaleza de sus funciones para obtener beneficios patrimoniales de ellas y finalmente, aceptar dádivas que le fueren ofrecidas en el ejercicio de sus funciones.

Los anteriores supuestos se refieren a faltas por acción y cuya comisión se ejecuta de carácter doloso, y puede ser cometido por cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas.

#### 4.4 Negociaciones incompatibles

El numeral 354 del Código Penal tipifica el delito de negociaciones incompatibles de la siguiente manera:

*Artículo 34: Negociaciones Incompatibles*

*Sera reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma ser sancionado el negociador comercial designado por el Poder*

*Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo. (Asamblea Legislativa, 1970)*

Este delito está vinculado con los deberes de transparencia, legalidad e imparcialidad en la función pública, con el fin de que el funcionario público no tenga otros intereses que nublen su objetividad y criterio al momento de negociar. La acción típica se da cuando un funcionario público se interese de una negociación para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero; es decir, se limita a una ganancia o compensación económica, lo cual es relevante al momento de pretender probar este delito pues se debe demostrar que hubo un beneficio de tipo económico.

El delito debe cometerse en forma dolosa, en otras palabras, con clara intención del actor de cometerlo, y se trata de un delito especial propio.

Sobre este delito resulta importante señalar que su autor es todo funcionario público que posee la competencia de negociar; igualmente, aplica para privados que no siendo funcionarios públicos cumplen una función pública, tales como: árbitros, peritos, contadores, amigables componedores, tutores, albacea y curadores, dado que

poseen competencias de negociación y se procuran garantizar que ejerzan dicha función con independencia y objetividad.

También, le aplica al negociador comercial que actuó como negociador del Estado costarricense, quien cobra incurrir en dicho delito hasta un año después de haber cesado sus funciones como negociador comercial.

## 5. Concusión y Exacción

### 5.1 Concusión

El artículo 355 del Código Penal tipifica el delito de concusión, de la siguiente manera:

*“Se impondrá prisión de dos a ocho años, el funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.”*

Este delito pretende proteger el deber de probidad y fidelidad en la función pública, y se incurre en ella cuando el funcionario obliga o induce a otra persona para dar o prometer de manera indebida, aspecto relevante para probar el delito, pues es necesario que lo prometido o dado haya sido improcedente, sea para sí o para un tercero, un bien o beneficio patrimonial, en este punto se incluye un beneficio económico, pero también bienes de otra naturaleza diferentes a la monetaria, por lo cual es más amplio. Todo ello debe darse por un abuso de su condición de funcionario público, o en función del cargo que ostenta.

Este delito es de tipo doloso, siendo de tipo dolo directo, para su comisión.

### 5.2 Exacción ilegal

Continúa el numeral 356 del Código Penal tipificando el delito de exacción ilegal, como:

*“Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden”.*

Pretende proteger el deber de probidad y fidelidad en la gestión pública; así como el patrimonio de la persona particular, pero cuando el reclamo se hace en provecho exclusivo de la administración, y se materializa cuando para ello el funcionario público recurrió a su cargo o condición para exigir un **exceso** en un pago o concesión de un derecho.

La acción típica es exigir, hacer pagar o hacer entregar un pago o un derecho mayores a los que corresponden, recurriendo para ello al abuso de su cargo o posición. De tal manera, que se comete con carácter de dolo, dolo directo.

### 5.3 Diferencia entre Concusión y Exacción ilegal

Si bien, con la lectura de ambos delitos es posible confundirlos, estamos ante dos figuras distintas que se separan en la determinación del destino del bien o beneficio patrimonial indebidamente exigido. En los casos en donde el beneficiario de dicho bien es el erario público corresponde al delito de exacción ilegal; por otra parte, en los supuestos en donde el beneficio lo recibe el funcionario público directamente o un tercero por medio de su actuación estaríamos ante del delito de concusión.

## 6. Delitos vinculados con la administración de justicia

### 6.1 Prevaricato

El delito de prevaricato se tipifica en el artículo 357 del Código Penal, que textualmente dice:

*“Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.”*

Este delito pretende tutelar el deber de probidad así como la objetividad e imparcialidad al momento de administrar justicia, que se aplica a los funcionarios públicos con competencias para dictar resoluciones; es decir, los jueces en cualquier jurisdicción, así como los árbitros que resuelven conflictos. Igualmente, puede ser cometido por funcionarios judiciales que sin ser jueces, dictan resoluciones como por ejemplo: inspectores judiciales, así como funcionarios en otros poderes de la república –fuera del poder judicial- que puedan dictar resoluciones.

La tipicidad del delito contempla dos acciones:

- Dictar resoluciones contrarias a la ley
- Dictar resoluciones fundamentadas en hechos falsos.

En el primer punto se debe aclarar que la resolución debe ser manifiestamente ilegal, dado que el cambio de posición jurídica, o

interpretar de distinta forma una norma, no puede ser considerado prevaricato, sino que se encuentran dentro de las capacidades de interpretación y fundamentación jurídica de quien resuelve.

Si la resolución es notoriamente contraria a la ley o se basa en hechos falsos, los funcionarios que la dictaren incurrirían en el delito de prevaricato, el cual se comete de manera dolosa, con dolo directo. Este delito aplica igualmente para los funcionarios de otros poderes e instituciones públicas que poseen competencia para dictar resoluciones.

## 6.2 Patrocinio Infiel

El patrocinio infiel se tipifica en el artículo 358 del Código Penal de la siguiente manera:

*“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo.”*

Este delito procura tutelar la lealtad del abogado con su cliente, asimismo este abogado puede ser funcionario público o ejercer en la labor privada, área en la cual si bien no posee la condición de funcionario realiza una tarea que el legislador considera importante tutelar.

La acción se materializa cuando se incurra en entendimiento con la parte contraria o se perjudique los intereses de su cliente en forma dolosa, con dolo directo; por lo tanto es un delito de acción en el que se debe demostrar las acciones cometidas por el abogado para dañar a su cliente.

## 6.3 Doble representación

Continuando con este tipo de delitos el numeral 359 tipifica la doble representación de la siguiente forma:

*“Será reprimido con quince a sesenta días multa, el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado a una parte, asumiere sin el consentimiento de ésta, simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa.”*

Nuevamente se pretende tutelar la leal que el abogado debe tener con su cliente, por ello tipifica como delito asumir una causa en su contra sin el consentimiento de éste, ello por cuanto, cuando un abogado defiende los intereses de una persona obtiene información privilegiada que posteriormente podría utilizar en su contra, convirtiéndose esta situación es desleal contra la parte.

El delito se materializa cuando se asume la defensa o la representación, simultánea o sucesiva, de la parte contraria sin el consentimiento del primer cliente, lo cual lo convierte en un delito de acción de tipo doloso, dolo directo. Por el contrario, si el cliente otorga su consentimiento para que el abogado pueda asumir esta tarea no se configuraría el delito.

## 6.4 Sujetos equiparables

El artículo 360 del Código Penal hace extensiva la comisión de los delitos de patrocinio infiel y doble representación a quienes no siendo abogados, pero que poseen condición de asesores o emiten un dictamen con el caso, textualmente dice:

*“Las disposiciones de los dos artículos anteriores serán aplicables a los asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.*

En este caso se aplica a los asesores, peritos, testigos-peritos, y demás profesionales especializados que emiten un dictamen dentro de un proceso, dado que ellos por sus funciones también llegar a tener información relevante y le deben fidelidad al cliente.

## 7. Delitos vinculados con la incorrecta disposición de fondos públicos

### 7.1 Peculado

El numeral 361 del Código Penal incluye uno de los delitos más conocidos en la función pública, que corresponde al delito de peculado, y lo tipifica de la siguiente manera:

*Artículo 361.-Peculado. Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.*

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a

los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión. (Asamblea Legislativa, 1970)

La acción tipificada en este numeral es la sustracción o distracción del patrimonio público, el cual está compuesto por bienes, servicios o fondos públicos. Asimismo, se incluye el peculado de uso que es utilizar un bien, trabajo o servicio propios del Estado en favor propio o de terceros.

Este delito puede ser cometido por acción; es decir, cuando el actor realiza un acto que conlleva a la sustracción o distracción de bienes públicos, pero también admite la comisión por omisión, y se aplica cuando quien posee la posición de garante de un bien público, omite de manera intencionada realizar las gestiones que le corresponden y ello conlleva a la sustracción, distracción o uso de los bienes públicos a su cargo; en todo momento se requiere la actuación dolosa, dolo directo.

### 7.2 Facilitación culposa de sustracciones

Vinculado con el delito de peculado se tiene el tipo de facilitación culposa de sustracciones, el cual tipifica el delito cuando quien teniendo el deber de custodiar los recursos públicos incumple con esta función y permite que un tercero sustraiga dinero o bienes públicos. El numeral 362 del Código Penal, literalmente dice:

*Artículo 362.- Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior. (Asamblea Legislativa, 1970)*

Este delito a diferencia del delito de peculado, no recae en la persona que substraiga dinero o bienes públicos en sentido amplio; sino en el funcionario que teniendo el deber de custodiar o salvaguardar dichos bienes incumple con su función y ello permite que un tercero los substraiga. Asimismo, este incumplimiento del deber de custodia o cuidado de los bienes públicos se ejecuta en forma culposa, por culpa, y es un delito por omisión, el omitir con sus deberes de debido cuidado de los bienes públicos bajo su responsabilidad. (Asamblea Legislativa, 1970)

La acción se materializa por omisión dado que se trata del incumplimiento al deber del debido cuidado, se comete por imprudencia o impericia; cuando el funcionario que tiene el deber de resguardar un bien público e incumple con ello provocando que un tercero pueda aprovechar del bien bajo su tutela. La acción tipificada es facilitar o hacer posible por culpa que otra persona sustraiga dineros o bienes públicos.

Su autoría recae en los funcionarios públicos que tienen dentro de sus funciones el resguardo de bienes del Estado

### 7.3 Malversación

El numeral 363 del Código Penal incluye uno de los delitos funcionales más utilizados en nuestro ordenamiento jurídico, que es el de malversación, tipo penal que pretende garantizar que el patrimonio público se emplee para los fines propuestos. La tipificación es la siguiente:

*Artículo 363.-Malversación. Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas*

*jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio. (Asamblea Legislativa, 1970)*

La acción tipificada es dar un fin diferente a un bien público del que fue propuesto, asimismo, en este tipo los bienes públicos se interpretan en un sentido amplio, no sólo el dinero, sino servicios públicos, y demás bienes que componen el patrimonio público. Dar un destino diferente a esos bienes públicos es malvérsalos, asimismo, esta acción debe realizarse de manera consiente, en otras palabras con pleno conocimiento de que estoy cambiándole el fin a un bien público, por lo tanto se requiere la acción dolosa, dolo directo.

El último párrafo del citado numeral agrava la pena cuando este desvío del fin de los bienes públicos trae como consecuencia un daño o entorpecimiento de ese servicio, es decir, cuando al utilizar los bienes públicos para fines distintos que le corresponden se le cause un perjuicio al servicio que ellos deben dar.

### 7.4 Peculado y malversación de fondos privados

En algunas ocasiones el Estado tiene bajo su custodia bienes que son propiedad de particulares dado que estos fueron embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente al resguardo de los funcionarios públicos.

Estos bienes que si bien son privados también pueden ser sustraídos, desviados o malversados, no obstante, el delito de peculado y malversación no sería aplicable pues no son bienes públicos; por lo tanto, el artículo 363 bis tipifica un delito especial cuando las actuaciones de peculado y malversación recaen en bienes privados:

*“ARTÍCULO 363 bis.- Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.”*

Este numeral tipifica la acción de sustraer, distraer o emplear para otros fines bienes propiedad de particulares que por algún motivo legal se encuentran bajo custodia de la administración pública. El tipo admite la actuación en forma dolosa cuando se encuentra en los supuestos de peculado o malversación, pero también en forma culposa, cuando la persona que posee el deber de custodiar un bien privado omite el cumplimiento de sus deberes de debido cuidado y permite con su negligencia o imprudencia que un tercero sustraiga dichos bienes; finalmente, es un tipo penal que se ejecuta por acción o bien por omisión.

### 7.5 Demora injustificada de pagos

El numeral 364 del Código Penal tipifica como delito conductas omisivas que atentan contra los fondos públicos del Estado, tales como la demora injustificada del pago o rehusarse a entregar un bien. Nótese que no estamos ante una sustracción desvío de bienes, pues ello sería el delito de peculado; sino que se trata de omitir con la actuación que le corresponde realizar y con ello se causa un

perjuicio al erario, textualmente este delito está tipificado de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 364.- Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las prioridades establecidas por la ley o sentencias judiciales o administrativas. En la misma pena incurrirá el funcionario público que requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración. (Asamblea Legislativa, 1970)*

El tipo se refiere a la demora injustificada para realizar un pago ordinario; resulta relevante la frase injustificada dado que cuando existan causales legalmente válidas que impidan realizar dicho pago no se configuraría el tipo penal; igualmente, tipifica el acto de rehusar entregar una cantidad o efecto bajo su custodia o administración, de tal manera que este tipo se ejecuta por omisión, pues se trata de la acción del no pago o no entrega de las obligaciones que le demandan; dicha omisión debe ser realizada de manera consiente, es decir, de forma dolosa, dolo directo.

### 7.6 Delitos cometidos por funcionarios públicos

El artículo 365 del Código Penal agrava la sanción impuesta en aquellos delitos cometidos contra la autoridad pública, la administración de justicia o los deberes de la función pública, en los casos en los que estos hayan sido cometidos por funcionarios públicos, textualmente dicho tipo dice:

**ARTÍCULO 365.-** Cuando quien cometiere los delitos contra la autoridad pública, contra la administración de justicia o contra los deberes de la función pública fuere un empleado o funcionario público, quedan los jueces facultados para imponer además de las penas consignadas en cada caso, las de inhabilitación absoluta o especial en el tanto que estimen pertinente, de acuerdo con la gravedad del hecho y dentro de los límites fijados para esta pena. (Asamblea Legislativa, 1970)

Realmente no estamos en presencia de un tipo penal, sino de la facultad que se le otorga al juez de imponer la inhabilitación absoluta o especial junto con las penas propias de los delitos anteriormente descritos cuando su autor es un funcionario público, ello derivado de que se exige una mayor conducta ética de parte de quien ejecuta un cargo público.

## **A. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública**

### **1. Delitos vinculados con el enriquecimiento ilícito**

#### **1.1 Enriquecimiento ilícito**

El numeral 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública tipifica el incremento del patrimonio de un funcionario público como consecuencia de un aprovechamiento ilegítimo de su cargo público. Este delito se tipifica de la siguiente forma:

*Artículo 45.-Enriquecimiento ilícito. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la*

*función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas. (Asamblea Legislativa, 2004)*

La acción sancionada es “aprovechar ilegítimamente” el cargo público para hacer incrementar su patrimonio; sea aumentando los activos o bien disminuyendo los pasivos; de tal manera, que estamos ante un delito de acción, pues se requiere de una actividad que conlleve al aprovechamiento del cargo público para obtener un beneficio, y a su vez, una conciencia plena de que se está actuando de manera ilegal, por lo que se requiere el dolo, dolo directo, para su consumación, siendo su autor necesariamente un funcionario público.

#### **1.2 Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito.**

El numeral 61 de la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública establece una sanción patrimonial al autor del delito de enriquecimiento ilícito con la pérdida de los bienes a favor del Estado, dicha sanción es la siguiente:

*Artículo 61-Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito. La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, en favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los*

*bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito, salvo derechos de terceros de buena fe, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial.*

En el caso de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden judicial para que la sección respectiva del Registro proceda a trasladar el bien a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicados, si se trata de inmuebles, a fin de que puedan ser usados en obras de provecho para el cantón o de beneficencia pública. Los demás bienes tendrán el destino que se determine en el Reglamento de esta Ley.

La orden de inscripción o de traspaso estará exenta del pago de timbres y derechos de inscripción.

Los bienes adquiridos por un funcionario público como consecuencia del aprovechamiento de su cargo serán trasladados a favor del Estado; de tal manera, que el enriquecimiento ilícito se sanciona no sólo con la pena de cárcel del numeral 45 de la misma ley, sino también con la pérdida de los bienes fruto de este acto ilegal, lo cual pretende quitarle todo incentivo a la comisión de dicho delito.

#### **1.3 Soborno transnacional**

El soborno constituye una figura relevante en la lucha contra la corrupción, la cual se encuentra expresamente regulada en los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, y que el ordenamiento jurídico

costarricense tipificó en el artículo 55 de la Ley contra la corrupción.

*Artículo 55.-Soborno transnacional. Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes.*

La misma pena se aplicará a quien solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.

La conducta tipificada es ofrecer u otorgar en forma directa o indirecta a un funcionario público de otro estado una dádiva, retribución o ventaja indebida, con el fin de que éste utilice su rango para realizar, retardar u omitir un acto; o bien, que de forma indebida influencia en otro funcionario para realizar, retardar u omitir cualquier acto.

Nótese que el delito es “ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado”, por lo tanto su actor puede ser un funcionario público, o bien un particular que incurra en esta acción; asimismo, su comisión se realiza en forma dolosa, con dolo directo.

## 2 Delitos vinculados con la declaración jurada de bienes

### 2.1 Falsedad en la declaración jurada

Uno de los principales instrumentos para detectar y sancionar la corrupción en la función pública introducidos por la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito fue el fortalecimiento de la declaración jurada de bienes según el capítulo III de esta ley, titulado "Declaración jurada sobre la situación patrimonial" en donde se regulan los aspectos más relevantes de este instrumento.

En concordancia con ello, el artículo 46 tipifica como delito incurrir en falsedad al momento de rendir declaración jurada de bienes, reforzando con ello, la relevancia que el legislador pretendía dar a este instrumento. Textualmente dice:

*Artículo 46.-Falsedad en la declaración jurada. Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República.*

Este delito pretende garantizar la correcta utilización de la declaración, pues este instrumento resulta útil en la medida en que incluya información veraz del declarante, por lo que se tipifica la: falsedad, simulación o encubrimiento de bienes al momento de rendir declaración ante el órgano contralor.

Por su parte, la citada Ley contra la corrupción no especifica que debe entenderse por falsedad o encubrimiento, por lo que hay que recurrir a otras fuentes fuera de esta norma para su interpretación; no obstante, resulta relevante la lectura del numeral 32 de esta

misma ley, en donde de manera expresa describe la acción de simulación; de la siguiente manera:

*Artículo 32.-Simulación. Podrá concluirse que existe simulación, si no hay concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que se estén usufructuando de hecho.*

Para que la simulación se configure, será necesario que el usufructo sea sobre bienes de terceros, que por ello no aparezcan en la declaración del funcionario, que este no pueda exhibir ningún título sobre ellos, y que el usufructo sea público y notorio, parcial o total, permanente o discontinuo.

Se entiende que existe usufructo de hecho sobre los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consanguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la indicada forma indicada de usufructo.

Todos los bienes de los cuales se goce un usufructo de hecho, por cualquier motivo, deberán ser declarados. (Asamblea Legislativa, 2004)

En los supuestos en donde se comprueba la aplicación del numeral transcrito se estaría ante una simulación, y por lo tanto, aplicaría el delito de falsedad en la declaración del artículo 46 anteriormente citado.

De tal manera, que estamos ante un delito que puede ser cometido por acción o por omisión, con el simple hecho de no declarar la totalidad de los bienes obligados a hacerlo, siendo consiente de esa actuación irregular,

requiriendo por ende, el dolo, dolo directo para su materialización.

Finalmente, se debe señalar que es un delito especial en sentido estricto, pues sólo puede ser cometido por el funcionario público que esté obligado a rendir declaración bajo los parámetros establecidos bajo el reglamento a esta ley y lo señalado por la Contraloría General de la República.

### 2.2 Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas

Con el fin de salvaguardar la integridad de la declaración jurada de bienes como un instrumento de lucha contra la corrupción y en relación con la garantía de confidencialidad de las declaraciones, el artículo 60 de esta ley tipifica el delito de violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas de la siguiente forma:

*Artículo 60-Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas. Será penado con prisión de tres a cinco años, quien divulgue las declaraciones juradas de bienes presentadas ante la Contraloría General de la República.*

Este numeral posee relación directa con el numeral 24 de este mismo cuerpo normativo, que garantiza la confidencialidad de la información declarada en este instrumento, salvo para los entes que por sus potestades pueden realizar investigaciones para verificar su contenido.

*Artículo 24.-Confidencialidad de las declaraciones. El contenido de las declaraciones juradas es confidencial, salvo para el propio declarante, sin perjuicio del acceso a ellas que requieran las comisiones especiales*

*de investigación de la Asamblea Legislativa, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público o los tribunales de la República, para investigar y determinar la comisión de posibles infracciones y delitos previstos en la Ley. La confidencialidad no restringe el derecho de los ciudadanos de saber si la declaración fue presentada o no conforme a la ley.*

Este es un delito por acción, pues se requiere una actuación para dar a conocer información confidencial contenida en una declaración patrimonial, e igualmente, se puede cometer únicamente con una intención clara de su materialización; es decir, en forma dolosa.

## 3 Delitos vinculados con bienes y contratos públicos

### 3.1 Receptación, legalización o encubrimiento de bienes

Con el ánimo de tutelar los bienes públicos, el artículo 47 de la Ley contra la corrupción, introduce el delito de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, que se tipifica de la siguiente manera:

*"Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda."*

La acción tipificada puede ejecutarse de distintas maneras que son: ocultar, asegurar,

transformar, invertir, transferir, custodiar, administrar, adquirir y dar apariencia de legalidad a bienes o derechos, todo con el objetivo de encubrir al funcionario público que se ha aprovechado de su cargo para obtener un beneficio patrimonial.

De tal manera que se puede materializar por acción, en los supuestos en los que la conducta requiera de una actividad desempeñada por el infractor, o bien, por omisión, cuando más bien, el no ejecutar alguna acción permite el encubrimiento del funcionario público que se ha beneficiado por su cargo de manera ilícita; asimismo, el autor del delito debe estar consiente que con su conducta encubre a dicho funcionario, es decir, se requiere el dolo para que se pueda configurar el delito.

### 3.2 Sobreprecio irregular

El tipo penal del sobreprecio irregular está íntimamente vinculado con los procedimientos de contratación administrativa, regulado en la Ley de Contratación Administrativa, pero en la Ley contra la corrupción se establece en el artículo 49 las acciones que se van a considerar delito, de la siguiente manera:

*Artículo 49.-Sobreprecio irregular. Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los*

*sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.*

El delito se materializa cuando el funcionario público que pague un precio inferior o superior al valor que realmente se debe pagar con el fin de obtener una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en un contrato público. Nótese que el beneficio puede ser de cualquier tipo, no necesariamente un beneficio patrimonial, y no sólo para el funcionario sino para un tercero.

Es un delito de acción, pues requiere que el funcionario público permita un pago superior o inferior al que corresponda; igualmente, se configura en forma dolosa.

### 3.3 Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados

Dada la importancia que la contratación administrativa posee en la función pública, la Ley contra la corrupción incluye delitos especiales referentes a esta materia, tales como el delito de incurrir en falsedad en la recepción de bienes o servicios contratados por el Estado, en los términos del artículo 50 de la citada Ley:

*Artículo 50.-Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados. Será penado con prisión de dos a ocho años, el funcionario público, el consultor o alguno de los servidores de este, contratados por la respectiva entidad pública, que incurran en falsedad o en manipulación de la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios*

*contratados o de las obras entregadas en concesión, con el propósito de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra. Si con esa conducta se entorpece el servicio que se presta o se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la adecuada atención de las necesidades que debía atender el servicio contratado, los extremos menor y mayor de la pena se aumentarán en un tercio.*

La comisión de este delito se materializa por dos acciones que son: incurrir en falsedad de la información, o bien, manipular información vinculada con la ejecución o construcción de una obra pública, ya sea en la cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios recibidos a satisfacción con el propósito de dar por recibida una obra. La pena se agrava si como consecuencia de este delito se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la prestación del servicio público.

Por lo tanto, estamos ante un delito que se comete por acción de manera dolosa, con una clara intención de incurrir en él, y que lo ejecutan los funcionarios públicos cuyas funciones están relacionadas con contratos públicos, así como, consultores o sus asesores.

### 3.4 Pago irregular de contratos administrativos

Igualmente se sanciona al funcionario público que con su actuar permita que se pague por un contrato público que no debió haber sido recibido, ello tipificado como el delito de pago irregular de contratos administrativos, que según el numeral 51 dice:

*Artículo 51.-Pago irregular de contratos administrativos. Será penado con prisión de uno a tres años, el funcio-*

*nario público que autorice, ordene, consienta, apruebe o permita pagos, a sabiendas de que se trata de obras, servicios o suministros no realizados o inaceptables por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de reglas unívocas de la ciencia o la técnica. (Asamblea Legislativa, 2004)*

La acción sancionada se puede cometer por: autorizar, ordenar, concientizar, aprobar o permitir pagos a favor de un contratista cuando tenga conocimiento de que se trata de obras, servicios o suministros que no fueron realizados o entregados; o bien, que habiendo sido entregados éstos no cumplieran con las calidades y requerimientos establecidos y por lo tanto, no procediera su recibo conforme o pago.

Nótese que este numeral establece que los bienes recibidos deben ajustarse a las especificaciones del contrato, a las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, permitir un pago de un bien que no se ajuste a estos parámetros es incurrir en el delito citado, el cual se comete por acción y en forma dolosa cuando se permite el pago a sabiendas de que el mismo resultaba improcedente, o bien, por omisión cuando el pago se dé por no haber realizado una adecuada revisión del objetivo contratado, o por no oponerse a dicho pago cuando ello resultaba procedente.

### 3.5 Apropiación de bienes obsequiados al Estado

El artículo 20 de la Ley contra la corrupción estableció un régimen especial para donaciones y obsequios dados a funcionarios públicos como gestos de cortesía inter-

nacional. Este numeral establece que cuando el bien recibido posea un valor superior a un salario base serán considerados bienes propiedad de la Nación. A contrario sensu, un funcionario público puede recibir y permanecer con un obsequio cuando éste no supere el monto de un salario base.

Asimismo, la Dirección General de Tributación deberá llevar un registro de este tipo de bienes, y decidir sobre su destino, todo ello en los siguientes términos:

*Artículo 20. Régimen de donaciones y obsequios. Los obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su valor sea superior a un salario base, según la definición del artículo 2º de la Ley N° 7337, de acuerdo con la valoración prudencial que de ellos realice la Dirección General de Tributación, si se estima necesaria. El destino, registro y uso de estos bienes serán los que determine el Reglamento de esta Ley; al efecto podrá establecerse que estos bienes o el producto de su venta, sean trasladados a organizaciones de beneficencia pública, de salud o de educación, o al patrimonio histórico-cultural, según corresponda. De la aplicación de esta norma se exceptúan las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico.*

Cuando un funcionario reciba un regalo o donación de un bien que supere un salario base y no proceda a trasladarlo a la Dirección General de Tributación estará incurriendo en el delito de apropiación de

bienes obsequiados al Estado, del artículo 54 de esta misma Ley, que a la letra dice:

*Artículo 54.-Apropiación de bienes obsequiados al Estado.*

*Será penado con prisión de uno a dos años el funcionario público que se apropie o retenga obsequios o donaciones que deba entregar al Estado, de conformidad con el artículo 20 de esta Ley.*

La actuación tipificada es la apropiarse o retener bienes obsequiados o donados al Estado cuando éstos superen el monto de un salario base, por lo que estamos ante un delito de acción, que se comete en forma dolosa, pues su autor tiene la intención de dejarse un bien que debió trasladar al Estado.

#### **4. Delitos vinculados con las influencias en la función pública**

##### **4.1 Tráfico de influencias**

La Ley contra la corrupción incluye el delito de tráfico de influencias de la siguiente manera:

*Artículo 52.-Tráfico de influencias. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciendo de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.*

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

Este delito puede ser cometido tanto por un funcionario público como por un particular que ejerce su influencia sobre otro funcionario, en virtud de su cargo o relación jerárquica para que éste retarde u omita: un nombramiento, una adjudicación, una concesión, un contrato, un acto o una resolución propios de sus funciones, con lo cual se provoque un beneficio directo o indirecto para sí, sea un beneficio económico o ventaja indebida para él o para un tercero.

Este tipo penal posee un agravante en la pena si su autor ocupa alguno de los siguientes cargos relevantes: Presidente o Vicepresidente, Miembros de los Supremos Poderes de la República, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, el

superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

Es un delito de acción pues se requiere de una actuación que es “influir” en un funcionario público, haciéndose de forma dolosa, con dolo directo.

#### **4.2 Influencia en contra de la Hacienda Pública**

Igualmente, se sanciona el delito de influencia en contra de la Hacienda Pública, por lo tanto, es necesario hacer referencia al artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dado que en ella se establece la siguiente definición de esta figura:

*ARTÍCULO 8.- HACIENDA PÚBLICA  
La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.*

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades

y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994)

De la lectura del anterior numeral se extrae que la figura de la Hacienda Pública no se limita a los aspectos patrimoniales del Estado, no obstante los incluye, sino que es un concepto más amplio.

El delito de influencia en su contra se contempla en el artículo 57 de la Ley contra la corrupción, y que en lo que interesa dice:

*“Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin.”*

El actor de este delito puede ser un funcionario público o sujetos equiparables a él, de tal manera, que su ámbito de aplicación

es más amplio, y se tipifican las acciones de: influir, dirigir o condicionar una situación aprovechándose de su cargo para obtener un resultado que resulte lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública, o bien, que sea lesivo al interés público.

Se refiere a un delito de acción cometido en forma dolosa que traiga como resultado una lesión a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público.

### **5 Prohibiciones posteriores al servicio del cargo**

El numeral 53 de la Ley contra la corrupción incluye un delito nuevo en el ordenamiento jurídico costarricense que implica también una prohibición que como tal no se encuentra expresamente regulada en ninguna otra norma.

Dicha prohibición le impide a los funcionarios públicos que han participado en un proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio contrato cuyo monto sea igual o superior al que correspondería para una licitación pública de ser contratado por la empresa adjudicataria en dicho proceso hasta un año después a la celebración de dicho contrato.

No obstante, el artículo 53 de esta ley lo redacta como tipo penal, y no como prohibición, dicho texto dice:

*Artículo 53.-Prohibiciones posteriores al servicio del cargo. Será penado con*

*cient a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio de que se trate.*

La acción tipificada es aceptar un empleo remunerado o participación en el capital social de la persona física o jurídica que fue adjudicada en el proceso licitatorio en el cual tuvo alguna participación dicho funcionario público en el término de un año después de realizado el contrato. A contrario sensu, transcurrido el plazo de un año señalado en este numeral, el funcionario podría aceptar el empleo remunerado o participación en el capital social en la empresa adjudicataria sin incurrir en este delito.

De tal manera que nos encontramos ante un delito de acción, pues se requiere aceptar el empleo o participación social, y el mismo se realiza en forma dolosa, pues dicho funcionario tiene conocimiento de que participó en el proceso licitatorio en el cual dicha empresa fue adjudicada.

## **6. Delitos vinculados con el uso de la función pública en provecho propio o de un tercero**

### **6.1 Legislación o administración en provecho propio**

De gran relevancia resulta el delito de legislación o administración en provecho propio tipificado en el artículo 48 de la Ley contra la corrupción:

*Artículo 48.-Legislación o administración en provecho propio.*

*Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.*

Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones

colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.

Su actor es un funcionario público, y las acciones tipificadas son: sancionar, promulgar, autorizar, suscribir o participar con su voto favorable en la aprobación de leyes, decretos, acuerdos, actos o contratos administrativos, cuando ello dé como resultado un beneficio –sea directo o indirecto- para sí, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, e incluso parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.

Igualmente, aplica este delito si el beneficiado con el actuar del funcionario público es una empresa privada en la cual él, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, o sean apoderados o miembros de algún órgano social, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas.

Este tipo también contempla como delito cuando un funcionario público negocie como representante de la administración pública, es decir, en la parte patronal, beneficios patrimoniales en una convención colectiva, que le beneficien a él directamente, o bien, sean de provecho para su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.

Por lo tanto, estamos ante un delito de acción que se comete en forma dolosa, puesto que su actor tiene claro que con su gestión se produce un beneficio para sí o para un tercero de su interés.

## **6.2 Reconocimiento ilegal de beneficios laborales.**

Se tipifica como delito el reconocer un beneficio laboral de forma ilegal, dicho delito se tipifica en el artículo 56 de la Ley contra la corrupción de la siguiente manera:

*“Reconocimiento ilegal de beneficios laborales. Será penado con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que, en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable.”*

Su actor es un funcionario público que actúa en representación de la administración pública, y que aprovechando dicha potestad otorgue o reconozca beneficios patrimoniales en una relación laboral contrarias a las normas establecidas, es decir, de manera ilegal.

Se trata por lo tanto de un delito de acción, que consiste en otorgar o reconocer de manera dolosa; es decir, a sabiendas que el beneficio laboral resulta improcedente pues es contrario al ordenamiento jurídico vigente.

## **6.6 Fraude de ley en la función administrativa**

El artículo 5 de la Ley contra la corrupción regula la figura de fraude de Ley, de la siguiente manera como:

*“La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se*

*conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.”*

Esta conducta posee dos consecuencias en esa misma ley, que es la nulidad de los actos o contratos derivados del fraude de ley según el numeral 6, y el delito de fraude de ley consagrado en el artículo 58 de ese texto normativo, que dice:

*Artículo 58.-Fraude de ley en la función administrativa. Será penado con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley, de conformidad con la definición del Artículo 5 de la presente Ley. Igual pena se aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento jurídico, se vea favorecido o preste su concurso para este delito.*

Se trata de un delito de acción pues requiere la comisión del fraude de ley y que se ejecuta de manera dolosa, el mismo podrá ser cometido por un funcionario público que trabaje dentro de la administración pública o ente público.

## **III. Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos**

### **1. Delito Informático**

El ordenamiento jurídico costarricense carece de regulación adecuada en torno al tema de los delitos informáticos, no obstante, en la Ley de la Administración Financiera y

Presupuestos Públicos, podemos encontrar una referencia a este tipo de delitos, en el artículo 111, que en lo que interesa dice:

*ARTÍCULO 111.- Delito informático Cometerán delito informático, sancionado con prisión de uno a tres años, los funcionarios públicos o particulares que realicen, contra los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de Proveduría, alguna de las siguientes acciones:*

- a) Apoderarse, copiar, destruir, alterar, transferir o mantener en su poder, sin el debido permiso de la autoridad competente, información, programas o bases de datos de uso restringido.*
- b) Causar daño, dolosamente, a los componentes lógicos o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyan el funcionamiento de los sistemas informáticos.*
- c) Facilitar a terceras personas el uso del código personal y la clave de acceso asignados para acceder a los sistemas.*
- d) Utilizar las facilidades del Sistema para beneficio propio o de terceros. (Asamblea Legislativa, 2001)*

Este delito puede ser cometido tanto por un funcionario público como por un particular, y la acción tipificada:

- a) Apoderarse, copiar, destruir, alterar, transferir o mantener en su poder información, programas o bases de datos de uso restringido de los sistemas informáticos de la Administración Financiera y Proveduría,*
- b) Dañar los equipos de apoyo a los sistemas informáticos de la Administración Financiera y Proveduría,*

- c) *Facilitar a terceras personas el uso de claves personales, y finalmente;*  
 d) *Utilizar los sistemas para beneficio propio o de un tercero.*

De tal manera, que se trata de un delito de acción, que debe ser cometido en forma dolosa, puesto que su autor es consiente

que está vulnerando o permitiendo que se vulneren los sistemas informáticos de la administración financiera y proveeduría.

A manera de cierre de este documento, se incluyen los aspectos más relevantes de los delitos funcionales en el ordenamiento jurídico costarricense en la siguiente tabla:

DELITOS FUNCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE				
Delitos funcionales del Código Penal				
Delito funcional	Artículo	Dolo/ Culpa	Acción/ omisión	Autoría
Abuso de autoridad	338	Dolo	Acción	Funcionario Público
Incumplimiento de deberes	339	Dolo	Omisión	Funcionario Público
Denegación de auxilio	340	Dolo	Omisión	Quién ocupe el cargo de jefatura o agente de la fuerza pública del Ministerio Público
Requerimiento de fuerza contra actos legítimos	341	Dolo	Acción	Funcionario de la fuerza pública.
Nombramientos ilegales	344	Dolo	Acción	Funcionario público con la competencia para nombrar o proponer nombramientos en cargos públicos.
Violación de fueros	345	Dolo	Acción	Funcionario de la fuerza pública.
Divulgación de secretos	346	Dolo	Acción	Funcionario público con acceso a información privilegiada.
Cohecho impropio	347	Dolo	Acción	Funcionario Público
Cohecho propio	348	Dolo	Acción y Omisión	Funcionario Público
Corrupción agravada	349	Dolo	Acción y Omisión	Funcionario Público
Aceptación de dádivas por un acto cumplido	350	Dolo	Acción y Omisión	Funcionario Público
Corrupción de Jueces	351	Dolo	Acción	Juez o Arbitro
Penalidad de corruptor	352	Dolo	Acción	Sujeto privado
Enriquecimiento ilícito	353	Dolo	Acción	Funcionario Público
Negociaciones incompatibles	354	Dolo	Acción	Funcionario Público con capacidad legal para negociar Árbitros, peritos, contadores, amigables componedores, tutores, albacea y curadores. Negociador comercial del Estado.
Concusión	355	Dolo	Acción	Funcionario Público
Exacción ilegal	356	Dolo	Acción	Funcionario Público
Prevaricato	357	Dolo	Acción	Jueces Árbitros Funcionarios públicos con competencia para dictar resoluciones

Patrocinio Infiel	358	Dolo	Acción	Abogados funcionarios públicos Abogados particulares
Doble representación	359	Dolo	Acción	Abogados funcionarios públicos Abogados particulares
Sujetos equiparables	360	Dolo	Acción	Asesores, peritos, testigos-peritos. Profesionales que emiten un dictamen
Peculado	361	Dolo	Acción y Omisión	Funcionario Público
Facilitación culposa de sustracciones	362	Culpa	Omisión	Funcionario Público
Malversación	363	Dolo	Acción	Funcionarios Públicos
Peculado y malversación de fondos privados	363bis	Dolo Culpa	Acción y Omisión	Funcionario Público
Demora injustificada de pagos	364	Dolo	Omisión	Funcionario Público
Delitos funcionales de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública				
Enriquecimiento ilícito.	45	Dolo	Acción	Funcionario Público
Falsedad en la declaración jurada	46	Dolo	Acción Omisión	Funcionario Público obligado a rendir declaración patrimonial.
Receptación, legalización o encubrimiento de bienes	47	Dolo	Acción	Funcionario Público
Legislación o administración en provecho propio	48	Dolo	Acción	Funcionario Público
Sobreprecio irregular	49	Dolo	Acción	Funcionario Público
Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados	50	Dolo	Acción	Funcionario público Consultor o sus servidores
Pago irregular de contratos administrativos	51	Dolo	Acción Omisión	Funcionarios públicos
Tráfico de influencias	52	Dolo	Acción	Funcionarios públicos Particulares
Prohibiciones posteriores al servicio del cargo	53	Dolo	Acción	Funcionario Público
Apropiación de bienes obsequiados al Estado	54	Dolo	Acción	Funcionario Público
Soborno transnacional	55	Dolo	Acción	Funcionario Público Particular
Reconocimiento ilegal de beneficios laborales	56	Dolo	Acción	Funcionario Público
Influencia en contra de la Hacienda Pública	57	Dolo	Acción	Funcionario Público Sujetos Equiparados
Fraude de ley en la función administrativa	58	Dolo	Acción	Funcionario Público
Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas.	60	Dolo	Acción	Funcionario Público Tercero que tenga acceso al contenido de la declaración.
Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos				
Delito Informático	111	Dolo	Acción	Funcionarios públicos Particulares

## Conclusiones

Luego de detallar y comprender las principales características de los diferentes tipos penales que permiten sancionar las acciones ilícitas cometidas en contra la función pública, generalmente cometidos por funcionarios públicos en virtud de las ventajas que da su cargo, y en algunas ocasiones por particulares, y también en asociaciones funcionario público-particular, la principal conclusión a la que podemos llegar es que el ordenamiento jurídico ha ido introduciendo este tipo de delitos y actualmente contamos con un abanico amplio de opciones para sancionar este tipo de actos.

Si bien, nuestra legislación no es perfecta y actualmente existen dificultades para probar en juicio la comisión de estas faltas, existen falencias en la calificación de los tipos penales e inclusive aún tenemos lagunas, corresponde un avance significativo en la materia, tendiente a preservar el correcto uso de los bienes, servicios y fines públicos.

El principal llamado que hace este documento es a conocer este tipo de delitos para que sean analizados, discutidos, aplicados y finalmente mejorados con el fin de salvaguardar la función pública, aspecto que nos beneficia y corresponde a todos, seamos o no servidores públicos.

## Bibliografía

4476-2010, 4476 (Sala Constitucional 03 de marzo de 2010).

595-1994, 565-94 (Sala Tercera 12 de Diciembre de 1994).

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. México: ONU.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. México: ONU.

Asamblea Legislativa. (1970). *Ley N° 4573 denominada Código Penal*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (1970). *Ley N° 4573 denominada Código Penal*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (1978). *Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública*. San José: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2001). *Ley N° 8131 denominada Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2004). *Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2004). *Ley Nro. 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*. San José, Costa Rica : Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Asamblea Legislativa de Costa Rica (4 de noviembre de 1994). *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*. Obtenido de Sistema Nacional de Legislación Jurídica : [http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&nValor3=80928&strTipM=TC](http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&nValor3=80928&strTipM=TC)

Casado, M. L. (2009). *Diccionario de derecho*. Argentina: Valletta Ediciones.

División de Asesoría y Gestión Jurídica (DAGJ). (2005). *Oficio N° 16645 (DAGJ-3689)*. San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

Molina Ruiz, W. (2009). *Delitos funcionales: Guía de Investigación*. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal: Parte General* España: Tirant.

Organización de Estados Americanos (OEA). (1996). *Convención Interamericana contra la corrupción de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)*. Venezuela: OEA.

Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Luxemburgo: ONU.

Procuraduría General de la República. (2007). *Dictamen N° OJ-006-2007*. San José, Costa Rica: PGR.

Zaffaroni, E. (1985). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Argentina: EDIAR.

# LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS

*Magda Díaz Bolaños<sup>1</sup>*

## **1. La empresa**

En un proceso liquidatorio se puede encontrar una empresa indistintamente de la actividad que realice: comercial, industrial, agraria, agroindustrial, entre otras. Al tratarse de una realidad, se articula sujeta a una serie de factores ajenos a la ciencia jurídica, esta disciplina debe responder en estos momentos de crisis.

La empresa tiene un ciclo de vida, por ello se ha afirmado que hay que dar principal atención a la actividad, como uno de los elementos que la componen. La actividad en muchas ocasiones se puede desplegar, aún cuando hay una cesación de pagos; o bien podría continuarla parcialmente o bajo ciertos ajustes. Por tal razón la figura en comentar es de vital importancia. Incluso, aunque de vieja data como se verá en las referencias doctrinarias, lo relevante, es que las diferentes crisis económicas muestran que es importante una adecuada regulación del tema.

La empresa es un fenómeno económico, que ha sido utilizado por el derecho comercial para lograr establecer el objeto de estudio, superando, en algunos casos la problemática que implicaba la poca flexibilidad de la teoría

de los actos de comercio, sea en su ángulo subjetivo como objetivo. Se considera que uno de los principales motivos que permitió plantear modificaciones en los esquemas jurídicos del derecho mercantil, fue la introducción de la máquina en el proceso de fabricación; da inicio a la denominada sociedad de consumo (Mora, 1982, p.102). El esquema jurídico que sostenía en ese momento los actos de comercio objetivos resultó insuficiente como se anotó, y se empezó a gestar una serie de debates para la regulación de la empresa (Broseta Pont, 1965, p. 88 a 90). Surge así una evolución trascendental para determinar el objeto del derecho mercantil; además se supera la teoría de los actos de comercio y se inicia la etapa de un derecho de una organización: la empresa.

Brevemente se debe indicar, en Costa Rica, el cuerpo legal vigente en materia comercial fue promulgado en 1964. Tiene en su base la teoría de los actos de comercio, tanto objetiva como subjetiva, pero con una inclinación mayor a los actos objetivos. Ello se desprende de la lectura de los numerales primero y segundo del Código de Comercio.

No obstante, existen reformas a esa normativa y leyes especiales mercantiles,

<sup>1</sup> Jueza integrante del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, master en Derecho, master en Administración de Justicia enfoque Sociológico con énfasis en administración de justicia civil, especialista en Derecho Comercial y Derecho Agrario. Profesora universitaria.

particularmente en el derecho cartular y bursátil, donde se reconoce a la empresa mercantil como ente generador de títulos valores atípicos. Se considera, la creación de títulos atípicos emana de los “usos consagrados”, según la letra del ordinal 670 párrafo primero del Código de Comercio. Los usos solo pueden emanar de una actividad económica organizada, por ello se estima que hay en la norma un reconocimiento del legislador de 1990 de la empresa, como una fuente generadora de títulos valores atípicos. También hay una regulación de la figura del establecimiento mercantil a partir del numeral 478 del Código citado, como parte del perfil objetivo de la empresa.

Como se ha denotado, en Costa Rica no existe una definición emanada de las normas jurídicas sobre la empresa; tampoco una regulación expresa, sino hay una mezcla de conceptos contenidos en el Código de Comercio y teorías tendientes a delimitar el objeto del derecho comercial.

### 1.1 Definición

Desde la perspectiva económica la empresa es:

*“la unidad básica productiva, privada, en una economía. Contrata trabajo, renta o posee capital y tierra, y compra otros insumos con el fin de fabricar y vender bienes y servicios” (Samuelson, et.al, 2010. p.688).*

Como se ha indicado el derecho mercantil reconoce en la empresa la unidad básica de la economía, lo califican de fenómeno económico, que contribuye a determinar su objeto (Certad, 1988, p.168). La jurisprudencia de Costa Rica así lo ha reconocido. Entre varias sentencias, en la decisión N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994

de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se puede observar un desarrollo de la noción de empresa. En lo que interesa el mencionado voto reconoce: *“La figura de la empresa tiene dentro del ámbito jurídico un papel fundamental respecto de todas las relaciones referidas al proceso económico. Más que un concepto jurídico es un concepto elaborado por la economía en la época moderna para identificar a los sujetos del sistema económico...”*. De lo expresado por la Sala, es elocuente en diferentes parajes del fallo, sobre el carácter económico, la relación entre capital, trabajo y mercado, aspectos esenciales en la empresa.

En el ámbito económico, son cuatro los factores de producción: la tierra, el capital, el trabajo y los bienes productivos. La empresa es la organización de los factores de producción, principalmente el trabajo y el capital. Para su existencia es necesario un grado, aunque mínimo, de organización de los componentes apuntados (Mora, 1982, p. 122). Se trata de un ente productivo no para consumo propio, sino para la producción de bienes o servicios, para el cambio o para la intermediación. Todos esos actos deben ser dirigidos al mercado.

En cuanto al reseñado fenómeno, éste ocurre en Italia cuando se reconstruye el Código de Comercio sustentado en la empresa (Certad, 1980, p.15). Por esa razón en las diferentes argumentaciones jurídicas de fallos judiciales, se pueden encontrar referencias a esta legislación, dado que en nuestro ordenamiento jurídico, como se indicó, no hay un grupo de reglas sistemáticas sobre la empresa. Para ilustrar lo indicado, se puede consultar la sentencia N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

La empresa, se reconoce como la unidad básica de la economía, excluyendo discusiones sobre los actos objetivos o subjetivos de comercio. Interesa en consecuencia, la regulación del fenómeno económico. Lo anterior, implica, la empresa es una universalidad, la cual ha de tener un tratamiento particular dado es una unidad patrimonial (Mora, 1982, p.116).

### 1.2 Elementos

La empresa, en razón del carácter económico, se considera es un concepto poliédrico, o sea compuesto por varias partes que forman el todo. Por tal razón se analizan los cuatro elementos que integran el concepto: subjetivo, objetivo, actividad y corporativo.

#### 1.2.1. Subjetivo

El componente subjetivo se relaciona con el empresario o empresaria, o sea, quien ejercita la actividad. En este punto, es irrelevante si se trata de una persona jurídica o física, si es un empresario indirecto, oculto o representado.

Interesa el comportamiento de quien dirige la empresa; implica un nivel de organización del trabajo ajeno y del capital propio; además, asume el riesgo técnico y económico. En cuanto al riesgo técnico, es aquel inherente a todo proceso productivo; y el riesgo económico, es la posibilidad de cubrir los costos de trabajo, entendidos como salarios, y los de capital como intereses (Asquini, 1986, p. 146).

A la luz de las características expuestas, no es empresario: quien ejerce una actividad económica ajena o a riesgo ajeno; el que

realiza una actividad o labor estrictamente personal, sea de carácter material o intelectual; el simple oficio como los conductores de transporte privado a manera de ejemplo; y quienes ejercen profesiones intelectuales, tales como médicos, empresarios, a menos que cumpla con los factores de organización arriba descrito, como ocurre en el caso de farmacéuticos o veterinarios, cuando establecen paralelas al ejercicio de su actividad profesional el intercambio de bienes (Mora, 1982, p.137).

Otro detalle importante, es la actividad de quien organiza la empresa, porque debe de tener fines de producción o de intercambio de bienes o servicios, y operar en el mercado. La sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994, examinó los rasgos del empresario así:

*“Independientemente de analizar los elementos de la profesionalidad, el fin de lucro, los diferentes tipos de empresarios, privados o públicos, o la sustitución por medio del empresario de la vieja figura del comerciante, lo más importante es la actividad productiva. En efecto el fin respecto del cual la actividad del empresario se encuentra directamente referida es la del intercambio de bienes y servicios. Se incluye en este criterio el antiguo concepto del comerciante como “hombre de negocios” para, y por medio del empresario, ser “el productor”, pues es él quien produce bienes y servicios”.*

Es apreciable reseñar que no se califica a una persona jurídica regulada en el artículo cinco del Código de Comercio, como empresaria, por estar legalmente constituida.

Será empresa al constatar la presencia de un empresario o empresaria que ejercita una actividad. A manera de ilustrar lo explicado, es menester observar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto N°50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de setiembre de 1983 donde señaló: *“La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes o servicios”*. De lo anterior, es evidente, las figuras societarias son esquemas legales que brindan soporte a un fenómeno económico de las características apuntadas, pero no son un requisito para considerarlas como tales.

El carácter profesional de quien organiza la empresa, radica en el ejercicio de la actividad de manera continua y no ocasional. El lucro es un elemento natural, mas no esencial. Con lo anterior, debe subrayarse, no es un factor para calificar la profesionalidad el hecho que una empresa tenga lucro o no. La profesionalidad, es una actividad sistémica, estable y continua. No obstante, no pierde esta cualidad de profesional, si la actividad está sujeta a períodos (Asquini, 1986, p. 147).

### 1.2.2. Objetivo

Desde éste ángulo se analiza el perfil patrimonial u objetivo de la empresa. En doctrina se ha señalado, el fenómeno económico de la empresa, genera un patrimonio diferente y distinto en razón del fin que ostenta la empresa. El patrimonio de la *azienda*, según Asquini, es un patrimonio especial del empresario, complejo por las relaciones jurídicas heterogéneas, porque comprenden relaciones reales, obligatorias, activas y

pasivas, y conjugando tales relaciones con objetos también heterogéneos como: bienes materiales, muebles e inmuebles, bienes inmateriales y servicios (Asquini, 1984, p. 149).

Se caracteriza tal patrimonio porque resulta de una gama compleja de relaciones de organización, en constante movimiento por la actividad que realiza el empresario, la cual tiene la capacidad de obtener un valor económico por sí misma. La figura del patrimonio de la *azienda*, fue calificada por el autor en cita como una *universitas iurum* (Asquini, 1986, p. 149 a 150), en otros términos, debido a la forma en que los elementos que componen la *azienda* se interrelacionan, producto de la actividad ejercida por el empresario. Esos elementos son observados como una universalidad y en consecuencia tienen la posibilidad de tener un valor propio. Como se ha comentado en líneas anteriores, la organización de diferentes factores, son los que llevan a consolidar la noción de empresa, y los elementos que la componen.

La *azienda* se comprende, como el conjunto de bienes que representan la proyección patrimonial de la empresa. Es la organización objetiva en que se concreta la actividad empresarial. Además se ha afirmado, es el organismo técnico económico, mediante el cual se realiza la coordinación de los factores de la producción, percibidos por la empresa (Certad, 1988, p.81).

En Costa Rica se ha sostenido que la *azienda*, está regulada en el ordinal 478 del Código de Comercio, donde reglamenta la venta de establecimiento mercantil e industrial, al implantar con claridad la existencia de un grado de organización y en consecuencia de actividad (Certad, 1988,

p.98 a 99). Esta posición se mantenía en algunos votos de Tribunales Civiles, en cuanto a la característica de universalidad del establecimiento mercantil, por ejemplo en la sentencia N°773 de 1962 de la Sala Primera Civil (Kosolchyk, 1974, p.75). Recientemente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en voto N°831 de las 09 horas 30 minutos del 03 de noviembre de 2000, con precisión indicó:

*“El establecimiento mercantil, conocido también con el término “negocio”, puede concebirse como el conjunto de bienes, materiales e inmateriales, organizado por el empresario, sea este persona física o jurídica, como medio para obtener su finalidad económica, a saber, la producción e intercambio de bienes o servicios para el mercado. Se trata de una pluralidad de bienes heterogéneos que, si bien conservan su individualidad, forman una unidad por la función económica a la que están destinados. Es una “universalidad” que adquiere un valor en su conjunto, y como tal puede ser objeto del derecho de propiedad y también de tráfico jurídico. Nuestro Código de Comercio establece una regulación general sobre el “establecimiento mercantil” y su transmisibilidad. En su artículo 478 establece: “Son elementos integrantes de un establecimiento comercial, para los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones eléctricas, telefónicas y de cualquier otra naturaleza, el mobiliario, la existencia en mercaderías, las patentes de invención y marcas de fábrica, la contabilidad que comprende los archivos completos del negocio, de dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y los demás*

*derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende todos sus elementos, y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario”*.

También está reconocida la nulidad del traspaso del establecimiento mercantil, en el voto N°281 de las 09 horas 05 minutos del 17 de julio de 2001 del Tribunal Segundo Civil Sección I, cuando se realiza en contraposición a la regla del 479 del Código de Comercio y la forma en que se genera un vicio por su inaplicación.

### 1.2.3. Actividad

Desde esta óptica, la empresa es concebida como un conjunto de actos organizados funcionalmente, denominados actividad. Esta noción incluye la organización, administración y ejecución de actos. Comprende la destreza de quien dirige para captar y organizar las fuerzas de trabajo y el capital. La actividad de la empresa tiene presupuestos tales como la imputación, la capacidad, y la legitimación. La imputación es la atribución a quien dirige la empresa de las situaciones jurídicas favorables o desfavorables que se producen con la ejecución de actos (Panuccio, 1974, p.103). Sin embargo se enfatiza, los actos deben de calificarse como reales y efectivos. No se podría concebir una actividad empresarial, por el simple hecho de constatarse en un pacto constitutivo, como en el caso de las personas jurídicas mercantiles. Sin embargo se ha admitido la imputación de actos por sustitución, como en el caso de los representantes; o bien la adjunta, en aquellos supuestos donde no se muestran ante terceros todos los empresarios.

Relativo a la capacidad, la empresa al constituir un fenómeno económico, deberá de contar con capacidad de actuar. En el caso de personas físicas, se debe remitir al numeral 31 y 37 ambos del Código Civil. En el numeral cinco del Código de Comercio se estatuye lo relativo a las personas jurídicas, últimas que válidamente pueden actuar al obtener su personalidad jurídica, emanada de la inscripción en el Registro Mercantil, según se deriva del artículo 20 del último cuerpo legal citado. La capacidad que se exige a quien ejerce la actividad debe ser perdurable, dado que los actos no son aislados, y se requiere mantener la capacidad durante todo el ejercicio de la actividad. Sin embargo, se ha notado el caso de empresas de diversa índole, que actúan bajo la forma de personas jurídicas, donde es necesarios, al vencer el plazo social nombrar representante legítimos para lograr resolver contiendas judiciales, en apego al artículo 266 del Código Procesal Civil.

Dentro de los principios de la actividad, se indica debe ser efectiva. Ello se verifica cuando la actividad se ejecuta de hecho. Esta efectividad demuestra el dinamismo que reviste a la actividad, y particularmente las cualidades de organización y coordinación de los elementos que confluyen en la empresa para la consecución de sus fines. Los actos a realizar por la empresa, que pueden ser de naturaleza mercantil, industrial o agraria. Según lo expuesto, no basta con que quien dirige la empresa se proclame empresario o empresaria, sino es el ejercicio material de sus actos lo que permiten a terceros de forma diáfana, identificar su actividad. Según la doctrina, la efectividad es espontánea, no puede mediar error o engaño (Panuccio, 1974, p.118), o sea, debe ser mostrada a terceros sin error o duda alguna. La aludida efectividad, debe ser continua, exceptuando

las actividades que por su naturaleza no puede realizarse, y sean temporales.

La orientación, es otro principio de la actividad, y se relaciona con la consecución de un fin, de un resultado objetivo, o los fines de la actividad (Panuccio, 1974, p.118).

En el caso de la empresa mercantil, el objeto de la actividad, debe ser económica, como creadora de riquezas y por ello de bienes, o servicios patrimoniales valorables. La empresa organiza los factores de producción: el capital y el trabajo.

Un segundo objeto de la actividad es la producción o intercambio, la cual ha de dirigirse a un mercado en general, para atender la satisfacción de las necesidades económicas de los humanos. Por último, es la *azienda* otro objeto, en tanto constituye el patrimonio de la empresa y es por medio de la actividad que se logra dar uniformidad y armonía a los diferentes elementos que la conforman.

A nivel jurisprudencial se ha afirmado que la actividad es básica en la figura de la empresa. A manera de ilustración, el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994 señaló de manera enfática:

*“... lo más importante es la actividad productiva. En efecto el fin respecto del cual la actividad del empresario se encuentra directamente referida es la del intercambio de bienes y servicios. Se incluye en este criterio el antiguo concepto del comerciante como “hombre de negocios” para, y por medio del empresario, ser “el productor”, pues es él quien produce bienes y servicios. La actividad no*

*es cualquiera, solo puede ser la producción o el intercambio de bienes y servicios”.*

Del extracto anterior se puede observar, como el Alto Tribunal, da preponderancia a la actividad frente a la figura del empresario; además le da la virtud de caracterizar la tipología de empresa. En líneas anteriores se refería el criterio doctrinario, en cuanto la empresa es un concepto poliédrico. Con lo anterior, no es posible establecer una prioridad o superioridad de alguno de los perfiles sobre otro. Para reconocer una especie de empresa es necesario observar la totalidad de sus perfiles, y no de manera parcial.

#### **1.2.4. Corporativo**

En lo concerniente a este elemento, la empresa es observada como una institución, referida a la coordinación de los elementos humanos en su organización. Esa relación se verifica entre el representante del capital y el trabajo: quienes administran y las personas trabajadoras. Esta interacción es vital en la empresa moderna. Dadas las exigencias de mercado, cada vez la mano de obra debe de poseer mayores conocimientos técnicos para maximizar la producción. Además se observa, a pesar de los avances en la tecnología y la utilización de instrumentos sofisticados y de gran precisión en la industria y la agricultura, siempre se hace necesario el trabajo humano. Por lo anterior, se desea hacer énfasis en la existencia de éste perfil, que es necesario en todo estudio adecuado de la empresa.

La empresa no se trata de una mera pluralidad de personas, son por el contrario, un núcleo social organizado en función del fin

económico. Esta relación entre la empresa y esa organización con un fin social, se puede desprender del análisis de las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, particularmente al analizar el tema de la subordinación. Como muestra, el voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N°11 de las 10 horas 20 minutos del 06 de enero de 2010, señala como una característica de esa relación: *“el hecho de prestar funciones en locales de la empresa”*, con lo anterior se reconoce que algunas relaciones laborales se dan en el seno de empresas, más allá de percibir las como simples personas físicas o jurídicas.

#### **2.1 Algunas consideraciones estrictamente económicas sobre la empresa**

Con el fin de comprender la forma en que se desarrolla en el campo económico la empresa, se expondrán dos temas puntuales para analizar lo ideal en este campo, del fenómeno en estudio

##### **2.1.1 Factores mínimos necesarios para que una empresa desarrolle su actividad**

Al analizarse la empresa desde la perspectiva financiera, se afirma existe un ciclo en la actividad, mediante el cual se puede observar la manera en que circulan los factores de producción, los transforma el empresario y luego los coloca en el mercado (Universidad Santiago de Compostela, p.3).

Los pasos a seguir para que se puede observar el ciclo de la actividad es el siguiente (Universidad Santiago de Compostela, p.4):

- Se inicia con el acopio de los recursos financieros para el desarrollo del proyecto.
- Los recursos financieros se emplean para adquirir factores de producción que son de dos tipos:
- **factores de consumo lento:** se utilizan por más de un ciclo de explotación y forman parte de la estructura de la empresa. Se citan como ejemplos: las instalaciones industriales, la maquinaria, licencias o patentes, entre muchos otros.
- **factores de consumo rápido:** se consumen en un solo ciclo de explotación, como lo son las materias primas, la electricidad, mano de obra, entre otros.
- El ciclo de explotación de la empresa es: *“el tiempo que transcurre desde que se adquieren las mercancías y se transforman hasta que se venden como productos o servicios elaborados”* (Universidad Santiago de Compostela, p.4). Una vez que la empresa posee los factores de producción se inicia el proceso de producción para obtener el producto o servicio final para llevarlo al mercado.
- El producto o servicio obtenido es vendido por el empresario y así genera un excedente o beneficio.

Lo anterior de conformidad con el autor en cita, es definido como el ciclo económico de la empresa y paralelamente se genera el ciclo financiero. Este ciclo financiero es definido como: *“...el movimiento de fondos que se produce como resultado de los pagos de los recursos (inputs) y el cobro de las ventas (outputs)”* (Universidad Santiago de Compostela, p.5). Se indica que los ciclos en mención, no suelen coincidir en el tiempo, las empresas no cobran y pagan al contado todas las operaciones de compra y venta que efectúan.

Para que una empresa se desarrolle, es necesario se realicen planes financieros, y así obtener la mayor cantidad de información posible para operar. Una empresa necesita al menos contar con bienes –activos– que le permitirán desarrollar su actividad empresarial, considerando los costos de operación, los riesgos propios de la actividad y el mercado al cual se va a dirigir.

Lo que aspira una empresa desde el punto de vista económico es llegar al punto de equilibrio, el cual es entendido en una empresa como el: *“cálculo del umbral de ventas a partir del cual se obtienen beneficios”* (Universidad Santiago de Compostela, p.6). De acuerdo al autor en mención, el punto de equilibrio también es denominado punto muerto, porque de las ventas se logran cubrir todos los costos de producción. Cuando se supera ese punto, se obtienen beneficios y no se opera con pérdidas (Universidad Santiago de Compostela, p.18). Es de lo anterior que se comprende, una empresa debe buscar el punto de equilibrio en su actividad, y de ahí en adelante podrá obtener excedentes. Los excedentes le permitirán ampliar sus inventarios, hacer inversiones, entre otros aspectos. Amén, que es en este estado de bonanza poseerá la suficiente capacidad de pago para no entrar en una cesación de esas obligaciones.

### **2.1.2 La viabilidad económica de la empresa**

Como se ha reiterado la empresa es un fenómeno económico, que depende de muchos factores externos a su organización para lograr obtener un punto de equilibrio, lo cual se traduce en la posibilidad de continuar en crecimiento y obtener excedentes.

La viabilidad puede ser de dos tipos: económica y financiera. La primera es cuando un proyecto de una empresa alcanza su capacidad de producción plena, y es capaz de obtener de su actividad, una vez reducidos los costos, un excedente o beneficio suficiente para hacer frente los costos de las deudas, el pago de excedentes a los accionistas y el financiamiento necesario para crecer (Universidad Santiago de Compostela, p.28). Por otra parte la viabilidad financiera se da en una empresa, cuando los recursos generados por la propia actividad como los beneficios y las amortizaciones, más otros fondos que puedan tener origen externo a la empresa, como por ejemplo los aportes adicionales de los socios o propietarios, o deudas con terceros, son suficientes para hacer frente a las necesidades financieras de una empresa (Universidad Santiago de Compostela, p.18).

Los dos conceptos anteriores muestran que tanto la viabilidad económica como financiera tienen un punto de partida común, pero como se había explicado en el acápite anterior, no siempre coinciden porque una empresa no cobra y paga de contado todas sus compras y ventas. Requiere muchas veces inyectar capital de trabajo, asumiendo deudas, lo cual no es incorrecto desde la perspectiva que muestra el autor en cita, sino que se debe, mediante el manejo de muchas variables y riesgos, lograr el punto de equilibrio ya de reiterada cita.

## **2 De la continuidad de la empresa en procesos liquidatorios**

### **2.1 Significado de continuidad de la empresa en proceso liquidatorios**

Como se explicó, la empresa es un fenómeno económico, que busca un espacio en el mercado, colocando los productos

o servicios que genere. Debe la persona empresaria tener la capacidad para poder oportunamente pagar las obligaciones que contraiga en el ejercicio de la actividad empresarial.

Sin embargo, cuando no logra honrar las obligaciones y éstas son exigibles, sean por causas internas como por ejemplo una indebida inversión, o externas ilustrada con una crisis económica, y no cuente con patrimonio suficiente para el pago de esas deudas o liquidez, puede entrar en una patología y el ordenamiento jurídico crea mecanismos procesales para que los acreedores puedan actuar de manera colectiva como esa masa de acreedores.

En esos periodos de crisis, pueden existir dos situaciones: la primera donde la empresa puede transitar por una situación eventual, la cual no es grave y que amerita medidas para permitirle recuperarse. Pero en otros casos la situación:

*“...es sumamente grave, porque supone el desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y los pasivos, implica la existencia de un pasivo superior al activo (desbalance), y, en definitiva, refleja la impotencia del patrimonio para solventar íntegramente las deudas contraídas”* (Uría, 1996, p.1019). Ante este supuesto se está en presencia de procesos concursales liquidatorios.

En Costa Rica existen dos tipos de procesos concursales liquidatorios: la quiebra y el concurso civil de acreedores (León, pp.4 a 5). Esta tipología de procesos tiene por objeto:

*“...enterrar económicamente al sujeto pasivo o fallido, pues persiguen realizar los activos y pasivos del sujeto,*

*para entrar a distribuir ese patrimonio, siguiendo las reglas de los privilegios y de la igualdad de los acreedores” (León, p.4). Como se denota del concepto transcrito, el estado de la empresa es tan deplorable en términos financieros, que no hay posibilidad, en principio de continuar con la actividad de la empresa. Debe tomarse en consideración que la continuación de las labores solo afectan al patrimonio comercial y no al patrimonio civil (Navarrini, 1943, p. 312).*

Debe de retomarse lo comentado en cuanto al punto de equilibrio. Las empresas deben de vender sus bienes o servicios de forma tal que lleguen al punto muerto, para poder honrar todas sus deudas, siendo el punto de intersección entre los ingresos y los costes (Universidad de Santiago de Compostela, p.18). En la situación que se está explicando la empresa no posee ingresos suficientes para poder pagar a sus acreedores.

La continuidad de la actividad de la empresa en procesos liquidatorios, se presenta como una forma de proteger tanto a la masa de acreedores como al mismo deudor. Aunque la figura no es novedosa en el Derecho Concursal, si se estima hay un nuevo enfoque sobre el tema, el cual es explicado por Petgrave de la siguiente manera:

*“El moderno derecho de quiebras, ha ido evolucionando y ha recurrido a un distinto enfoque, con respecto a la sobrevivencia de la empresa, aun cuando esta ha fallado en su administración. Esto se debe a que esta, no le incumbe únicamente al deudor y a los acreedores, sino más bien a la economía en general, ya que cuando desaparece una unidad*

*económica, se verá afectado el funcionamiento del estado en general. ... La continuación de la empresa, supone que esta se encuentre en funcionamiento y con posibilidad de salir adelante económicamente, pese a que en ese momento se encuentre atravesando una situación crítica. Debido a esto, se realiza un estudio preliminar, acerca de su viabilidad, para determinar la situación en la que se encuentra. Lo anterior, para mantener el bienestar de la colectividad y por consiguiente la paz social” (2009, pp. 214 a 215). Se destaca de lo expuesto por la jurista en cita, que interesa en la figura en estudio un interés superior, representado por la colectividad, comprendida como una parte de la economía que se ve afectada –la empresa- y por lo tanto interesa para el bienestar de la colectividad.*

La continuación de la actividad empresarial en procesos liquidatorios, constituye: *“uno de los tantos medios de instrumentación de la conservación de la empresa”* según García; quien además marca la diferencia con el principio de la conservación de la empresa (1997, p. 463). Por tal razón es pertinente hacer la aclaración conceptual. Dentro de los principios de los procesos concursales se encuentra el principio de conservación de la empresa, que de acuerdo a García, no es un simple medio de reservación de los intereses de los acreedores en la ejecución colectiva. Se entiende actualmente como una solución de fondo, no como un medio para liquidar mejor la empresa, sino como una forma de solucionar una empresa. Indica el autor en cita:

*“No se trata de liquidar para repartir, sino de conservar para salvar” (García, 1997, p.36).*

Se muestra, como lo afirma el autor, el principio tiende al cuido de la estructura productiva, por tal razón, no es únicamente la continuación de la actividad empresarial dado que es una de las muchas formas en que se puede manifestar el principio.

En la continuación de la actividad empresarial en este tipo de procesos, muestra que el objeto es diferente al citado principio, tal y como se expresó. Además es relevante subrayar, tampoco la doctrina o la legislación pretenden desvirtuar la propósito del proceso liquidatorio, sino aspira alcanzar un fin superior. Corolario de los anterior Petgrave lo resume de la siguiente manera:

*“... es claro que la continuación de la empresa en la quiebra, no tiene por objeto reorganizar la empresa sino posibilitar que la liquidación se lleve a cabo como empresa en marcha, siempre y cuando esto resulte conveniente o en otras palabras, pagarle a los acreedores vendiendo la empresa como unidad productiva. Se continúa la empresa como un instrumento de liquidación, no de reestructuración” (2009, p.221).*

Abona a la necesidad de continuar con la actividad de la empresa en proceso de liquidación, Ramírez señala, un problema práctico que se presenta con la figura en análisis porque, en el caso de la quiebra, lleva consigo la clausura del establecimiento, pero en caso de continuar la actividad lo hace por cuenta de la quiebra (1959, p. 709). En este mismo sentido Satta señala:

*“...el ejercicio provisorio determina una responsabilidad directa de la quiebra por las obligaciones contraídas durante su desenvolvimiento. Los créditos correspondientes –que se*

*adquieren naturalmente contra el deudor- no son concursales y, por tanto, son pagados íntegramente con el activo de la quiebra” (1951, p.365; en igual sentido Navarrini, 1943, p. 315).*

Este aspecto reseñado se estima es importante citarlo dado que para los acreedores eventualmente podría no mostrar interés en que se continúe con las labores, pero se aspira a no cerrar *“de golpe la vida de la hacienda (sic)”* sino hacerlo gradualmente (Navarrini, 1943, p. 312). Sin embargo, conforme fue expuesto, la doctrina moderna, ha arribado a la conclusión, que hay un interés de la colectividad y de dignidad humana en no cesar de manera inmediata los trabajos o servicios brindados por la empresa (Fassi, et.al., 1996, p.402).

## **2.2 Requisitos de procedibilidad**

Se considera conveniente procurar elaborar una lista de requisitos generales de procedibilidad, sustentado en la literatura especializada consultada.

### **2.2.1. Daño grave irreparable en perjuicio de los acreedores**

El concepto de daño tiene dos acepciones según Garrone. La primera en el sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; el segundo, en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera –en determinadas circunstancias- una sanción patrimonial (1986, p.609). Por otra parte, el vocablo grave, en sentido lato, de acuerdo a la Real Academia Española, es: grande, de mucha entidad o importancia.

De lo anterior se infiere, para delimitar el concepto deberá de ser analizado en cada caso, y ponderando las situaciones que rodean a la empresa. Para Fernández el daño es imposible de definir de antemano, cuando tiene las cualidades de ser “grave” e “irreparable” porque: *“constituye una cuestión de hecho a dilucidar por el juez en cada caso concreto”* (1992, p.440). Considera el autor en mención, el juez debe tomar la decisión, en aras de evitar un “mal mayor”. Su criterio es ilustrado de la siguiente manera: *“Piénsese, por ejemplo, en la quiebra de un sujeto de derecho dedicado a la explotación agropecuaria que debe todavía levantar la cosecha, y cuyos costos (fertilizantes, combustibles, mano de obra, etc.) fueran superiores a los ingresos que, por otra vía circunstancial, pudiera tener la quiebra”* (1992, p.440). Analiza el jurista argentino, la decisión se toma sustentada en los costos frente a los gastos, y dependiendo también, si se generarían otros daños con dejar perder la cosecha sobre la superficie. Afirma, debe de mostrarse una hipótesis de equilibrio entre ingresos y egresos, pero existirán algunos eventos en que tampoco la valoración de la persona juzgadora podría inclinarse porque exista equilibrio entre los factores mencionados. Concluye con sustento en el ejemplo anterior: *“un daño grave e irreparable a la conservación del patrimonio se produciría –aun cuando nada se hubiere sembrado- si se dejaran de realizar los trabajos culturales de manutención de la tierra y alimento de animales, necesarios aun cuando ello no signifique estrictamente continuar con la explotación”* (1992, p.441).

Se afirma de lo anterior, definir el daño grave irreparable, es casuístico, ponderando no solo si es rentable o equilibrada en cuanto a ingresos y egresos; se debe acudir entonces,

a criterios complementarios, orientados a prevenir daños futuros que pongan en peligro el patrimonio del fallido y el interés general, los cuales son analizados de seguido.

### **2.2.2. Conservación del patrimonio**

La conservación alude a la guardia o custodia; o a la reparación imprescindible de un bien (Garrone, 1986, p. 467). Ha de tenerse presente, uno de los principios del proceso concursal, ya analizado, es el de la conservación de la empresa, por lo que la conservación del patrimonio es vital en un proceso liquidatorio. El objetivo se centra en el patrimonio en tanto, éste responde por el conjunto de deudas, que en términos del profesor León, son constitutivas de otras tantos créditos a favor de una pluralidad de acreedores, y es insuficiente, al menos de momento, para satisfacer todos esos créditos en su integridad (León, p.2). De ahí deriva lo sustancial de este requisito, porque se trata de evitar una inadecuada distribución del patrimonio del deudor, lo cual responde al principio de justicia distributiva; además garantiza el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor, salvo los inembargables (León, p.3).

Como se revela en las explicaciones del autor citado, el presente requisito se fortalece con la naturaleza misma del proceso concursal, en aras de obtener el mejor resultado en favor de la masa, y como se había acotado en líneas anteriores, en favor de la colectividad, dada la trascendencia de la empresa como un fenómeno de la economía, que tiene implicaciones, más allá de la relación deudor- acreedor. Este requisito, también hay que analizarlo a la luz de la situación que posee

cada empresa al momento en que se valore la continuación o no.

### **2.2.3. Interés general**

El concepto de interés general, presenta la misma dificultad que los dos requisitos anteriores, para delimitarlo, dado que no son conceptos unívocos. Según Garrone, puede variar de lugar, época y ordenamiento jurídico que se considere (1986, p. 334 y 572). Porque lo que sería de interés general en un lugar y momento determinados puede no serlo en otros. Sin embargo, aunque el autor asocia interés general a utilidad pública, parece relevante, resaltar lo siguiente: *“...todas esas locuciones tiene un fondo o alcance común: trasuntan algo que no interesa al individuo en particular, sino a conglomerados sociales especificados o al total conglomerado social”* (1986, p. 573). De tal manera, que se puede resaltar, el interés general no es asociado únicamente al interés de la masa de acreedores, sino trasciende ese escenario. En torno a la empresa gravitan muchas relaciones políticas, sociales, culturales, entre muchas otras, por lo que la cesación de una actividad de manera abrupta podría aún más lesionar el interés general.

Para Fernández, este requisito es imprescindible en asocio con los dos anteriores, pero que es de valoración exclusiva de la persona juzgadora (1992, p.441). Además agrega: *“...Tal vez por lo inasible del concepto no se han dedicado muchas páginas a definir qué es el “interés general”. ¿Consiste en el del pueblo perjudicado por el cierre de la fábrica donde laboran sus habitantes?; ¿o en el de la comunidad toda del país? La palabra utilizada por la ley (“general”) nos inclina a pensar en la última hipótesis, aunque ello no impide*

*que ambos intereses (los “particulares” y los “generales”) puedan coincidir”* (1992, p.441). Nuevamente este concepto se torna en un precepto indeterminado, que solo a la luz de los hechos la persona juzgadora podrá dotar de contenido.

## **2.3 Sujeto que intervienen**

### **2.3.1 El curador**

Quien ejerce el cargo de curador, de conformidad con el ordinal 873 del Código de Comercio, es nombrado en la resolución que declare la quiebra. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia, en sentencia N°6113-96 de las 15 horas 12 minutos del 12 de noviembre de 1996, señaló las siguientes cualidades de esta figura:

*“... resulta importante indicar en concreto que el curador es un profesional que presta sus servicios dentro del proceso de quiebra, y esa sola participación en un proceso jurisdiccional además de la función de administración que realiza sobre los bienes falenciales, lo coloca en una posición en la que no solo está satisfaciendo un interés particular, con la remuneración que percibe por los servicios prestados, sino un interés general que está en la base de los procesos de ejecución colectiva y que consiste fundamentalmente en la satisfacción de los acreedores para que impere la paz social. De ahí que la función del curador, vista desde una perspectiva muy general, consiste en la administración del patrimonio de la fallida con el fin de reconstituirlo en su función de garantía de los acreedores. En ese sentido, corresponde al curador velar por una tramitación*

ágil y correcta de la liquidación del patrimonio de la fallida. La realización de un fin general dentro del proceso es lo que caracteriza el hecho de que el nombramiento del curador lo haga el juez en la resolución que declara la quiebra; que para el nombramiento se necesiten ciertos requisitos, dentro de los que destaca la imposibilidad de ser designado en el cargo si tiene determinadas relaciones de parentesco con el juez y el quebrado; que sus funciones -artículo 876 del Código de Comercio- y su régimen de honorarios -883 del Código de Comercio- se encuentren definidos por ley; que por faltas u omisiones en el ejercicio del cargo se le impongan sanciones más drásticas que las que corresponden a un profesional que presta sus servicios fuera de un proceso judicial, porque la ley estima más reprochable la conducta irregular de quien está revestido de cierta autoridad. Esa finalidad general que cumple el curador también determina el que se requiera que conserve dentro del proceso una posición imparcial y objetiva. De acuerdo con lo que dispone el artículo 879 del Código de Comercio -en relación con el 1255 del Código Civil-, el curador tiene sobre el patrimonio del quebrado las facultades que corresponden a un apoderado general. El poder de administración general que la ley le atribuye, se limita, en cuanto requiere, para realizar ciertos actos, de autorización judicial otorgada luego del acuerdo de los acreedores -artículo 877 del Código de Comercio-; ese poder también se ve ampliado cuando la ley le confiere una facultad de disposición sobre

los bienes sujetos a concurso, de la que carece el apoderado general. Lo anterior ocurre cuando vende los bienes del concurso por una suma igual o mayor a la del avalúo, porque en esos casos no requiere autorización previa de los acreedores ni aprobación del juez -artículo 876 inciso j) del Código de Comercio-. De lo expuesto se deduce que el curador es el órgano ejecutivo de la quiebra que cumple funciones administrativas, procesales, informativas y de vigilancia. Como parte de la función administrativa el curador se encarga de la recuperación, ocupación, conservación -material y jurídica-, custodia, representación -negocial y judicial-, y venta de los bienes y derechos que conforman el patrimonio sometido al concurso. También está obligado a procurar que se dé una adecuada y rápida sustanciación del proceso concursal, a ejercer funciones de vigilancia y control, a rendir informes periódicos sobre su gestión, y a formular el plan de distribución de los bienes. El curador debe cumplir con diligencia los deberes de su cargo porque es responsable de su gestión, como corresponde a todo administrador o mandatario. Esa responsabilidad puede acarrear, en caso de incumplimiento o irregularidades en el ejercicio de la función, sanciones administrativas, civiles o penales...". De lo analizado por la Sala Constitucional mencionada es relevante resaltar, que posee las facultades de un apoderado general, lo cual le concede las facultades para administrar de manera general, y será de conformidad con las reglas del

*mandato de nuestro ordenamiento jurídico, debe de pedir autorización para ciertos actos.*

De lo anterior es evidente la persona curadora es la legitimada para solicitar la continuación de la actividad de la empresa. En principio el tema medular a debatir, y que es cuestionado por algunos autores, es la cantidad de tiempo que requiere un profesional, en derecho, probablemente sin conocimientos en el campo de la actividad de la empresa, para fundamentar la petición ante el órgano judicial competente (García, 1997, p.471 a 472).

Por otra parte la petición, deberá de contener al menos un detalle de los siguientes aspectos: económicos, financieros, administrativos, empresariales y jurídicos.

El informe deberá permitir a la persona juzgadora un panorama completo de las posibilidades excepcionales (García, 1997, p. 472), lo cual puede variar de acuerdo a la legislación de cada país. En este punto es importante retomar lo comentado en segmentos anteriores, sobre la viabilidad, la cual debe a su vez unirse, desde nuestra perspectiva, con los requisitos de procedibilidad. Abona en este tema García al indicar:

*"La viabilidad de la explotación...no se significa viabilidad de ganancia, que no es el fin de la continuación, sino que la empresa no se endeude, sin posibilidad de autofinanciarse; también las reorganizaciones o modificaciones tienen relación con la continuación y con la venta en marcha..." (1997, p.472).*

Otro tema de relevancia, es en aquellos casos en que el curador decide no paralizar la actividad de la empresa, desde el

momento en que asume el cargo, y mientras solicita la autorización a la persona juzgadora para continuarla. Esta posibilidad la conceden algunas legislaciones, pero se apunta, ello se observa en actividades sujetas a concesiones públicas, donde la afectación al interés general es evidente (Kleidermacher, et.al, p. 423). Otra posibilidad que la literatura jurídica contempla es cuando el quebrado tiene establecimientos comerciales, y señalan como perjudicial el cierre repentino, además de las consideraciones vinculadas con la las personas trabajadoras de establecimientos fabriles o comerciales (Sanz de Madrid, 2005, pp.214-215; en similar sentido Rivera, 2003, p.102).

### **2.3.2 Del empresario o sus representantes**

En términos generales, sobre la participación del empresario o sus representantes es insuficiente lo mencionado en la doctrina, sin embargo, es poco probable que la persona curadora tenga los conocimientos suficientes para dirigir una actividad, máxime con la variedad de labores que hay en el mercado. Amén que el cargo no se desarrolla a tiempo completo, y en numerosas ocasiones se requiere de invertir mucho tiempo para poder dirigir una empresa.

Por tal razón, el empresario, colaboradores o administradores, continuarán con la actividad, pero bajo la dirección y supervisión de la persona curadora. Lo anterior dadas las facultades que le confiere el cargo.

Se señala como excepción a lo antes indicado, en aquellas legislaciones donde se permite a las personas trabajadoras, bajo una modalidad calificada como autogestionaria cooperativa, continuar con la actividad (Pizzi, et.al., p.58).

### 2.3.3. Persona juzgadora

Como ya se había adelantado dado lo excepcional de la continuación de la actividad empresarial, le corresponde al órgano judicial competente conocer de la solicitud del curador.

Para Fernández el juez o jueza puede de oficio en cualquier momento, ordenar la continuación o cese de la actividad empresarial (1992, p. 442). En igual sentido Fassi y Gebhardt, señalan:

*“Sería absurdo pensar que el juez no tiene una potestad que se le concede al síndico, bien que con autorización ulterior del magistrado” (1996, p.404).*

Por otra parte, es criterio de Navarrini, el curador no puede decidir a su arbitrio, y

es necesario contar con la autorización del juez o jueza; pero adiciona, la importancia que los acreedores decidan continuar el comercio como modo de liquidación (1943, pp.312-313). Aspecto que coloca en debate si es necesario que la masa sea puesta en conocimiento de la petición del curador y de su informe, o bien si resulta innecesario. Esta situación también será abordada por algunas de las legislaciones que se comentaran (Fernández, 1992, p.443).

De acuerdo a Petgrave, el juez o jueza que resuelva la petición debe evaluar los elementos que justifiquen su decisión y el síndico deberá incorporar al pedido un informe que deberá contener por lo menos los siguientes elementos, los cuales se muestran en la siguiente tabla para una mejor comprensión.

1.	<i>La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos: se pretende incrementar los valores totales del pasivo frente al activo, evitar se produzca un deterioro patrimonial.</i>
2.	<i>La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha: ponderar el beneficio de obtener el valor económico de los activos en plena operatividad, lo que alejará en el tiempo una pronta liquidación, contra una distribución más rápida pero de un resultado disminuido.</i>
3.	<i>La ventaja que pudiera resultar para terceros del mantenimiento de la actividad: existe un interés abstracto de la sociedad, y considera el valor de la empresa como generadora y fuente de trabajo, por ejemplo.</i>
4.	<i>El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado. La fundamentación será técnica, explicitándose claramente las fuentes de financiamiento necesarias para sostener las negociaciones propias de la explotación a continuarse.</i>
5.	<i>Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; en su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación. Estos últimos tres puntos, tienen que ver con el proyecto concreto para la explotación.</i>
6.	<i>En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación.</i>
7.	<i>Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación.</i>
8.	<i>Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente. Este punto es el que merece más reparo. El síndico acaba de asumir y todavía no tiene siquiera una idea plausible del pasivo exigible ya que no ha atravesado el periodo de verificación. Empieza a conocer la empresa, y puede ya saber que cerrarla implica desvalorizarla. Pero aun no sabe el valor de la empresa en marcha o su capacidad para generar utilidades.</i>

Fuente: Petgrave, 2009, pp.248-249.

## 2.4 Explotación de la empresa

Una vez autorizado el ejercicio de la empresa, lo ideal sería que la resolución indique de manera en que se desarrollará tal labor. Porque hay que tener presente, el juez debería ser perfectamente guiado por el curador en el informe que le presente, dado que no tendrá otra fuente de información, salvo que solicite una experticia, la cual podría tardar aún más tiempo, y con ello hacer ilusorio el evitar un grave daño irreparable.

### 2.4.1 Funcionario encargado de la explotación de la empresa

Para Fernández se pueden dar tres opciones: el curador; un coadministrador; el fallido o administradores de la empresa (1992, p. 444). A parte del curador, que por la naturaleza del cargo tiene facultades para realizar la actividad, con relación a las demás opciones tendría que analizarse cada legislación, para estudiar si el curador está expresamente autorizado para contratar a terceras personas; o bien si debe solicitar autorización a la persona juzgadora.

Además tendría que analizarse el tipo de relación que emana de esa delegación de funciones por parte del curador. El autor en mención, indica, que entre el coadministrador y el curador no había una relación de subordinación (1992, p.444). Al respecto señala Fernández lo siguiente:

*“En la práctica, es frecuente el nombramiento de coadministrador, pues resulta difícil que el síndico pueda ocuparse full time en la tarea, teniendo en cuenta que debe atender los otros trámites inherentes al proceso de quiebra. Sin embargo la experiencia también ha demostrado que a la*

*hora de tomar decisiones de cierta importancia, los coadministradores consultaban a los jueces, quienes no son empresarios” (1992, p.444 a 445).*

### 2.4.2. Obligaciones, facultades y restricciones

Como se explicó anteriormente deberá de existir un plan detallado, al menos idealmente, donde se indique la manera en que se desarrollará la actividad. El autor argentino Fernández ha señalado una serie de obligaciones, facultades y restricciones, las cuales se explican de seguido (1992, pp.445 a 448).

- Mantener la actividad o ramo principal, salvo excepciones, que según sea la legislación, se deberá solicitar autorización a la persona juzgadora.
- Realizar operaciones propias del giro ordinario. Se debe mencionar, esta actividad se va a desarrollar de manera excepcional, y como una forma de ir gradualmente liquidando la empresa. Por tal razón el juez o jueza podría limitar las facultades. Señala el autor en cita, el giro ordinario se conceptualiza económica y no jurídicamente, dado lo que interesa es lo que ocurre en la empresa, mas no en otros campos.
- Informar mensualmente sobre la gestión de la administración, porque se trata de contar con información detallada por escrito y analizar los resultados de la actividad.
- Llevar contabilidad y documentos contables, puesto que es una exigencia legal, amén de que algunas legislaciones lo contemplan en los procedimientos.
- Depositar las sumas de dinero que no sean imprescindibles para el giro ordinario, para lo cual, de acuerdo a lo

previsto por algunas legislaciones, podrían depositarse a la orden del juzgado que conoce del proceso concursal, o si hay un plan de pago, ejecutarlo de acuerdo a las prioridades establecidas.

- No disponer de los bienes sobre los que recaiga privilegio especial.
- Decidir qué dependientes deben cesar definitivamente ante la reorganización de las tareas.

### 2.4.3. Efectos de la explotación: gastos, ejecución de contrato, el contrato de trabajo

Dado que la actividad empresarial va a continuar ejecutándose, sin duda alguna va a generar efectos. De seguido, y conforme lo explica Fernández se menciona de manera sucinta los principales rasgos de los efectos.

Efectos de la explotación	
Del fallido	La continuación de la actividad empresarial, presupone un desapoderamiento y por lo tanto quien es fallido pierde las facultades de administrar. Aunque como se indicó en segmentos anteriores, podría brindar servicios auxiliares para la empresa.
De acreedores quirografarios	No participan en procedimiento por carecer de legitimación en el procedimiento de explotación o no la empresa. Si se prevé una audiencia podrán ser escuchados. No quedan obligados por las deudas contraídas legalmente por el curador o coadministrador, hasta la concurrencia del dividendo que les corresponda.
Acreedores con privilegio especial	Estos no postergan el cobro de su crédito por las obligaciones contraídas por la continuación de la empresa. Salvo que se trata de bienes efectuados en el concurso, como los gastos y honorarios de las personas que correspondan exclusivamente a diligencias sobre esos bienes.
Acreedores hipotecarios y prendarios	Aunque no son postergados en el cobro de los créditos por las deudas generadas en razón de la explotación, si los créditos no están vencidos a la fecha de la declaratoria de quiebra no pueden promover concurso especial para la venta de la cosa sobre la que recae el privilegio.

Fuente: Fernández, 1992, pp.450 a 455.

Relacionado con los contratos, Fernández menciona los efectos sobre algunos de

estos, los cuales también son mostrados de manera gráfica como sigue.

	Contratos preexistentes
Contratos en curso de ejecución	Si el curador obtiene la autorización para continuar laborando la empresa, los contratos pendientes, seguirán en ejecución a cargo del concurso. Sin embargo, sin que sea provista la ejecución, en algunas legislaciones se prevé que los convenios quedan resueltos. Se estima, si la empresa continúa con el desarrollo de la actividad necesita proseguir con la ejecución de determinados contratos, por ejemplo con el de alquileres y no quedar desprovisto del bien. Los contratos de arrendamiento que existiesen se mantienen con las condiciones preexistentes y la masa responde.
Contrato de trabajo	Si se continúa con la explotación de la actividad los contratos laborales no se disuelven y se reanudan, para aquellas personas que el curador decida que deben continuar trabajando.
Contrato de trabajo después de la enajenación de la empresa	Si la empresa ha continuado su explotación, el adquirente es considerado sucesor del fallido y de concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de transferencia a su favor. Podría pactarse que en las condiciones de la venta el adquirente asuma el pago del pasivo laboral, pero se considera esta obligación no desobliga al fallido.

Fuente: Fernández, 1992, pp.450 a 455.

Vinculado con los acreedores que se generan durante la continuación de la empresa, asumidas por el curador o el coadministrador, son por cuenta de la masa y en algunas legislaciones tiene preferencia. Para Fernández esta obligaciones:

*“no necesitan ser objeto de la verificación (deben ser atendidas como lo haría una empresa in bonis). En el caso que los fondos fueran insuficientes para afrontar todos los gastos del concurso, la distribución es a prorrata y no en el orden de los incisos...” (1992, pp. 456 a 457).*

Además podrían en casos excepcionales, y con autorización del juez o jueza constituirse garantías, pero su carácter especial se debe a que son obligaciones asumidas por el concurso. Contablemente estas obligaciones y gastos generados durante la continuación de la actividad debe quedar reportado por

separado de la administración de la quiebra (Provinciali, 1958, p.432).

### 2.5 Cese de la explotación: reparto final y rendición de cuentas

Se ha indicado, la continuación de la actividad, tiene una orientación a liquidar el patrimonio a favor de la masa, por esta situación, y de acuerdo a la opinión de Petgrave:

*“...la continuación de la empresa, se debe aprobar, por periodos cortos, no largo, y se pretende su continuación sea un éxito, sin embargo podría suceder que no fuera así y es por estos, que se nos hace necesario, poder determinar, cuando debe de terminar la “continuación”. Cuando la empresa cuya continuación se ha aprobado, empieza a producir déficit, el síndico debe informar en forma inmediata al Juez, a fin de que*

éste tome las medidas necesarias” (2009, p.273). De lo anterior se pone en evidencia dos aspectos: el primero que la explotación de la actividad debe tener un plazo cierto, lo cual debería quedar indicado en la resolución de la persona juzgadora al momento de autorizar la continuidad de labores. La segunda, consiste en que es causal de cese de la explotación cuando ésta genera un déficit. En principio y como fue explicado al analizar los requisitos de procedibilidad, esta situación debe ser analizada con cuidado, dado que la ausencia de un punto muerto en las finanzas de la empresa no implica necesariamente que no pueda continuar. Pero si la expectativa del curador era que si lograra mantener un punto de equilibrio, entonces si debe pedirse al juez que ordene el cese, con los efectos ya referidos en los contratos que se estén ejecutando, con los gastos y obligaciones de la masa.

La otra manera de cesar la actividad es en el tanto que el plazo y las expectativas fijadas por el curador han quedado satisfechos, y es el momento de liquidar definitivamente lo que proceda. Además es necesaria la rendición de cuentas, que como lo expone Provinciali, son contable y financieramente separadas de las de la quiebra (1958, p. 432).

Puede también, de acuerdo al criterio de Fassi, et.al, cesar la explotación por decisión de la persona juzgadora, porque: “puede fundarse en una nueva apreciación del interés general, o en la comprobación de que la continuación de la explotación desemboca en un daño grave o irreparable para el inte-

rés de los acreedores y la conservación del patrimonio” (1996, p.404).

La distribución final, de acuerdo a Satta, solo debe darse después del cumplimiento de la liquidación del activo y de la rendición de cuentas del curador (1951, p.371), y considerando el plan de distribución que al efecto presente el curador. Salvo que se dieran distribuciones parciales, como fue arriba explicado, en razón de la existencia de un plan de pago que contemple que el transcurso de la continuidad de la empresa, para que los ingresos generadores por tal labor, directamente se paguen a los acreedores.

### 3. Derecho comparado

En este último segmento se procederá a realizar un análisis de tres legislaciones sobre el objeto de estudio: Costa Rica, Argentina y España.

#### 3.1. Regulación en Costa Rica

La figura no se encuentra regulada de manera precisa y puntual, sin embargo se puede inferir de la lectura de los artículos 876 relacionado con el ordinal 877 ambos del Código de Comercio, en cuanto el inciso 5) del último numeral señala que el curador únicamente necesitará autorización para: “Continuar el negocio del quebrado”. Pero como se verá, cotejada estas normas, con la manera en que se encuentra regulada en otros países, es insuficiente. En consecuencia quedará en la pericia del curador y de la persona juzgadora poder llevar de manera adecuada la continuidad de la empresa. El primero haciendo propuestas para extender el ejercicio, mientras el segundo autorizando planes y los seguimientos que le sean informados.

#### 3.1.2. Trámite judicial

En el Código Procesal Civil o en el Código de Comercio, no existe normativa alguna que señale el procedimiento. En la práctica, el curador presenta una solicitud, basada en la buena fe, para que autorice la continuación de la actividad. Ese requerimiento no se acompaña de un informe técnico que muestre la viabilidad, sino que el curador lo pide, y el despacho judicial procede a resolver.

El procedimiento regularmente seguido es el contenido en el ordinal 877 inciso 5) y párrafo final del Código de Comercio. Sin embargo, al no existir normativa que regule de manera adecuada la continuada, tal debe ser pedida expresamente por quien ejerza la curatela, aportando los elementos probatorios que sustenten su dicho. Esto incluiría al menos un estudio económico sobre la factibilidad y probabilidad que deba continuar el ejercicio de la empresa para minimizar los efectos perniciosos que implica la quiebra. Se considera, se debería poner en conocimiento de los acreedores apersonados, porque podrían traer datos o pruebas que ayuden a la persona juzgadora a la toma de la decisión.

Por otra parte, la resolución que la admite, amén de ser fundamentada, debería al menos señalar, el plazo de explotación, rendición de cuentas por parte de la persona curadora, vinculada con el ejercicio de la actividad empresarial, o cualquier otro detalle que permita fiscalizarla al órgano judicial.

#### 3.1.3. Necesidad de una reforma legal

Para la jurista Petgrave es necesaria una reforma legal, dado que encuentra beneficios en la continuación de la actividad empresarial. Al respecto reflexiona lo siguiente:

“Para lograr lo anterior, se debe adicionar el artículo 877 inciso 5 del Código de Comercio abriendo la posibilidad de la continuación de la empresa quebrada. Aumentando las facultades del curador, la posibilidad de que se haga asistir de uno o dos coadministradores, tal y como ocurre con la actual intervención. Pensamos que si bien el Juez debe ser un vigilante de la legalidad y un director del proceso, no debería de tener amplísimas facultades al punto tal que se inmiscuya de manera muy activa en la intervención, esto, a nuestro juicio, podría ser contraproducente ya que constituye una desmedida limitación en la labor del curador o síndico”.

Para una reforma legal deberían además ser considerados otros aspectos como solicitar un criterio experto, que de forma sumarisima explique la viabilidad de la empresa. La posibilidad que el curador cuente con un comité asesor, en términos similares o con las bases del previsto para la Administración y Reorganización con Intervención Judicial. Es importante se tenga asesoría técnica adecuada, considerando que en Costa Rica el curador es un profesional en derecho. Establecer un plazo para la explotación de la actividad empresarial, pues se debe evitar que se utilice la figura para retrasar el proceso de liquidación en perjuicio de los acreedores. El órgano judicial debe tener una actividad mayor de fiscalización, no solo expectante, y los acreedores deben ser consultados.

#### 3.2. Regulación en España

##### 3.2.1. Reseña de la legislación

En España se encuentra regulada en la Ley Concursal 22/2003 del 09 de julio que

fue reformada por la Ley 38/2011 del 10 de octubre de 2011.

Este cuerpo legal se inspira en los principios de unidad legal -material y formal- de disciplina, -para deudores comerciantes y no comerciantes- y de sistema -un único procedimiento, flexible, con diversas soluciones posibles: el convenio, la liquidación y la gestión controlada, según la exposición de motivos de la ley en mención, por lo que se prevé que tanto en se aplica para cualquier tipo de deudor, artículo 1.1, pero será necesario para aplicar la figura que exista una actividad empresarial, o bien ampliando a una profesional por ejemplo de servicios profesionales.

### 3.2.2. Regulación de la continuidad de la empresa

En la legislación española está regulada la continuación de la actividad profesional o empresarial específicamente en el ordinal 44 de la Ley Concursal.

De acuerdo a la exposición de motivos de la ley, la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Además se advierte, aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado. Se denota que tal como se encontraba prevista desde la Ley de Enjuiciamiento Civil con esa misma finalidad, según lo señala Nararrini (1943, p. 312), pero siempre como un tema excepcional y visto con cuidado por parte de la persona legisladora.

De seguido se hace una explicación de los principales aspectos regulados:

- La declaratoria de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que es ejercida por el deudor. Este aspecto consideramos se asienta en el principio de conservación de la empresa, en aras de proceder a un análisis previo antes de cesar la actividad, tal y como lo prevé la legislación en cita (inciso 1).
- La administración concursal es la que determina los actos y operaciones propios del giro comercial que pueden continuar (inciso 2). Lo anterior concede la posibilidad de cerrar parcialmente la actividad, y es a nuestro criterio más flexible, considerando la gran variedad de crisis por las que puede enfrentar una empresa.
- Se dan potestades a la administración concursal al indicar que se podrán realizar actos propios del giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, pero sujetos a las condiciones normales del mercado (inciso 2 in fine), lo que muestra que los aspectos a analizar no solo serán jurídicos, sino financieros, económicos y contables para una mejor ejecución de la actividad.
- Existe la posibilidad que el deudor continúe ejerciendo la actividad concursal, pero en el evento que se suspenda le corresponde a la administración concursal continuar con la labor (inciso 3).
- En el inciso 4 se establece la facultad a la administración concursal de acortar el plazo por el cual fue previsto en el plan de viabilidad (100.5), previa escucha en audiencia al deudor, representante de las personas trabajadoras, sea para

cerrar total o parcialmente la explotación de la actividad.

- En la reforma de 2011 se refuerzan las medidas para proteger a las personas trabajadoras, cuando la propuesta citada anteriormente, tienen a la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo (inciso 4 *in fine*).

### 3.2.3. Otras normas relacionadas con el trámite para continuar con la actividad de la empresa.

**Órganos auxiliares:** El ordinal 32 regula lo concerniente a las auxiliares delegados. En el inciso primero se establece: “1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, **la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones**, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución” (lo destacado no es del texto original). Una de las preocupaciones que se comentaron en el segmento anterior al analizar la legislación costarricense, es la importancia que la persona curadora tenga conocimientos propios de la actividad que desarrolla el deudor. Esta norma da flexibilidad, en caso que la administración concursal requiera de apoyo técnico, y particularmente cuando se continúa con la actividad.

**Plan de viabilidad para la continuación de la empresa:** El numeral 100 regula lo concerniente al contenido de la propuesta de convenio. En el inciso 5) indica: “*Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio*

*de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros*”. Esta norma dotará a todas las personas involucradas contar con un documento de orden técnico para la toma de decisiones teniendo a mano información y diversos escenarios económicos, financieros, contables, legales, entre muchos otros, en aras que lo decidido beneficie a la mayor cantidad de personas involucradas.

**Informe del ejercicio de la actividad empresarial y plan de pagos:** De conformidad con el artículo 107 se regula lo concerniente al informe de la administración concursal, el cual se regula así:

- “1. Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el Secretario judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación.*
- 2. La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno”.*

Deriva de lo anterior, cuando se continúa con la actividad, la misma deberá estar contenida en un informe y eventualmente se ejecutará con base a un plan de pagos el cual también contiene la previsión de lo que pueda generar la continuidad de la empresa. Esa norma corresponde al canon 236 de la ley en mención, el cual tiene las siguientes cualidades:

*“1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos.*

*El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara” (lo destacado no es del texto original).*

### 3.3. Legislación de Argentina

De los tres cuerpos normativos esta es la más abundante, donde contempla muchas situaciones. Además es profuso el desarrollo doctrinario, sin embargo, son coincidentes en una gran mayoría de aspectos, que constituyen percepciones

críticas principalmente de García (1997) o Fernández (1992).

#### 3.3.1. De la reforma Ley N°26.684

En la Argentina existe una Ley Concursal N°24.522 la cual fue reformada por la Ley N°26.684. Específicamente la continuación de la explotación de la empresa se encuentra ampliamente regulada en los ordinales 189 a 195.

La reforma citada de acuerdo a Negre de Alonso versa sobre la participación de los trabajadores en la recuperación de los medios de producción y la fuente laboral en caso de proceso concursal o quiebra, la cual fue necesaria aprobar por el cierre de fábricas, desempleo y recesión (p.1). Lo anterior es sustentado por la autor reseñada, porque el Poder Ejecutivo expresó los motivos para impulsar la reforma, el cual queda plasmado en el siguiente extracto:

*“favorecer la continuidad de la explotación de las empresas que se encuentren en situaciones de crisis, por parte de los trabajadores de las mismas, que se organicen en cooperativas para permitir de esa manera, la conservación de la fuentes de producción y trabajo; priorizar la subsistencia de las empresas, para asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleos, dando la posibilidad a las cooperativas de trabajo de existir conformadas por los mismos obreros que fueron dependientes de la empresas y/o fábricas quebradas. Ello en el entendimiento de que con el mantenimiento de la explotación, se conservan activos de la empresa muy importantes como ser, la marca, el*

*fondo de comercio y la fuerza laboral. Se estima que mediante la normativa propuesta frente a la pérdida de su fuente de empleo, muchos de los trabajadores podrán decidir permanecer en sus puestos laborales” (p.2). De lo anterior se revela que la legislación está orientada a procesos liquidatorios y curativos, sin embargo hay que resaltar que el salvamento que se puede leer del texto anterior, no es propio de la naturaleza de una empresa en proceso liquidatorio, aunque se entiende que se puede dar esa posibilidad pero de una forma transitoria.*

El artículo 191 bis, establece, en toda quiebra que se haya dispuesto la continuidad de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos por parte de las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativas, incluso en formación, el Estado deberá brindarle la asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios. Tal norma fue incorporado por artículo 19 de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011.

#### 3.3.2. De la regulación del procedimiento

**Continuación inmediata:** Contenida en el ordinal 189, prevé que el síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, de la siguiente forma:

- Si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable.

- También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento.
- El síndico debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro horas.
- El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes.
- Para el caso que la solicitud a que refiere el segundo párrafo, sea una cooperativa en formación, la misma deberá regularizar su situación en un plazo de cuarenta días, el cual podrá extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido.

#### **La continuación de empresas que prestan servicios públicos.**

Se regula de forma especial, dado el interés público sobre las concesiones. Les resulta aplicable la normativa más las siguientes reglas:

- 1) Debe comunicarse la sentencia de quiebra a la autoridad que ha otorgado la concesión o a la que sea pertinente.
- 2) Si el juez decide en los términos del artículo 191 que la continuación de la explotación de la empresa no es posible, debe comunicarlo a la autoridad pertinente.

- 3) La autoridad competente puede disponer lo que estime conveniente para asegurar la prestación del servicio, las obligaciones que resulten de esa prestación son ajenas a la quiebra.
- 4) La cesación efectiva de la explotación no puede producirse antes de pasados treinta días de la comunicación prevista en el inciso 2).

Se destaca la importancia de estas empresas por razones económicas y sociales en virtud del interés común de esas explotaciones, según lo sostiene García (1997, p.469).

**Procedimiento:** Específicamente señalado en el ordinal 190, se muestra la forma en que se debe realizar el trámite. Se destacan los plazos, que para García siguen siendo breves aún con la reforma y en algunos casos es necesario contar con plazos razonables considerando la envergadura económica y social de muchas empresas (1997, p. 472). El procedimiento es el siguiente:

- El síndico debe informar al juez dentro de los veinte días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha.
- En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo.
- A tales fines deberá presentar en el plazo de veinte días, a partir del pedido formal, un proyecto de explotación conteniendo

las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, del que se dará traslado al síndico para que en plazo de cinco días emita opinión al respecto. El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales

**Informe del síndico:** Este documento es vital para la correcta continuación de la empresa, sin embargo la norma no hace distinción si se trata de empresas grandes o pequeñas lo cual a juicio de García debió de preverse (1997, p.470). El contenido es el siguiente según el numeral 190:

- 1) La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos, salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa o establecimiento.
- 2) La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha.
- 3) La ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad.
- 4) El plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado.
- 5) Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse.
- 6) En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación.
- 7) Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación.
- 8) Explicación del modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente.

Además la norma prevé, en caso de disidencias o duda respecto de la

continuación de la explotación por parte de los trabajadores, el juez, si lo estima necesario, puede convocar a una audiencia a los intervinientes en la articulación y al síndico, para que comparezcan a ella, con toda la prueba de que intenten valerse.

**Plazo para mantener la actividad de la empresa:** El numeral 190, establece que el juez, a los efectos del procedimiento y en el marco de las facultades del ordinal 274, podrá de manera fundada extender los plazos que se prevén en la ley para la continuidad de la empresa, en la medida que ello fuere razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha.

**Autorización para continuar la actividad.** El canon 191, establece que la autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra.

Además indica, en su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente por lo menos sobre:

- 1) El plan de la explotación, para lo cual podrá hacerse asesorar por expertos o entidades especializadas.
- 2) El plazo por el que continuará la explotación; a estos fines se tomará en cuenta el ciclo y el tiempo necesario para la enajenación de la empresa; este plazo

podrá ser prorrogado por una sola vez, por resolución fundada.

- 3) La cantidad y calificación profesional del personal que continuará afectado a la explotación.
- 4) Los bienes que pueden emplearse.
- 5) La designación o no de uno o más coadministradores; y la autorización al síndico para contratar colaboradores de la administración.
- 6) Los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; los demás quedarán resueltos.
- 7) El tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico y, en su caso, el coadministrador o la cooperativa de trabajo.

El plazo para emitir la resolución es dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe de la sindicatura previsto en el artículo 190. La resolución que rechace la continuación de la explotación es apelable por el síndico y la cooperativa de trabajo.

**El régimen aplicable.** De acuerdo al numeral 192, lo que haya resuelto el juez, el síndico, el coadministrador o la cooperativa de trabajo, según fuera el caso, actuarán de acuerdo al siguiente régimen:

- 1) Se consideran autorizados para realizar todos los actos de administración ordinaria que correspondan a la continuación de la explotación.
- 2) Para los actos que excedan dicha administración, necesitan autorización judicial, la que sólo será otorgada en caso de necesidad y urgencia evidentes. En dicho caso el juez puede autorizar la constitución de garantías especiales cuando resulte indispensable para asegurar la continuidad de la explotación.
- 3) Las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación

gozan de la preferencia de los acreedores del concurso.

- 4) En caso de revocación o extinción de la quiebra, el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable de la explotación.
- 5) Sólo podrá disponerse de los bienes afectados con privilegio especial desinteresando al acreedor preferente o sustituyendo dichos bienes por otros de valor equivalente.
- En caso que la explotación de la empresa o de alguno de los establecimientos se encuentre a cargo de la cooperativa de trabajo será aplicable el ordinal arriba

citado, con excepción de lo señalado en el punto 3).

**Conclusión anticipada.** El juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado, por resolución fundada, si ella resultare deficitaria o, de cualquier otro modo, ocasionare perjuicio para los acreedores.

**Ejecución de contratos.** Esta ley en mención a diferencia de las otras analizadas, de manera muy puntual prevé el destino de contratos en ejecución al momento de abrir la quiebra, lo cual es mostrado en la siguiente tabla:

Contratos de locación. Artículo 193.	En los casos de continuación de la empresa y en los que el síndico exprese dentro de los treinta días de la quiebra la conveniencia de la realización en bloque de los bienes se mantienen los contratos de locación en las condiciones preexistentes y el concurso responde directamente por los arrendamientos y demás consecuencias futuras. Son nulos los pactos que establezcan la resolución del contrato por la declaración de quiebra.
Cuestiones sobre locación. Artículo 194.	Lo relativo a la locación promueve el locador, no impiden el curso de la explotación de la empresa del fallido o la enajenación prevista por el numeral 205, debiéndose considerar esas circunstancias en las bases pertinentes.
Hipoteca y prenda en la continuación de empresa. Artículo 195.	En caso de continuación de la empresa, los acreedores hipotecarios o prendarios no pueden utilizar el derecho a que se refieren los artículos 126, segunda parte, y 209, sobre los bienes necesarios para la explotación, en los siguientes casos: 1) Cuando los créditos no se hallen vencidos a la fecha de la declaración y el síndico satisfaga las obligaciones posteriores en tiempo debido. 2) Cuando los créditos se hallen vencidos a la fecha de la declaración, mientras no cuenten con resolución firme que acredite su calidad de acreedor hipotecario o prendario. 3) Cuando exista conformidad del acreedor hipotecario o prendario para la suspensión de la ejecución. La norma dispone que son nulos los pactos contrarios a lo indicado en el punto 1) y 2). Por decisión fundada y a pedido de la cooperativa de trabajadores, el juez de la quiebra podrá suspender las ejecuciones hipotecarias y/o prendarias por un plazo de hasta dos años.

#### 4. Cuestiones finales:

La empresa es un fenómeno económico que requiere de un tratamiento adecuado a nivel jurídico. Por tal razón no bastará con el establecimiento de normas, sino que estas deberán de ser lo suficientemente flexibles para que se puedan ajustar a la realidad económica, financiera y social, indistintamente del tema o aspecto que se regule de la empresa.

En el caso de los procesos liquidatorios y particularmente cuando se trata de empresas, lo relevante es observar la importancia que le rodea, en aras que el proceso no constituya otro factor que reprima más a las personas afectadas. Por ello la propuesta de la continuidad de la empresa en los procesos liquidatorios es razonable, en tanto se consideran las diversas variables, que no serán solo en términos financieros sino sociales.

Es necesario en el caso de Costa Rica se regulen aspectos esenciales: tales como plan de viabilidad, plan de pagos, cese de la explotación, pagos, órganos asesores, entre muchos otros. La continuidad del ejercicio de la empresa debe ser excepcional, no obstante es relevante un estudio previo para analizar la viabilidad. La participación del órgano judicial debe ser proactiva en tanto debe exigir a la persona curadora más informes y detalles del ejercicio de la actividad que se realiza.

## Bibliografía

### Libros

Álvarez, Norma Beatriz y Ostoich, José Vicente (2012). El derecho de los trabajadores en la Ley de Concursos Ley 26.684. Recuperado en <http://ar.velex.com/vid/quiebra-439635278>

Asquini, Alberto. (1986). Profili dell'impresa. En Antología de Derecho Comercial I. Colegium Academicum: San José. Certad Maroto, Gastón (1980). La unificación del derecho privado en Italia. En Revista Judicial, año VI, N°17. Imprenta Judicial: San José.

Certad Maroto, Gastón. (1988). Temas de Derecho Comercial. Cooperativa Universitaria de Libros: San José.

Fassi, Santiago y Gebhardt, Marcelo (1996). Concurso y quiebras. Astrea: Buenos Aires. Fernández Moores, Javier E (1992). Continuación de la explotación de la empresa. En Instituciones de Derecho Concursal compilador Rubín, Miguel. Ad-Hoc: Buenos Aires.

Fernández Seijo, José María (2012). Reforma concursal. E-book. Leggio: Barcelona.

García Martínez, Roberto (1997). Derecho Concursal. Abeledo- Perrot: Buenos Aires.

Hernández Hernández, Ronald. Los órganos en la quiebra. Recuperado en [poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_87/005-organosdelaquiebra.htm](http://poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/actuales/documents/revs_juds/rev_jud_87/005-organosdelaquiebra.htm)

Kleidermacher, Arnoldo y Kleidermacher, Jaime L. (2001). Lecciones de Derecho Concursal. Ad-Hoc: Buenos Aires.

Kosolchyk, Boris, y Torralba, Octavio (1974). Curso de Derecho Mercantil. Litografía Lehman: San José.

León Díaz, José Rodolfo. Concursos. Monografía de lecciones del Seminario de Derecho Civil Sustantivo: procesos concursales. San José.

Mora, Fernando (1982). Introducción al estudio del Derecho Comercial. Juricentro: San José.

Navarrini, Humberto (1943). La quiebra. Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A: Madrid.

Negre de Alonso, Lilliana Teresita. Algunos aspectos sobre la reforma a la ley concursal N°26.684. Recuperada el 16 de octubre en [www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48917&print=2](http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48917&print=2)

Panuccio, Vincenzo (1974). Teoría jurídica de la empresa. Giuffrè Editore: Milano.

Pizzi, Alejandro y Brunet, Ignasi (2012). Acción colectiva, autogestión y economía social. El caso de las empresas recuperadas en Argentina. En Revista de Estudios Sociales, N°42, pp.57-70. Bogotá. Recuperado el 19 de octubre, en <http://dx.doi.org/10.7440/res42.2012.06>

Prono R. Continuación De La Empresa En La Quiebra: Análisis De La Nueva Figura En La Ley De Concursos / Ricardo S. Prono [e-book]. Buenos Aires: Ediar, 1977; 1977. Available from: Harvard Library Bibliographic Dataset, Ipswich, MA. Accessed October 19, 2013.

Provinciali, Renzo (1958). Tratado de Derecho de quiebra. Volumen II. Nauta S.A.:Milán.

Ramírez, José (1953). La quiebra. Tomo II. Bosh: Barcelona.

Rivera, Julio César (2003). Instituciones de Derecho Concursal. Tomo II. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires.

Sáenz de Madrid, Carlos (2005). Derecho Concursal. Thompson-Civitas: Navarra.

Satta, Salvatore (1951). Instituciones del Derecho de Quiebra. EJE: Buenos Aires.

Silvina Olazabal, María (2011). La continuación de la empresa en quiebra en manos de sus trabajadores- empresas recuperadas. Recuperado el 05 de octubre de 2013, en [http://www.cpba.com.ar/Consejo/Comites/Jovenes\\_Graduados/Noticias/2011-10-14\\_XV\\_Seminario\\_Provincial\\_Empresas\\_Recuperadas.pdf](http://www.cpba.com.ar/Consejo/Comites/Jovenes_Graduados/Noticias/2011-10-14_XV_Seminario_Provincial_Empresas_Recuperadas.pdf).

Universidad de Santiago de Compostela, La viabilidad económica-financiera de un proyecto empresarial de base tecnológica. Recuperado el 11 de octubre de 2013, en [http://www.uc3m.es/portal/page/portal/emprendeuc3m/cursos\\_tfg\\_emprende/curso\\_avanzado/ANEXO%201.pdf](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/emprendeuc3m/cursos_tfg_emprende/curso_avanzado/ANEXO%201.pdf)

Uría, Rodrigo (1996). Derecho Mercantil. Marcial Pons: Madrid.

### **Tesis de grado**

Petgrave Brown, Lyannette (2009). La quiebra y la empresa. Tesis de grado para optar por el grado de doctora en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho: San José.

### **Diccionarios**

Garrone, José (1986). Diccionario Jurídico Abeledo- Perrot. Abeledo Perrot: Buenos Aires.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Unigraf: Madrid.

### **Sentencias Judiciales**

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante N°50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de setiembre de 1983.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°44 de las 14 horas 30 minutos del 15 de junio de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°7 de las 14 horas 30 minutos del 2 de febrero de 1994.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 831 de las 09 horas 30 minutos del 03 de noviembre de 2000.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 11 de las 10 horas 20 minutos del 06 de enero de 2010.

Tribunal Segundo Civil Sección I N°281 de las 09 horas 05 minutos del 17 de julio de 2001.

### **Leyes**

Código de Comercio de Costa Rica. Ley N°328424 de abril de 1964 y reformas.

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley N° 7130 del 16 de agosto de 1999 y reformas.

Ley Concursal 22/2003 y sus reformas. España.

Ley de Concursos y Quiebras, Ley 24.522 reformada por ley 26.684. Argentina.

### **Expediente judicial**

NUE 08-000035-958-Ci. Proceso de quiebra de H.S.F.A S.A., tramitado en el Juzgado Concursal del Primer Circuito Judicial de San José.

# EL PROCESO DE “*DUE DILIGENCE*” EN MATERIA INMOBILIARIA: NATURALEZA, CONTENIDO Y PATOLOGÍA

**M.Sc. José María Pacheco Fonseca**

## ***Introducción***

Las transacciones comerciales cada vez son más complejas. No hay duda de que el contrato promedio de hoy en día es sustancialmente más difícil de negociar, plasmar y acordar que el contrato de hace cincuenta y hasta diez años. En los negocios modernos debemos tomar en cuenta un mayor número de posibles contingencias. Cada vez, identificamos más factores de incertidumbre y detectamos más riesgos, tanto legales como económicos que afectan las decisiones de las partes y su voluntad de contratar. La creciente regulación, las nuevas exigencias sociales que, a su vez, son traducidas en derecho y las necesidades de los empresarios, progresivamente más sofisticadas, han contribuido a este fenómeno. Por ejemplo los asuntos ambientales, que hoy tienen reconocida importancia y son un tema de constante preocupación para las empresas, hace algún tiempo ni siquiera eran valorados como un elemento significativo en una transacción comercial. Por esto, cada vez resulta más importante el estudio previo de las transacciones y sus implicaciones, realizado mediante procesos de “*due diligence*”.

Como un marco general de referencia y sin intención de adelantarnos a lo que más adelante precisaremos en este trabajo, como “*due diligence*” podemos entender el proceso

de investigación técnica que deben seguir las partes para cerciorarse de que, mediante la celebración de un contrato proyectado o ideado, pueden adecuadamente satisfacer sus intereses tal y como los han previsto. Pero, ¿por qué es cada vez más importante este proceso?

Si admitimos, como nos parece obvio, la creciente complejidad de las negociaciones contractuales, son claros los motivos por los cuales cada vez se vuelve más importante contar con un proceso estructurado y una fórmula adecuada, dirigida a verificar que el contrato a celebrar es conforme con los intereses de las partes. Con la cantidad de asuntos que es necesario verificar, valorar y analizar para determinar las implicaciones y conveniencia de celebrar un contrato, aumenta proporcionalmente la necesidad de llevar a cabo procesos ordenados que nos permitan examinar la información correspondiente. De ahí la importancia cada vez mayor de los procesos de *due diligence* y su oportuno estudio.

## ***Delimitación del tema***

Para efectos de este estudio nos limitaremos a analizar los procesos de *due diligence* en materia inmobiliaria, particularmente en lo referido a compraventas de bienes inmuebles. Obviamente, esto no significa

que los *due diligence* sean exclusivos de esta materia, pues es común realizarlos para otros tipos transacciones como contratos de crédito, joint ventures, contratos de franquicias, inversiones, aportes societarios, emisiones de valores, adquisiciones de empresas y fusiones empresariales, etc.

Para delimitar mejor el alcance de este artículo, vamos a enfocar nuestros esfuerzos con mayor precisión. De manera esta manera, en lugar de referimos genéricamente a los procesos de *due diligence* en materia de compraventas de inmuebles, nuestro objetivo se centrará en contestar las siguientes preguntas:

- a- ¿Qué es *due diligence*, cuál es el marco legal en el cual se realiza y por qué es importante en materia de compra-ventas inmobiliarias?
- b- ¿Cuales son los aspectos a tener en cuenta al hacer un estudio de *due diligence* respecto a una compraventa de un bien inmueble? y;
- c- ¿Cuales son los alcances y efectos del proceso de *due diligence* en caso de producirse una patología contractual?

## I- El concepto de “*due diligence*”

### El deber precontractual de suministrar información

Para entender el *due diligence* y el marco legal dentro del cual se lleva a cabo, primero debemos referirnos a los deberes

precontractuales de las partes, especialmente al deber de suministrar información.

En la etapa precontractual, de previo a la celebración de contratos definitivos o de cierre, es reconocido por la doctrina que las partes tienen ciertos derechos y obligaciones recíprocas dirigidas a la consumación del acuerdo. Es aquí donde son particularmente relevantes los llamados “deberes de información”, que consisten en la obligación de las partes de comunicarse recíprocamente las cuestiones que pueden incidir en su decisión de contratar, así como incidir en cuanto a los términos de la contratación. Este deber está dirigido a alcanzar la formación de un contrato producto de voluntad libre de las partes.<sup>1</sup>

En muchas ocasiones las informaciones que cada una de las partes requiere recíprocamente de sus contrapartes a fin de determinar su voluntad contractual y los términos de la contratación, está desbalanceada. Es por esto que, para entender las posiciones de las partes en materia de contratación, particularmente aquellas referidas a la información, debemos entender el concepto de “*desigualdad informativa*”. Éste se refiere a la noción de que la información que tiene a su disposición cada parte no es la misma, pues mientras una parte tiene acceso más próximo y directo a cierta información, para la otra la misma puede ser de difícil y hasta imposible conocimiento sin colaboración de la primera.<sup>2</sup>

Por ejemplo, es evidente que en una compraventa el vendedor tiene acceso a

cuando éstas requieren un análisis que no se puede satisfacer con manifestaciones precontractuales sencillas y espontáneas de una a la otra.

### Aproximación inicial al concepto

*Due diligence* es un término en idioma inglés cuya traducción literal es “*debida diligencia*”. Podríamos comenzar a definir el término como aquellas gestiones que debería realizar una parte responsablemente antes de establecer un vínculo contractual, para asegurar la conformidad del contrato con sus fines. Sin embargo, como veremos, el desarrollo del término ha hecho que su alcance vaya mucho más allá de una mera debida diligencia. Es por esto que la traducción de “*due diligence*” se dificulta. No se ha desarrollado en español un término que pueda adecuadamente transmitir su significado de forma completa. Así se justifica que en la práctica se ha importado la terminología del idioma inglés y los abogados siguen hablando de “*due diligence*”. A pesar de esto algunos consideran que el término “revisión técnica” permite transmitir adecuadamente su significado y es el que se debería emplear.<sup>4</sup> Para este artículo se ha optado por importar la terminología anglosajona.

Charu Mathur define “*due diligence*” como “*un amplio espectro de procesos investigativos en relación con la adquisición de las acciones o activos de una compañía en un contexto comercial, un proyecto de joint venture, una transacción de financiamiento, la emisión de títulos y en general otros tipos de interrogantes precontractuales*”.<sup>5</sup>

una mayor cantidad de información respecto al bien, su condición, sus vicios y defectos (si los hubiera), los regímenes particulares a los cuales está sometido el bien e incluso sobre los compromisos que éste (vendedor) puede haber adquirido respecto al mismo (arrendamientos del bien, compromisos de urbanizar, etc). Para el comprador es imposible conocer todos los compromisos que ha adquirido el vendedor respecto al bien, a menos que éste se los manifieste. Además, salvo que el vendedor le permita tener suficiente contacto directo con el bien y examinarlo adecuadamente, el comprador no puede verificar su estado, comprobar si existen vicios y valorar su conformidad.

La técnica de *due diligence* se emplea, en gran medida, para nivelar la desigualdad informativa, pues al realizarse un proceso de este tipo la parte que cuenta con un déficit de información le solicita a su contraparte todos los documentos y hechos relevantes relacionados con la transacción y el bien. Con esta información procede a evaluar y verificar las condiciones relevantes y que pueden incidir sobre su voluntad de celebrar el contrato.

El *due diligence* se utiliza para satisfacer el deber precontractual de información, derivado, según se admite usualmente por la doctrina, del deber genérico de buena fe<sup>3</sup> que deben mostrar las partes en dicha fase. A diferencia de simples intercambios de información, observaremos que el *due diligence* es un proceso estructurado, empleado para que las partes puedan satisfacer sus necesidades informativas

1 Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. pp 11.

2 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 13.

3 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 12.

4 Cebriá, Luis Hernando. *La revisión legal (legal Due Diligence) en el derecho mercantil*. pp 12.

5 Marthur, Charu. *Legal Due Diligence*. pp. 1.

Hablamos entonces de un proceso dirigido a obtener información fidedigna y suficiente con miras a identificar hechos o circunstancias que influyan una decisión de negocios respecto a un contrato que se plantea celebrar.<sup>6</sup>

Podemos identificar varios elementos derivados de lo anterior y que sobrepasan la noción que transmite literalmente el término “debidas diligencias”: a) es un proceso estructurado; b) su finalidad es la obtención de información; y c) se pretende, mediante éste, descubrir hechos relevantes para la valoración de la transacción.

La función del *due diligence* es ser la base para valorar la inversión que una parte realizará al suscribir un contrato, pues mediante este, la parte inversora se entera de las potencialidades, contingencias y riesgos que conlleva el contrato o negocio que pretende realizar. Para esto, la parte que realiza el estudio debe efectuar un análisis de asuntos pasados presentes y futuros que inciden en la satisfacción del objeto contractual y su conformidad con la finalidad que persigue, confiando en que las informaciones que le son suministradas en el proceso son conformes a criterios de veracidad.<sup>7</sup>

Podemos entonces preguntarnos cuál es la diligencia esperada o debida que debe tener un inversor al celebrar un contrato. Lo cierto es que, por la diversidad de objetos contractuales que surgen del quehacer contractual, no se puede determinar de forma general las diligencias convenientes que debe realizar

la parte para cerciorarse de la conformidad del negocio. Su determinación debe ser más bien casuística. Esto por cuanto no solo el alcance del estudio a realizar, sino también su contenido, van a variar de conformidad con el negocio y contrato que se proyecta realizar. De ahí también se desprende que la metodología a emplear en los procesos de *due diligence* variará también, pues no siempre será conveniente la misma metodología frente a diversas circunstancias particulares. Aún así, la experiencia anterior de las partes y sus asesores respecto a proyectos o contratos similares puede servir de referente para este tipo de estudios. Es decir, la práctica de los abogados de utilizar formularios estandarizados que cubran una gran gama de asuntos a ser estudiados en un proceso de *due diligence* es útil, siempre y cuando además de estos asuntos genéricos también se tomen en cuenta e incluyan los propios de las vicisitudes particulares de cada transacción.<sup>8</sup>

Entonces, la revisión técnica se puede realizar sobre objetos y contratos muy diversos y complejos.<sup>9</sup> Es posible llevar a cabo un *due diligence* respecto a las actividades y el giro comercial de una empresa, una propiedad, un derecho (por ejemplo un derecho de propiedad industrial, susceptible de ser adquirido) y hasta un sujeto (por ejemplo respecto a las calificaciones de un contratista o la capacidad de pago de un deudor en un crédito).

Particularmente, en lo que atañe al *due diligence* en materia de compraventa inmobiliaria, lo vamos a definir como el

proceso mediante el cual la parte que proyecta adquirir un bien inmueble obtiene del vendedor, para su posterior análisis, la información relevante que afecta el bien y el contrato futuro de compraventa, que le permite valorar la conveniencia de suscribir dicho acuerdo, así como la conformidad de los términos en él pactados, sopesando los riesgos y contingencias que identifique en ese proceso frente a los beneficios que proyecta obtener de la transacción. Dicho en simple, es el proceso que le permite al comprador conocer el estado del bien (no solo físico sino que también jurídico, económico, técnico, etc) para poder cerciorarse de su voluntad de celebrar el contrato de compraventa en los términos proyectados.

En las transacciones de bienes raíces, el *due diligence* conllevará la investigación apropiada de todos los aspectos del bien inmueble que será objeto de la venta. El grado y alcance de diligencia que es debida va a depender de la transacción particular y sus circunstancias, entre ellas el valor monetario del contrato y el presupuesto del cual disponen las partes para cubrir los costos de las investigaciones.<sup>10</sup> Es lógico suponer que entre menor el valor monetario de la transacción menor será el presupuesto para invertir en este tipo de investigaciones. Es decir que al ser inferior la cuantía de la compra, el alcance del proceso se verá limitado.

### ***El due diligence como parte del proceso precontractual***

El *due diligence* se realiza como parte de la etapa precontractual, dirigido a facilitar la

consumación y convergencia de voluntades que se lleva a cabo con el contrato de compraventa. Cuando las compraventas se celebran empleando un sistema de contratación por etapas, lo usual es seguir un procedimiento que permita, durante este proceso, que las partes vayan obteniendo información y realizando actos preparativos de la compraventa de forma paulatina. Por ejemplo, dicho proceso se puede llevar a cabo primero con la firma de una carta de intenciones, la posterior celebración de un acuerdo precontractual, como podría ser una opción de compraventa, una promesa recíproca u otro análogo y finalmente el cierre, dónde se lleva a cabo la formalización de la compraventa. El *due diligence* se puede realizar en cualquiera de las etapas anteriores a dicha formalización y es normal que los acuerdos precontractuales (como la carta de intenciones y las opciones de compra) tengan pactos y disposiciones específicas, no solo en cuanto a los tiempos en los cuales se realizará el proceso, sino también respecto a la información que va a ser intercambiada, su extensión, contenido y limitaciones.<sup>11</sup>

Nos encontramos ante un proceso que exige cooperación. Se debe llevar a cabo por los asesores de una parte, pero debe ser revisado por los asesores de su contraparte para trabajar conjuntamente y resolver cualquier problema que salga a relucir en su realización.<sup>12</sup> Es importante recordar que la buena fe en materia precontractual exige que las partes respeten los deberes que cada una paulatinamente va adquiriendo frente a la otra y que ambas resguarden el deber ge-

6 Marthur, Charu. op Cit. pp 2.

7 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 7.

8 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 7-8.

9 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 5.

10 O'Connor, Maura B. *Due Diligence in Real Estate Transactions*. pp 1-2.

11 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 13.

12 Pear, Alison. *Performance of Due Diligence in Transactions*. pp 1.

neral de confianza que se manifiesta al comenzar a realizar negociaciones. Se habla entonces de deberes de lealtad y probidad, que devienen finalmente en otras obligaciones más específicas, entre ellas la de colaboración recíproca. Esta colaboración recíproca conlleva que las partes, en la etapa precontractual, deben realizar los actos necesarios para que la negociación que han de realizar se lleve a cabo de forma normal. De lo anterior resulta, entre otras, la obligación de comunicar y explicar las vicisitudes del bien objeto de la compraventa, la capacidad de las partes y el objeto contractual en general. En ello consiste el llamado deber de información que se ha explicado, que obliga a las partes informarse de cualquier asunto que razonablemente podría influir en su decisión de contratar.<sup>13</sup>

Este deber de las partes subsiste en todo caso, sea cuando se realiza en el marco de una serie de acuerdos precontractuales que norman un proceso de obtención de información, o cuando se realiza de forma espontánea.

Cuando se formula un proceso normado mediante acuerdos precontractuales, es usual pactar lo que se conoce en el derecho anglosajón como un “*Bring Down Clause*”, que consiste en insertar en ellos una cláusula que faculta a la partes a no celebrar el contrato final en caso de que las conclusiones valorativas propias del proceso de obtención de información no sean las esperadas o no sean conformes con la finalidad que cada una pretende alcanzar mediante el objeto contractual. La llamada “*Bring Down Clause*” se diferencia de otras cláusulas facultativas

de desistimiento unilateral (como “*Walk-Away Clause*” o “*Break-up Clause*”), por requerirse, para desistir del contrato final, resultados objetivos adversos que justificándose en informes periciales que faculden la ruptura del vínculo en la etapa precontractual. En las dos otras modalidades de desistimiento unilateral no se requiere tal “justificación”.<sup>14</sup>

Es así como observamos lo siguiente:

- a- El *due diligence* es un proceso de obtención de información: Esto por cuanto no consiste en una “revelación de información” aislada o espontánea, sino que más bien a menudo, de conformidad con las reglas y plazos precontractuales previamente fijados por las partes, éstas pueden solicitar información y aclaración adicional respecto a los puntos objeto de estudio, para lograr obtener la mayor posible comprensión del estado del bien y el contrato proyectado.
- b- Las partes pueden realizar el *due diligence* como parte de un proceso ordenado y reglado por otros acuerdos precontractuales. Alternativamente pueden optar por suministrarse información de forma espontánea cuando éste iter de proceso precontractual no se lleva a cabo con claridad.
- c- El resultado del proceso de *due diligence* puede ser determinante en cuanto a la celebración o en su defecto, no celebración, del contrato proyectado. Es decir, se puede entender como un factor determinante en cuanto a que las partes finalmente plasmen su voluntad contractual.

- d- Finalmente, como veremos más adelante, el proceso de *due diligence* puede servir para determinar el contenido del contrato final en diversos aspectos. Lo anterior es especialmente importante en materia de las representaciones y garantías que le deba otorgar el vendedor al comprador, respecto al inmueble transado.

El proceso se puede llevar a cabo acudiendo a dos metodologías.<sup>15</sup> La primera de ellas consiste en la presentación de toda la información relevante por parte del vendedor en un “data room”, o cuarto de datos. Esto implica que todos los documentos e informaciones pertinentes a la transacción se colocan en un mismo lugar, usualmente hoy en día por medios informáticos, para que sea observada por cualquier parte interesada en el negocio. Este método es de aplicación especialmente útil cuando hay más de un comprador o inversor interesado en adquirir el bien, pues asegura que todas las partes interesadas tengan acceso a la misma información y sean tratadas de forma igual.

La segunda metodología consiste en la contestación de un cuestionario que es preparado y enviado por el comprador al vendedor, llamado “*due diligence checklist*”. Este método facilita las negociaciones uno a uno.

Para contestar los cuestionarios es normal que se lleven a cabo varias rondas de preguntas y respuestas entre las partes y sus asesores, que conduzcan a explicaciones más profundas de la documentación revelada en respuesta al requerimiento inicial

contenido en el “*due diligence checklist*”.<sup>16</sup> Además, como parte del proceso, a menudo las partes se obligan a la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, pues no es inusual que en la negociación de la compraventa se divulguen informaciones sensibles que éstas pueden querer mantener fuera del dominio público.<sup>17</sup>

### ***El reporte de due diligence***

Es usual que, una vez finalizado el proceso, los asesores involucrados emitan un reporte que resuma y valore los principales descubrimientos realizados a lo largo del proceso. Este reporte sirve para mostrar al cliente el proceso lógico mediante el cual se alcanzaron las conclusiones que evidencian los riesgos y contingencias propias de la transacción. Igualmente sirve para que las partes negocien las representaciones y garantías que deben ser incluidas en el acuerdo final.<sup>18</sup>

### ***¿Para qué sirve un reporte de due diligence?***

Se debe indicar que, dentro del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes, los contratantes son libres para realizar o, en su defecto, no realizar un proceso de *due diligence* respecto al bien inmueble que negocian comprar y vender. Optativamente las partes también pueden pactar garantías convencionales respecto al inmueble vendido, su estado, e incluso su susceptibilidad a ser empleado para un cierto fin. Entonces, para decidir si es conveniente

<sup>13</sup> Brebbia, Roberto H. *Responsabilidad Precontractual*. pp 91-92.

<sup>14</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 39.

<sup>15</sup> Marthur, Charu. Op Cit. pp 4.

<sup>16</sup> Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

<sup>17</sup> Fondevilla Roca, Eduardo. *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte*. pp 194.

<sup>18</sup> Marthur, Charu. op Cit. pp 4.

realizar un *due diligence* se debe recurrir a un criterio importante: el costo que puede tener involucrar un equipo de asesores dedicado a estudiar la propiedad y el negocio. Es decir, puede ser que optar por realizar un *due diligence* resulte en ineficiencias económicas que no sean proporcionadas respecto a la cuantía o trascendencia de la transacción.<sup>19</sup>

Habiendo dicho esto, en caso de resultar viable económicamente, la realización del proceso puede ofrecer ventajas interesantes para ambas partes. La experiencia en materia de negocios evidencia que puede ser más costoso para el comprador el no investigar adecuadamente las condiciones de la adquisición. Recordemos que es éste quien debe asumir las contingencias de la compra, por no haber realizado el análisis adecuado.<sup>20</sup> Además de esta, desde el punto de vista del comprador, hemos ya mencionado otras ventajas importantes. Entre ellas, el proceso posibilita que pueda:

- a- Cerciorarse del estado del inmueble, así como la aptitud del negocio para satisfacer sus intereses;
- b- Evaluar, de conformidad con lo anterior, la conveniencia de realizar el negocio, e incluso si las condiciones en las cuales se está planteando son proporcionales a los riesgos que se van a asumir; y
- c- Enterarse de las posibles contingencias que puede tener el negocio o que puedan afectar el inmueble. Esto le permite al comprador solicitar representaciones y garantías a fin de que sean incluidas dentro del texto contractual, para así quedar protegido frente a las contingencias detectadas.

Dicho esto, debemos señalar que el proceso no solo ofrece ventajas para el comprador, sino también para el vendedor del inmueble. Quizás la más importante de ellas es que la revelación de información por parte del vendedor al comprador lo libera de responsabilidad respecto de aquello que fue manifestado. Al divulgarse y ser evaluada la información por parte del comprador, el vendedor se puede librar de la obligación que, de otra forma se le hubiese exigido, de proveer una serie de representaciones y garantías respecto al negocio y el inmueble, pues el comprador ya conoce la situación de éste. Esto implica que, al compartir todos sus conocimientos sobre el inmueble con el comprador, el vendedor puede trasladarle la responsabilidad por ciertas contingencias. Es por esto que existe una dinámica complementaria que se da entre el proceso de *due diligence* y las representaciones y garantías que puede comensuradamente exigir el comprador. Al tener el comprador previo conocimiento de los riesgos involucrados al llevar a cabo la contratación, no podrá exigir al vendedor que éste le garantice la inexistencia de dichos riesgos. No obstante, podría exigir que el vendedor deba indemnizarlos en caso de que se materialicen.<sup>21</sup>

El proceso de *due diligence* deja en evidencia los riesgos de la transacción. Puede ser que incluso se detecten riesgos que el mismo vendedor no conocía. Es decir, el vendedor también puede adquirir, como parte del proceso, cierta información que le permita tomar una decisión adecuada respecto a la contratación y particularmente sobre la conveniencia de garantizar los riesgos y

<sup>19</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 8.

<sup>20</sup> Fondevilla Roca, Eduardo. Op Cit. pp 196.

<sup>21</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 10.

contingencias detectadas. Además, frente al comprador tiene una posición comercial más favorable, pues puede aprovecharse del hecho de que el comprador conoce los riesgos y contingencias para solicitar que los mismos no se cubran dentro de las representaciones y garantías y consecuentemente quedar exonerado de ellos.<sup>22</sup>

Podemos hablar entonces de la función preventiva del proceso, es decir que ayuda a las partes a tomar una decisión más informada sobre la condición del bien y el negocio, y valorar con esta información la conveniencia de realizarlo, así como la conveniencia de otorgar ciertas garantías (o al contrario, exoneraciones de responsabilidad) en el caso de vendedor. Por otro lado, las representaciones y garantías cumplen una función reparadora *ex post*, es decir, sirven para el momento posterior a la compraventa, garantizando: a) los riesgos propios de aquello que no fue objeto de revisión en el *due diligence*; y b) los riesgos propios de aquello que fue revisado en el *due diligence*, cuando se determinó que existía una contingencia, que el vendedor optó por asumir para continuar con la transacción de compraventa.<sup>23</sup>

Entonces, se puede identificar la existencia de 3 propósitos importantes<sup>24</sup> en el proceso:

- a) identificar las acciones que las partes deben llevar a cabo antes de completar la transacción;
- b) la determinación de cuales son las representaciones y garantías que se deben manifestar las partes en el contrato definitivo; y

- c) la valoración y asesoría de los consultores involucrados en el proceso, respecto a los posibles riesgos y problemas que se pueden suscitar al ejecutar la transacción de compraventa, en conjunto con posibles soluciones a estos.

## II- Contenido del *due diligence*

### *Dimensión y alcance del proceso*

Los reportes de *due diligence* se realizan con miras a transacciones específicas. En este sentido sus contenidos dependen de la naturaleza de la transacción y los fines perseguidos por las partes. A pesar de esto es común utilizar una serie formularios de preguntas que contemplan una diversidad de asuntos estándar respecto a la adquisición de un inmueble, pues hay información que casi siempre va a ser requerida, independientemente de las particularidades de cada caso.<sup>25</sup> Estos son los llamados "*due diligence checklists*".

Como hemos visto, aun cuando no se realice un proceso de *due diligence*, subsiste el deber de informar. Es decir que no se releva al vendedor de su obligación de proveer la información relevante, respecto al bien y la transacción, en la etapa precontractual. Este deber no solo se refiere a lo que sea conocido por el vendedor al momento de llevarse a cabo la transacción, sino también a aquello que este razonablemente debería saber, según lo que dicta la diligencia debida y conmensurada al objeto de la negociación.

<sup>22</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 13-14.

<sup>23</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 39.

<sup>24</sup> Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

<sup>25</sup> Simmel, Sergiu S. *What is a technical Due Diligence report?*

Por esto la falta del vendedor respecto a su deber de información no solo se configura por no divulgar lo que este conoce, sino también por no divulgar lo que aún no sabiendo, debió haber razonablemente conocido sobre el bien.<sup>26</sup>

Dicho esto, en los casos en los que las partes deciden que se realizará un *due diligence* el alcance del mismo debe permitir que el proceso investigativo sea conforme con el objeto contractual. Dependiendo de la dimensión del contrato, puede limitarse a asuntos básicos como verificar la existencia del bien y las facultades del vendedor para transmitirlo. Su alcance puede también traspasar lo elemental y llegar a abarcar el análisis de cualquiera y de todos los asuntos que puedan determinar o incidir en la voluntad del comprador, refiriéndose a todas aquellas contingencias y posibles beneficios que puedan resultar para éste del contrato.<sup>27</sup> En este caso su alcance tiene vocación de ser más completo que aquel impuesto por los deberes de información a los cuales nos hemos referido, derivados de la genérica buena fe precontractual. Además, entre más compleja sea la finalidad a la cual el comprador quiere destinar el inmueble, más complejo será el proceso y la información a ser analizada, pues no es lo mismo adquirir una vivienda ya edificada que una propiedad en la cual se quiere, por ejemplo, construir un complejo hotelero. En ese segundo caso habrá sin duda más asuntos ambientales, legales, urbanísticos y de muchísimas otras índoles, que se requiere verificar para confirmar la aptitud del terreno para el fin perseguido.

26 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 82.  
27 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 11.  
28 Marthur, Charu. op Cit. pp 5-6.  
29 Pear, Alison. Op Cit. pp 1.

Para economizar recursos, se suele emplear un método que comporta la realización del proceso en dos etapas. La primera se supera realizando una investigación básica que permite identificar factores clave y esenciales (llamados “*deal breakers*”) para determinar si es viable proseguir con la compraventa o si hay condiciones que prima facie hacen inviable la transacción. A esto se le llama investigación preliminar. Una vez superada la investigación preliminar sin que se detecte alguna condición aparente que descarte el negocio, se procede a realizar un proceso de *due diligence* detallado, entrando a analizar todas las informaciones relevantes para la transacción, a fin de negociar las posteriores representaciones y garantías que se otorgarán las partes.<sup>28</sup> Este método de dos etapas de intercambio de información permite que, en el caso de que se llegue a determinar que la transacción es inviable por asuntos fácilmente detectables, las partes no incurran en los gastos de asesoría asociados con todo el proceso y el estudio detallado de toda la transacción.

### **Cuestiones sujetas a valoración en el proceso**

Usualmente las cuestiones sujetas a valoración en el proceso caen en dos categorías que a menudo se traslapan: la legal y la de negocio.<sup>29</sup> Existe, respecto a ambas, una cantidad extensa e importante de fuentes bibliográficas, principalmente del derecho anglosajón, dedicadas a explicar e identificar las materias que es conveniente estudiar para los diversos tipos de transacción. Para estos propósitos hay

abundantes listados y modelos de “*due diligence checklist*”. Lo que es más difícil encontrar es material bibliográfico dedicado a tratar el *due diligence* como una institución, es decir, que analice su naturaleza y sus efectos. Por ello, en el marco de este artículo, hemos considerado de mayor provecho desarrollar de forma más detallada otros aspectos del proceso, pues para obtener información sobre cómo realizar un *due diligence* se dispone de suficientes fuentes a las cuales recurrir.<sup>30</sup>

Sin detrimento a lo anterior, con miras a tener nociones generales de algunos asuntos materiales que usualmente se valoran en un proceso de *due diligence*, de seguido nos referiremos a algunos de ellos, a modo de ejemplo.

Primero debemos empezar diciendo que a pesar de la diversidad de asuntos que se pueden tratar en un *due diligence* para una compraventa de inmueble, como mínimo siempre se debería verificar el derecho de propiedad del mismo, pues esta es la condición más básica requerida para adquirir un inmueble. En análisis más profundos se entra a verificar otras cuestiones relevantes, como temas de zonificación urbanística, estado de pago de impuestos de propiedad, la condición real física del inmueble y asuntos ambientales.<sup>31</sup>

Otras cuestiones usualmente abordadas en las “*due diligence checklists*” son las siguientes:

### **Particularidades de los derechos a ser transmitidos**

Como parte del proceso se debe valorar el tipo de derechos que están siendo transmitidos por el vendedor al comprador y determinar si estos son suficientes para los fines que pretende alcanzar el comprador mediante el contrato.<sup>32</sup> Se deben plantear preguntas como las siguientes: ¿se transmite un derecho de usufructo o no?, ¿se transmite la nuda propiedad?, ¿se transmite un derecho indiviso?, ¿estamos ante una transmisión de toda la propiedad y sus derechos?, ¿se han otorgado derechos a terceras personas que pueden afectar al comprador? Todo esto se debe valorar en relación con el fin que se le pretende dar al inmueble. También se debe establecer si el vendedor tiene facultades para transmitir los derechos objeto del acuerdo. Estas cuestiones y sus respuestas nos ayudan, sin duda, a esclarecer el panorama y a establecer la conveniencia o no de suscribir el acuerdo.

### **Zonificación urbanística y catastro**

Normalmente se debe revisar cualquier disposición que puede afectar la propiedad y los usos que se le pretende dar al inmueble, incluyendo las afectaciones que pueda tener por motivo de planes reguladores urbanísticos y normativas de zonificación. También es necesario revisar el plano catastral de la propiedad a fin de observar las mediciones que se han hecho de la misma, confrontarlas con la realidad y determinar si se adecuan o no a las necesidades del comprador.<sup>33</sup>

30 Para ver el ejemplo de un cuestionario de *due diligence* que trata una diversa variedad de asuntos, se puede recurrir a <http://www.pytheas.net/docs/Checklist.pdf>.

31 Burgos, Richard. *Due Diligence in Leasing*. pp 1.

32 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 4.

33 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 7-8.

### **Servidumbres y gravámenes**

Resulta necesario determinar, también, si se han establecido servidumbres o gravámenes que afectan la propiedad. Se debe valorar de qué forma estas pueden afectar el inmueble tomando en cuenta el destino que le pretende dar el comprador.<sup>34</sup>

### **Aspectos ambientales**

Se deben identificar y valorar los riesgos ambientales que se asocian con el inmueble. Esto es particularmente importante en aquellos inmuebles que serán destinados a usos comerciales e industriales. Para esto se debe solicitar todos los estudios ambientales pertinentes y exigidos por la legislación para verificar que el uso al cual se destinará la propiedad es viable desde un punto de vista ambiental. Se debe verificar que no existan riesgos ambientales asociados a la propiedad que puedan afectar esta finalidad.<sup>35</sup>

En materia ambiental además, una ventaja de recabar información y realizar procesos de *due diligence* es que el comprador puede utilizar la información ahí obtenida para documentar que un daño ambiental fue causado antes de la adquisición y consecuentemente no se debe a sus propias operaciones. De igual forma, si se detectan daños ambientales, el comprador debe asesorarse en cuanto a la magnitud de su extensión, así como los pasos y costos asociados con su reparación.<sup>36</sup>

34 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 4-7.

35 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 10.

36 Walker, Jon. *Environmental Due Diligence*. pp 2-3.

37 Se pueden ver algunas listas de "Due Diligence checklist" tales como las que encontramos en <http://www.pytheas.net/docs/Checklist.pdf> y <http://www.medenergy.org/due-diligence-checklists-for-commercial-real-estate-transactions.html>

38 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 11.

### **Otros asuntos comúnmente valorados**

Otros asuntos que son normalmente valorados incluyen el pago de impuestos y tasas de propiedad, valoraciones sobre la integridad de las estructuras y edificaciones que se encuentran en el inmueble, verificación de contratos de arrendamiento que afecten el inmueble y sus términos, cuestiones relativas a la existencia y provisión de servicios públicos como electricidad, gas, agua, teléfono e internet, cuestiones relativas a seguros de los inmuebles y cualquier situación que pueda afectar las primas de seguro de las edificaciones, avalúos, permisos, licencias y acuerdos que comprometan la propiedad o posesión del inmueble y usos de propiedades colindantes, etc.<sup>37</sup>

### **Aspectos particulares a la transacción**

Finalmente, como se ha dicho en varias ocasiones, cada transacción es diferente y dependiendo de la finalidad a la cual se destinará el inmueble puede surgir una variedad de asuntos pertinentes de revisar de modo ad hoc. Por ejemplo, si el inmueble se destinará a una cancha de golf, se debe verificar que existan fuentes de agua suficientes para abastecerla, pues este tipo de uso tiene una demanda particularmente elevada de agua.<sup>38</sup> De igual forma, si la propiedad se destinará a un parque empresarial, sería importante verificar que existan los servicios informáticos, tales como fibra óptica, que el parque pueda necesitar.

### **Dolo y error**

Según el artículo 1020<sup>39</sup> del Código Civil, el dolo, por sí solo no vicia el consentimiento y por ello no necesariamente conlleva nulidad. El artículo establece dos requisitos sine qua non para que el dolo implique la anulabilidad del contrato:

- 1.1 Ser obra de una de las partes; y
- 1.2 Haber sido necesario para la celebración del contrato.

Cuando se cumplen ambas condiciones el dolo se traduce en un vicio en el consentimiento y por ello se puede exigir la nulidad del acuerdo. Sin embargo, por lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil<sup>40</sup>, en caso de no cumplirse caben acciones por daños y perjuicios.

Como parte de un proceso de *due diligence*, el dolo puede darse como una falta al deber de información precontractual cuando una de las partes procura y genera de forma insidiosa una influencia indebida en la otra. Es indiferente si este acto se genera mediante un comportamiento activo o una omisión por parte de uno de los contratantes, pues la distinción no la hace la ley. Un ejemplo claro es proveer información falsa (comportamiento activo) u omitir entregar información (dolo omisivo) que se estaba obligado a proveer. Esto genera un conocimiento falso o inexacto en uno de los contratantes respecto al

Los servicios informáticos podrían resultar irrelevantes en una cancha de golf. La disponibilidad de agua puede ser menos importante en un parque empresarial. Por esto decimos que cada transacción es diferente y se deben valorar los aspectos particulares de sus vicisitudes.

### **3. Due diligence y patología contractual**

Teniendo en cuenta su importante relación con el *due diligence*, hemos dicho que el tema de la información precontractual es determinante en materia del consentimiento de las partes. Cuando analizamos el deber de información desde la óptica de la patología de los contratos, lo debemos hacer al tenor de los artículos 1015, 1017 y 1020 del Código Civil costarricense. En ellos se regula la anulabilidad de los contratos por error (art. 1015), fuerza o miedo grave (art. 1017) y el tratamiento del dolo (art. 1020). También resulta particularmente relevante el tema de vicios ocultos, pues se refiere a la información sobre el bien que no ha sido descubierta al momento de cierre.

La fuerza y el miedo grave no interesan a este artículo, pues no son particularmente relevantes respecto al tema de la información y consecuentemente tampoco al del *due diligence*. Por ello solo analizaremos los casos de dolo, error y vicios ocultos detalladamente.

39 El texto completo del artículo 1020 indica: "El dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de daños y perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él; contra los primeros, por el valor total de los perjuicios, y contra los segundos, hasta el monto del provecho que han reportado."

40 Dice: "El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasiona aunque se hubiere pactado lo contrario."

contrato o el bien. Una parte ha causado esta noción inexacta o incorrecta directamente o mediante la negativa a aclararla (también llamada reticencia dolosa).<sup>41</sup> En cualquiera de los dos casos se ha frustrado el proceso de *due diligence* generando a su vez una frustración de las pretensiones legítimas de una de las partes.

Se debe agregar que todo lo anterior presupone la característica esencial del dolo, que este sea intencional. Por esto, hablaremos de “dolo” cuando medie intención de la parte obligada a suministrar información de llevar a la otra a conclusiones equivocadas o inexactas que hubiesen sido determinantes en su decisión de contratar. El “error”, por otra parte, se genera cuando esas inexactitudes o equívocos se producen sin que medie intención de ninguna de las partes.

Al hablar de error debemos hacer referencia al artículo 1015 del Código Civil<sup>42</sup>. El error se refiere a la inexactitud del conocimiento de las partes respecto a la realidad. Para que el error devenga en una nulidad exigible, dicha inexactitud debe recaer sobre la especie de contrato que se celebra, la identidad de la cosa, su sustancia o calidad esencial. Esta inexactitud, incorrección o imprecisión en la información del contratante que ha caído en error puede haber o no haber sido causada por su co-contratante.<sup>43</sup>

Siendo que ambas figuras se refieren a la información a disposición de los contratantes, no es difícil entender su vinculación con pro-

cesos de *due diligence*. En materia de compraventas inmobiliarias hablaríamos de dolo cuando el vendedor, de forma intencional proporciona al comprador documentación o manifestaciones falsas o inexactas sobre el bien, su naturaleza u otras condiciones determinantes de la contratación, omite entregar documentación determinante para la formación de la voluntad del comprador, sobre la identidad del bien, su sustancia o calidad esencial, o incluso la negativa de aclarar estas, a sabiendas de que el comprador cuenta con información incorrecta.

Respecto al error, sujeto a las condiciones necesarias para que éste produzca nulidad (que sea sobre la identidad del bien, su sustancia o calidad esencial), podría generarse en un proceso de *due diligence* al no suministrarse información completa respecto al bien, o suministrarse información inexacta, sin que sea esa la voluntad del vendedor. Aún así, se debe hacer hincapié en que el proceso de *due diligence* tiene como uno de sus objetivos principales minimizar, e idealmente eliminar, las posibilidades de error sobre las características y condiciones de la cosa. Particularmente en materia de compraventas inmobiliarias, por ser la parte más afectada por el desbalance de información, principalmente nos referimos a minimizar errores del comprador.

### Vicios ocultos

El artículo 702 del Código Civil<sup>44</sup> sienta con carácter de regla general el deber, para el

deudor de resarcir los daños y perjuicios producto del incumplimiento de sus obligaciones, sea en modo o en sustancia. Por otra parte, según lo dispuesto por el artículo 1082 del Código Civil<sup>45</sup> la existencia de vicios ocultos no comporta la nulidad, salvo que medie error que vicie el consentimiento, caso al que nos hemos venido refiriendo en párrafos anteriores.

Al concordar estos dos artículos podemos concluir que el código prevé que cuando medien vicios ocultos (sin que medie error) estaríamos ante el incumplimiento puro y simple de una obligación y, sujeto a lo establecido en los artículos 692, 693, 701, 702, 704 y 764 del Código Civil, el vendedor está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Se observa que, en materia de vicios ocultos, no es relevante que le sea imputable al vendedor un incumplimiento de sus deberes de información precontractual.<sup>46</sup> Es decir, el vendedor es responsable, aún cuando no tenga conocimiento de los vicios en la cosa ni sea razonablemente esperable que lo tenga.

En materia de *due diligence* solo podemos considerar que hay vicios ocultos cuando éstos no se hayan detectado en el proceso, pues si han sido detectados quedaría descartado que puedan haber estado ocultos. Es decir, solo se podrían hablar de vicios ocultos cuando las partes no los conocen.

Al ser estos detectados en el proceso, más bien se podría hablar de un insumo probatorio para demostrar que los vicios identificados no eran ocultos, pues fueron conocidos por el comprador en el proceso y al consumarse el acuerdo.

### Representaciones y garantías

Nos hemos referido al tema de las representaciones y garantías, concluyendo que el comprador puede utilizar el *due diligence* para determinar cuales representaciones y garantías es necesario exigir al vendedor y asegurar conformidad de su posición contractual. De forma contrapuesta, el *due diligence* puede ser usado por el vendedor para identificar aquellos aspectos respecto de los cuales desea librarse de otorgar representaciones y garantías que le hubiesen sido exigidas, siendo que el comprador ya ha tenido acceso a esa información durante el proceso, la ha valorado y ahora opta por asumir sus riesgos.<sup>47</sup>

Dice acertadamente Luis Hernando Cebriá:

*“No obstante los criterios rectores establecidos desde el derecho común para la imputación de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y contratos, los contratantes tienden, dentro de estos ámbitos de la contratación, donde la referencia objetivo-contractual a la empresa asume un valor relevante, a alcanzar pactos en los que se deli-*

45 El artículo indica: “La venta no podrá ser anulada por vicios o defectos ocultos de la cosa de los llamados redhibitorios, salvo si esos vicios o defectos envuelven error que anule el consentimiento, o si hay estipulación en contrario.”

46 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 52-53.

47 En el texto *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte.* (pp 202 y sig). Eduardo Fondevilla Roca hace un análisis interesante de las posiciones contractuales de las partes a la hora de formular las representaciones y garantías de un contrato, desde un punto de vista no exclusivamente jurídico, sino enfocado a lo negocial. Éste análisis se refiere particularmente a la adquisición de empresas, sin embargo considero que resulta igualmente aplicable a la compraventa de propiedades, especialmente en cuanto a las consideraciones prácticas que hace el autor respecto al proceso de negociación y los factores externos no jurídicos que lo afectan.

41 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 41.

42 El artículo dice: “Es anulable el contrato en que se consiente por error: 1. Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra. 2. Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, o sobre su sustancia o calidad esencial.”

43 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 29-40.

44 El artículo indica: “El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.”

*mitan la asunción y relevación de responsabilidades. A tal fin establecen, en primer lugar, las manifestaciones (representations) que ambas partes ofrecen como ciertas, de las cuales deriva, en una fase posterior, el proceso de averiguación o revisión técnica, las due diligences.*<sup>48</sup>

Es entonces en la cláusula de representaciones y garantías del contrato, donde las partes sientan las bases para:

*“asumir las consecuencias económicas de estas situaciones cuyo resultado es imprevisible. El hecho de no haber expresado de forma debida algunas de estas cuestiones que pueden afectar a alguna de las partes, bien sea por negligencia en el momento de preparar el contrato, por mala intencionalidad, por temor a alterar el precio, o de retraer a la otra parte de la firma de la operación; puede ser causa de graves problemas y enfrentamientos jurídicos posteriores.”*<sup>49</sup>

En este sentido, mientras el *due diligence* permite la realización de una serie de divulgaciones de información en el proceso precontractual, las representaciones y garantías se insertan en el texto del acuerdo, para salvaguardar cuestiones que, o ya han sido descubiertas y las partes se han comprometido a indemnizar en caso de que una contingencia se materialice, o son descubiertas de forma posterior al cierre.

Los acuerdos en beneficio del vendedor se tienden a redactar introduciendo ciertos

criterios limitativos de responsabilidad a las garantías otorgadas. Según los supuestos de estos criterios limitativos de responsabilidad, correspondería al comprador asumir las pérdidas. Suele ser además que, al haberse efectuado un *due diligence*, se incluya como anexo toda la información que se ha recabado en dicho proceso, en conjunto con una representación y garantía del vendedor de que no existen elementos adicionales relevantes que pueden afectar la transacción. Empero, se debe decir que la indeterminación del término “relevante”, aunque frecuentemente empleado, en caso de controversia queda para una posterior valoración por las partes o en su defecto, por un juez o árbitro. De igual forma la limitación de responsabilidad para el vendedor suele introducirse empleando la frase “hasta donde tenga conocimiento el vendedor”. Es un tema a veces subjetivo, complejo de probar. Consecuentemente para ser aceptado por el comprador deben mediar amplias revisiones periciales.<sup>50</sup>

Lo cierto es que la incorporación del *due diligence* como anexo al contrato vincula directamente a las partes al menos, a la veracidad de su contenido. Por otro lado las fórmulas de representaciones y garantías son miradas con más cautela por ambas partes, por el lado del comprador al existir factores que pueden condicionar su eficacia, y por el lado del vendedor por ser su objetivo restringir su responsabilidad en la mayor medida posible.<sup>51</sup>

Dicho esto se desprende que el contenido del *due diligence* puede ser empleado

48 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 227.

49 Fondevilla Roca, Eduardo. Op Cit. pp 202.

50 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 37-38.

51 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 38.

como referente para interpretar las representaciones y garantías realizadas por las partes, especialmente cuando se ha incorporado como anexo al texto del contrato. Es aquí cuando más efectos legales puede tener, pues deja de tener mero efecto probatorio y se configura como una verdadera cláusula contractual.

## Conclusiones

Hemos manifestado que el *due diligence* es una de las herramientas que tienen las partes para satisfacer sus deberes de información respecto a la compraventa de un bien inmueble. Su importancia es clara en un mundo de negocios cada vez más complejos y con cada vez más contingencias y riesgos para las partes, al contratar.

La realización de los procesos de *due diligence* queda dentro del ámbito de autonomía de voluntad de las partes, pues si bien, como consecuencia del deber de información y de buena fe en general, las partes están obligadas a transmitirse la información relevante y pertinente a la transacción, no están obligadas a seguir una metodología particular y estructurada. A pesar de esto, se observa en la práctica que el proceso es cada vez más comúnmente utilizado entre el arsenal de instrumentos de los abogados.

Respecto a su contenido, se debe recalcar la importancia de que sea determinado de forma casuística. No es conveniente utilizar los “*due diligence checklists*” genéricos como dogma inmutable al analizar una

transacción. La diversidad de vicisitudes de cada una de las transacciones comerciales hace imprescindible hacer un análisis caso por caso para dar la asesoría debida a las partes. El contenido debe estar al servicio de cada transacción.

Hemos mencionado 3 propósitos importantes en un proceso de *due diligence*<sup>52</sup>, siendo estos: a) identificar las acciones que las partes deben llevar a cabo antes de completar la transacción; b) la determinación de cuales son las representaciones y garantías que deben manifestar las partes en el contrato definitivo; y c) la valoración y asesoría de los consultores involucrados en el proceso, respecto a los posibles riesgos y problemas que se pueden suscitar al ejecutar la transacción de compraventa, en conjunto con posibles soluciones a estos.

El primer propósito es de suma importancia, pues permite que se lleven acciones reparadoras de ciertas situaciones, antes de que se consume la transacción. Por ejemplo, si se detecta un gravamen en la propiedad, se puede exigir al vendedor que lo cancele antes de llevar a cabo el negocio. Si existe un daño ambiental, se le puede exigir al vendedor repararlo, etc.

El segundo propósito es importante pues permite a ambas partes tener clara su exposición legal y el riesgo asumido al llevar a cabo la transacción, y; a) no garantizar más de aquello que están dispuestas a garantizar (en el caso del vendedor); o b) no comprar sin que se les garantice lo necesario según el riesgo que están dispuestos a asumir (en el caso del comprador).

52 Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

El tercer propósito es importante pues permite que, ante el descubrimiento de contingencias, las partes propongan soluciones alternativas y creativas para que pueda seguir adelante el negocio, apoyándose en la asesoría de sus abogados. Puede ser que si existe una contingencia, por ejemplo, las partes opten por dejar una cierta cantidad de dinero en fideicomiso mientras se cumple el plazo de prescripción de esta, con miras a cubrirla y garantizarla. Todas estas soluciones, propuestas usualmente por los asesores de las partes, son generadas a partir del proceso, evidenciando más su importancia.

Respecto a los efectos, debemos subrayar lo siguiente: por no existir normativa de aplicación directa respecto a los *due diligence*, más allá de lo referente a la buena fe y los deberes de suministrar informaciones precontractuales, su contenido y resultados no son más que evidencia o “insumos probatorios” para determinar qué información tenía cada una de las partes al momento de celebrarse un contrato. Esta evidencia puede ser incorporada al contrato como anexo, caso en el cual tendrá los mismos efectos que una cláusula contractual, o puede no serlo, sin dejar por ello de tener el carácter probatorio que mencionamos.

Es así como esta evidencia, en conjunto con las representaciones y garantías que se hayan dado las partes en el texto contractual, así como las normas relativas a información que hemos citado en el tercer apartado de este trabajo, ayudan a analizar y determinar la existencia de vicios ocultos, errores, dolo y otros elementos que pueden incidir en el

objeto contractual, la finalidad del contrato y la voluntad de las partes de celebrar el acuerdo. Todo lo anterior, por supuesto, referido a la etapa posterior a su celebración, si surge o se conoce de forma sobreviniente una patología respecto al acuerdo que haga entrar a las partes en conflicto.

Aunque este efecto probatorio resulte más evidente, es tal vez incluso más importante el efecto preventivo del *due diligence*, que consiste en que las partes pueden utilizar el proceso para analizar si les resulta o no conveniente celebrar el contrato proyectado en los términos y condiciones previstos, así como determinar cuales son las representaciones y garantías que deben exigir de la otra como condición sine qua non para su celebración.

Finalmente, cabe decir que el *due diligence* es una institución en desarrollo, que se depura y refina cada vez más con el pasar de los años. Su estudio, considero, no es suficientemente profundo, especialmente en el caso de los países que practican el derecho civil. Es verdaderamente poca la bibliografía y doctrina que se ha dedicado a abordar el tema y sus vicisitudes, y prácticamente toda proviene de los Estados Unidos, el Reino Unido y Sudáfrica. Es por esto que conviene llevar a cabo análisis más profundos aún que los que hemos podido abordar en estas páginas, de la institución y de su naturaleza jurídica. Ello nos permitirá determinar y descubrir las formas más adecuadas de emplear esta herramienta, cada vez más importante en las transacciones comerciales en el ámbito nacional e internacional.

## Bibliografía

Brebbia, Roberto H. *Responsabilidad Precontractual*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1987.

Burgos, Richard. *Due Diligence in Leasing*. Mondaq Business Briefing. Enero 2012. Disponible en <http://mondaq-business.vlex.com/vid/due-diligence-in-leasing-382211146>. Consultado el día 2 de junio de 2013.

Cebriá, Luis Hernando. *La revisión legal (legal Due Diligence) en el derecho mercantil*. Esitorial Comares. Granada, 2008.

Fondevilla Roca, Eduardo. *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte*. Cedecs Editorial, 1997. Tomado de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/fusion-adquisicion-instrumentos-estrategicos-empresario-351> el día 5 de junio de 2013.

George Mason University Law Library. *What Information is Included in a Due Diligence Report?* Consultado en [http://www.law.gmu.edu/assets/files/library/lrwa/DueDiligence\\_Handout.pdf](http://www.law.gmu.edu/assets/files/library/lrwa/DueDiligence_Handout.pdf) el día 28 de mayo de 2013.

Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Distribuciones de la Ley. Madrid, 1994.

Hankins, Jeff. *Due Diligence*. Arkansas business 27.49 13. Diciembre de 2010: 7.

Kub nek, Martin. *Typical Legal Issues Encountered in Real Estate Due Diligence*. Mondaq Business Briefing. Enero 2011. Tomado de <http://mondaq-business.vlex.com/vid/issues-encountered-estate-due-diligence-253533054> el día 3 de junio de 2013.

Marthur, Charu. *Legal Due Diligence*. Mondaq Business Briefing. Junio 2002. Disponible en <http://vlex.com/vid/legal-due-diligence-53001417>. Consultado el 6 de junio de 2013.

O'Connor, Maura B. *Due Diligence in Real Estate Transactions*. Mondaq Business Briefing. Mayo 2003. Disponible en <http://vlex.com/vid/due-diligence-real-estate-transactions-54590008>. Consultado el 6 de junio de 2013.

Pear, Alison. *Performance of Due Diligence in Transactions*. Mondaq Business Briefing. Tomado de <http://law-articles.vlex.com/vid/performance-diligence-transactions-216183291> el día 5 de junio de 2013.

Simmel, Sergiu S. *What is in a Technical Due Diligence Report?* The Mercator Monitor, 19 de noviembre de 2002. Consultado en [http://www.imakenews.com/mercator/e\\_article000107829.cfm](http://www.imakenews.com/mercator/e_article000107829.cfm) el día 28 de mayo de 2013.

Walker, Jon. *Environmental Due Diligence*. Risk Management Volumen 55 número 7. New York, julio de 2008. Consultado en <http://law-journals-books.vlex.com/vid/environmental-due-diligence-65182280> el día 7 de junio de 2013.

# EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

*José Rafael Fernández Quesada<sup>1</sup>*

## **Resumen**

El arbitraje comercial internacional alcanzó la mayoría de edad. Tiene vida propia, independiente de los institutos jurídicos que le dieron vida. Y goza hoy de los privilegios, y peligros, de ser alguien muy atractivo: todos quieren estar cerca, y verdad o no, todos dicen sus amigos íntimos. Pero la realidad es que poco tiempo se dedica al análisis de la naturaleza ontológica del fenómeno. Proponemos analizar algunas ideas expuestas por quienes se han atrevido a elucubrar sobre el concepto del arbitraje, desde las disciplinas de la Filosofía, la Teoría del Estado, la Sociología y la Psicología. Este artículo es una sencilla propuesta para acicatear la curiosidad de los partidarios del arbitraje, que nos permita, al cabo, ser realmente sus amigos y no solamente decir que lo somos.

## **Palabras clave**

Arbitraje. Concepto. Filosofía Jurídica. Sociología Jurídica. Arquetipo arbitral.

## **Abstract**

International Commercial Arbitration has reached its legal age. It has life on its own independent from the legal institutions that gave life to it. It enjoys today the privileges, and perils, of being very attractive: everybody wishes to be close, and true or false, everybody says to be close friends with it. But the reality is that scarce time is invested in the analysis of the ontological nature of the phenomenon. We propose to analyze some ideas brought forth by those who have had the courage to elaborate on the concept of Arbitration from the disciplines of philosophy, theory of the State, sociology and psychology. This article is thus a simple proposal to stimulate the curiosity of arbitration partisans, so it would allow us, at the end, to really become its friends and not only to pretend we are.

## **Key words**

Arbitration. Concept. Legal Philosophy. Legal Sociology. Arbitration archetype.

# EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

*José Rafael Fernández Quesada<sup>1</sup>*

## **Introducción**

Lo primero que hay que dejar muy claro es que un arbitraje no es un proceso judicial abreviado en el tiempo. Es diferente, es precisamente un método alternativo de solución de controversias mercantiles, que si bien es adversarial, se fundamenta en principios filosóficos, jurídicos y sociológicos diferentes a aquellos en que se fundamentan los Códigos Procesales. Diferencia que es más fácil distinguir en el arbitraje internacional, pero que se desdibuja, muchas veces, en países como Costa Rica, en que el arbitraje nacional se regula por una ley interna diferente a aquella para el arbitraje internacional.

Esta marcada diferencia en la razón de ser, que de suyo lleva a un sistema diferente de solucionar disputas, lleva a González de Cossio<sup>2</sup> a resumir la situación diciendo: “*el arbitraje es para adultos*”.

Cuando las partes escogen voluntariamente el método por el cual quieren resolver sus controversias, quedan de lado el formalismo, la despersonalización, la rigidez y la lentitud típicas de la justicia estatal y por eso, quienes

acuden al arbitraje deben adecuar su conducta al método seleccionado. Con todo, corresponde a veces al Tribunal recordarlo a las partes, e incluso, sancionar a quien no se comporta a la altura.

Los reglamentos más comúnmente escogidos en arbitraje internacional, (ICC; AAA; LCIA, UNCITRAL) son respetuosos de la autonomía de las partes y dejan a su escogencia la mejor forma de estructurar el procedimiento, siempre bajo la atenta dirección del Tribunal. Por eso, en comparación con un proceso judicial, al neófito en la materia, un procedimiento arbitral internacional puede parecerle falto de contornos definidos y, en ausencia de la red de seguridad conceptual que supone el Código Procesal: algo confuso. No obstante, la realidad es otra, y un arbitraje bien administrado, con asesores avezados y árbitros diligentes, es una herramienta formidable para el comercio internacional.

## **Qué es el arbitraje?**

Esa pregunta se puede responder desde el punto de vista lógico—jurídico o desde el punto de vista jurídico—positivo.

<sup>1</sup> Abogado y Árbitro Costarricense. Profesor de los cursos de Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje Nacional en el Postgrado de la Universidad Latina, San José. Profesor del curso de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica. Presidente del Capítulo Costarricense de la Cámara de Comercio Internacional —ICC—. [jrfernandez@abogados.or.cr](mailto:jrfernandez@abogados.or.cr)

<sup>2</sup> González de Cossio, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. México, 2008

Si seguimos en camino de lo positivo, tendremos que estudiar el derecho arbitral mismo, esto es, de las normas positivas; pero hacer tal cosa, nos llevaría por un camino que, a lo sumo, nos permitirá hacer una observación y enumeración de las formas en que distintas jurisdicciones han regulado el arbitraje<sup>3</sup>.

Tal enfoque, si bien válido, nos deja sin respuesta lo que en el fondo buscamos: ¿cuál es el sustrato en el que se genera, crece y se desarrolla este fenómeno social que produce y sostiene las normas positivas que regulan el arbitraje?<sup>4</sup>

El maestro Recanséns Siches<sup>5</sup>, al analizar la teoría Kelseniana de la *norma fundamental hipotética* (también llamada constitución en sentido lógico-jurídico), explica que se le llama “hipotética” únicamente desde el punto de vista jurídico, puesto que, aunque es real:

*... la base de la norma jurídica primera ya no puede ser otra norma jurídica positiva, sino una razón de otra índole, razón que se fundará sobre unos determinados hechos sociales históricos, conjugados con unas estimaciones políticas (...) más esa labor crítica no pertenece a la estricta función jurídica: el jurista se aloja dentro de un determinado orden*

*jurídico; y en el ámbito doméstico del mismo procede a razonar el fundamento de cada una de sus partes. Pero el jurista no puede salirse fuera del orden jurídico sobre el cual se apoya y dentro del cual mora; y, por eso, no puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del orden positivo dentro de cuya interioridad se mueve<sup>6</sup>*

Así, proponemos entonces apearnos de la plataforma estrictamente positiva, quitarnos por un momento el sombrero de árbitros, para buscar en otras disciplinas, la respuesta que buscamos.

Muchos autores han recorrido este camino, y han hecho valiosísimos análisis, desde el plano filosófico (Opetit, Galliard y en general la doctrina Francesa), pasando por la sociología (Dezalay, Alonso), la psicología Jungiana (Paulson).

### **La filosofía jurídica y arbitraje**

Opetit, siguiendo a Jarrosson señala que: *Tal vez estas dificultades para conceptualizar el arbitraje se deben, en el fondo, a que en la idea, por oposición a la noción figura a veces el tipo ideal de una categoría de objetos,*

*que no puede ser reducida a una formalización intelectual: es el caso de la idea de justicia<sup>7</sup>*

Y luego citando a Chevalier señala: *“la idea de justicia es un misterio por que es un ideal... ninguno de nuestros conceptos jurídicos puede aprehenderla de forma exhaustiva”,* y pregunta:

*¿Ocurriría con la idea de arbitraje lo mismo que con la idea de justicia, con la cual coincide en gran medida?, ¿Debemos resignarnos a no ver en el arbitraje nada más que un mecanismo complejo caracterizado por la diversidad de sus engranajes y regulado por el derecho en función de las misiones que le asigna, en lugar de un verdadero concepto? ¿O, más bien, una simple manera de aprehender los problemas, una actitud mental, de cierta forma?”<sup>8</sup>*

Para Opetit, la respuesta a las dificultades conceptuales del arbitraje, solo pueden ser respondidas dentro de una reflexión sobre los mismos temas esenciales que se plantean en cualquier sistema jurídico: *“la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho”<sup>9</sup>,* esto es, dentro de una perspectiva netamente filosófica del derecho. Y señala tres ejes de reflexión: alcance, identidad y naturaleza.

Con relación al alcance: ¿Es el arbitraje internacional universal? El arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos de las relaciones económicas internacionales, tiene una característica particular: su capacidad para solucionar de forma general todas las controversias en ese ámbito, gracias a su adaptabilidad y a su vocación de ayudar a mantener las relaciones entre las partes en conflicto, no solamente a determinar la culpa y el daño.

Con todo, esas particularidades, no han servido siempre para darle al arbitraje una condición de universalidad, pues antes de los años sesenta del siglo XX, existían todavía muchas resistencias a su utilización, provenientes de los ordenamientos internos y las concepciones particulares de cada sistema jurídico. Tales problemas, han sido más agudos en el arbitraje interno que en el internacional, por el concepto tan acendrado que existe desde la Revolución Francesa del monopolio de la jurisdicción por parte de los Tribunales Estatales.

El desarrollo del comercio internacional habido en las últimas décadas, y la proliferación de tratados de protección de inversiones y de libre comercio, ha producido un impulso, antes inexistente, que ha llevado al desarrollo del fenómeno que Opetit denomina “aculturación jurídica”, esto es, la mezcla de las culturas jurídicas, que gradualmente ha producido

3 Así hace, por ejemplo el profesor Pieter Sanders, en su obra: “Qvo Vadis Arbitration?”. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 1999. En la que, si bien denomina el segundo capítulo “Different Concepts of Arbitration”, en realidad únicamente revisa la evolución de la regulación del arbitraje en el Common Law y en el Civil Law.

4 Francisco González de Cossío, en su artículo: “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, disponible en versión electrónica en varios sitios en la Internet, hace una propuesta de analizar el “compuesto arbitral” a partir de la estructura y los conceptos de la química, habla así de nomenclatura, elementos, compuestos, destilación, moléculas y fórmulas químico—arbitrales, etc. Con todo, su estudio se hace analizando derecho positivo arbitral.

5 Recaséns Siches, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 1979

6 Ibid, página 177

7 Ferrater Mora, en su Diccionario de Filosofía, indica que: “...La noción se distingue de la idea propiamente dicha por cuanto mientras esta última puede ser (según ciertos filósofos) el principio de una realidad, la primera solamente puede ser el principio del conocimiento de una realidad”. Y con relación a la idea dice: “...Las múltiples significaciones de “idea” han dado lugar a varios modos de considerar las ideas. Tres de esos modos son particularmente importantes. Por un lado, se entiende la idea lógicamente cuando se equipara con un concepto. Por otro lado, se entiende la idea psicológicamente cuando se equipara con una cierta entidad mental. Finalmente, se entiende la idea metafísicamente (o, según los casos, ontológicamente) cuando se equipara la idea con una cierta realidad”. Ferrater Mora, Jose. Diccionario de Filosofía. Tomo I. Quinta Edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964

8 Opetit, Bruno. Teoría del Arbitraje. Legis Editores SA. 2006. Colombia. Página 32

9 Ibid, página 248

un reconocimiento del valor y la utilidad del arbitraje en el comercio internacional, y por ende la aceptación de sus principios y particularidades, hasta llegar a respetar su individualidad conceptual. Fenómeno que se puede identificar claramente en las culturas jurídicas europea, anglosajona, árabe y —tardíamente— latinoamericana.

Con relación a la identidad: El concepto generalmente aceptado es que las partes buscan someter sus diferencias al arbitraje, porque quieren que su problema sea solucionado de una forma diferente a como sería en un tribunal estatal, y porque expresamente desean evitar someterse a cualquier jurisdicción nacional. No obstante, el desarrollo que ha tenido el arbitraje lo ha acercado, cada vez más, al mismo proceso del que inicialmente quería alejarse, y hoy se escuchan críticas de connotados expertos, y de instituciones arbitrales, que se quejan de cuánto se ha “judicializado” el arbitraje internacional, con un incremento vertiginoso en la preferencia por los arbitrajes administrados, con la consecuente disminución de los arbitrajes Ad-Hoc, y bajo reglamentos cada vez más estructurados, que dan pie para que los procedimientos se compliquen, alarguen y se parezcan mucho a juicios ordinarios, muchas veces con una pesada —y costosa— estructura burocrática involucrada en la marcha del caso. Tal situación hace que el arbitraje haya perdido algo de su concepción original, diríamos, químicamente pura, para dar paso a un sistema mixto “a la vez semi-público y semi-privado, semi-contractual y semi-

*institucional, expuesto a los riesgos de la burocratización y del espíritu procesalista*<sup>10</sup>

Con relación a su naturaleza: El arbitraje es, sin duda, una institución jurídica; atrás quedan las posiciones que negaban esa realidad. Ahora, la precisión del *sistema normativo* que sirve de atmósfera al arbitraje es más complicado, en virtud de la cantidad de interacciones que se producen entre diversos sistemas jurídicos nacionales, derecho internacional —público o privado—, órganos jurisdiccionales estatales de diverso grado y en todo caso, un derecho contractual con claras características transnacionales, esto sin siquiera mencionar todavía la elusiva *Lex Mercatoria*.

El profesor Opetit concluye diciendo:<sup>11</sup>

*En definitiva, podemos decir que el arbitraje internacional, en su vocación y en su funcionamiento, expresa fundamentalmente los valores del humanismo, aunque, bajo la presión de la técnica y de la economía, afirma hoy en día igualmente un carácter mecánico. El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal.*

Gaillard por su parte analiza lo que él denomina “las representaciones mentales del arbitraje”<sup>12</sup> y las concepciones ius-filosóficas detrás de cada una, que él divide en tres:

- a) El arbitraje como parte de un ordenamiento nacional, o “monolocalizadora”;
- b) El arbitraje fundado sobre una pluralidad de ordenamientos nacionales, o “westfaliana” y
- c) El arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo o “transnacional”: el ordenamiento jurídico arbitral. Concepto que él define de la siguiente manera: *La expresión ordenamiento jurídico arbitral sólo se justifica, en realidad, para designar un sistema que fundamente de manera autónoma la fuente de la juridicidad del arbitraje. Sin la coherencia de un sistema que posea fuentes propias, no podremos hablar de ordenamiento jurídico. Sin autonomía respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado soberano, no podremos hablar de un ordenamiento jurídico arbitral*<sup>13</sup>.

En el primer enfoque, la representación monolocalizadora, el Tribunal Arbitral se concibe simplemente como un Tribunal del ordenamiento jurídico del lugar de la sede, y el laudo no será internacional, sino nacional del país sede. Todo parte, para esta concepción, del entendimiento de que la fuente de la juridicidad del arbitraje radica en el derecho de la Sede.

En la segunda representación, la “westfaliana”, la validez del laudo no está en un solo ordenamiento jurídico, sino en diversos ordenamientos que han aceptado reconocer su validez, aquí, el derecho de la Sede, es uno más entre muchos.

Si la concepción anterior es centralizadora, ésta es descentralizadora, aquella ve el fenómeno desde el punto de partida, ésta, desde el punto de vista de la llegada, esto es, del laudo.

*Es el reconocimiento de este laudo lo que valida, retrospectivamente, el proceso. Esta inversión, considerada como una verdadera revolución copernicana, gobierna todo el razonamiento.*<sup>14</sup>

La tercera representación, partiendo de los postulados que le permiten llegar a determinar la existencia de ese “ordenamiento jurídico arbitral”, llega a expresar que el árbitro puede ser considerado un órgano de tal ordenamiento jurídico autónomo.

Conceptos clave en ésta última concepción son: el poder de juzgar del árbitro y el vínculo de tal capacidad con las que él denomina las “reglas transnacionales”.

Normalmente se responde que el poder jurisdiccional del árbitro internacional radica en la autonomía de la voluntad, pero tal voluntad, únicamente puede conceder tal poder, porque, a su vez, tal capacidad le ha sido concedida por un ordenamiento jurídico.

Dice el autor<sup>15</sup>:

*La representación que acepta la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral (...) reposa en la idea de que son los derechos de los diferentes Estados los que, tomados colectivamente, constituyen el derecho común del arbitraje en*

10 Opetit. Op Cit. Página 270

11 Opetit. Op Cit. Pag 289

12 Gaillard, Emmanuel. Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Asunción, Paraguay. 2010. Pág. 16

13 Gaillard. Op Cit. Pág. 47

14 Ibid, página 32.

15 Ibid, página 56

*el cual puede encontrarse la fuente de poder de juzgar de los árbitros. Como los principios generales del derecho que constituyen una de las fuentes del derecho internacional, esta representación no se opone a los derechos estatales, sino que por el contrario se cimienta en la actividad normativa de los Estados*

Para explicar la idea de cómo se genera ese “derecho común del arbitraje”, recurre a la analogía de aquello que sucede en el Derecho Internacional Público:

*“el método que consiste en recurrir a los principios generales o el “método de las reglas transnacionales” es siempre el mismo. No es diferente de aquel que permite deducir los principios generales del derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”*<sup>16</sup>

Y ese método, al no ser una lista cerrada de respuestas, sino simplemente eso: un método comparativo, permite dar respuesta a todos los conflictos que surgen en el Comercio Internacional.

Será también consecuencia de tal autonomía, la posibilidad que tienen los árbitros de conducir el procedimiento de acuerdo a la

voluntad de las partes y con prescindencia de todo ordenamiento nacional, y en apoyo de esta realidad, el autor cita la resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en Santiago de Compostela en 1989 que reza<sup>18</sup>:

*Las partes tienen plena autonomía para determinar las reglas y principios de procedimiento ... que deben ser aplicados por los árbitros. En particular, ... estas reglas y principios pueden obtenerse de diferentes sistemas jurídicos nacionales así como de fuentes no nacionales, como los principios del derecho internacional, los principios generales del derecho y los usos del comercio internacional.*

Consecuencia de la existencia de tal ordenamiento autónomo, es según la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, el hecho de que el Laudo internacional no está conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional, sino que es una decisión de justicia internacional (tal como dijo la Corte de Casación en el caso Putrabali), y de ahí que su anulación en los tribunales de la Sede, no hace desaparecer el Laudo, sino que éste sigue existiendo y será válido en otras jurisdicciones, siempre y cuando no viole el Orden Público Internacional.

<sup>16</sup> Ibid, página 56.

<sup>17</sup> Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;  
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;  
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;  
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

<sup>18</sup> Ibid, página 109

Esta teoría propuesta por el profesor Gaillard, es acremente criticada por Jan Paulsson<sup>19</sup>, quien se alza contra la idea francesa de la “deslocalización”.

El profesor Sueco agrega a las tres “representaciones mentales” del francés, una cuarta: que el arbitraje pueda derivar su efectividad de fundamentos que no dependan de las leyes o los jueces nacionales. Ésta, se funda en, y complementa, la teoría westfaliana o pluralista.

Para Paulsson, el concepto de “deslocalización” se refiere a la posibilidad de que un laudo sea aceptado en el lugar de ejecución, con independencia del criterio que vierta sobre tal laudo, el sistema legal de la sede, y afirma con total serenidad que la realidad del mundo arbitral, no contradice las tres tesis de Gaillard, sino que, sencillamente, las ignora. Y considera que el onírico concepto de un orden autónomo, se contradice a sí mismo, pues requiere, para su validez, ser reconocido por el mismísimo sistema estatal del que pretende liberarse.<sup>20</sup>

Esta cuarta posible representación, no pretende apegarse a ningún sistema estatal, se trata, para Paulsson, de algo más parecido a la noción de los “sistemas sociales privados”, que logran la aplicación de sus propios códigos internos de conducta sin ayuda externa, tales como, por ejemplo algunas federaciones deportivas, sectas religiosas o, también, ciertas organizaciones criminales.

<sup>19</sup> Jan Paulsson. The Idea of Arbitration. Oxford University Press. United Kingdom. 2013.

<sup>20</sup> Ibid, página 45

<sup>21</sup> His remarkable contribution is rather a visión of pluralism which goes further than to consider the relationship between national legal orders among themselves, and allows us to see the success of arbitration through the prism of legal orders different from that of the nation state, and in some contexts more efficient than the latter. Ibid, página 47

<sup>22</sup> University of Chicago Press, Chicago, 1996.

Y para explicar este fenómeno, el autor recurre a *L'ordinamiento Guiridico* del profesor italiano Santi Romano, para quien, todo grupo social organizado es un tipo de orden jurídico.<sup>21</sup> Y así, existen “otros” ordenamientos jurídicos que pueden funcionar sin involucrarse para nada con los ordenamientos jurídicos nacionales.

El arbitraje internacional, será entonces, un ordenamiento jurídico de ese tipo.

### **Sociología Jurídica y arbitraje.**

Otros han estudiado el arbitraje desde la plataforma de la sociología jurídica, y son exponentes de tal enfoque los autores Yves Dezalay y Byrant G Garth, en su obra: “Dealing in Virtue”<sup>22</sup>.

También, nuestro apreciado amigo, el ilustre árbitro español, don José María Alonso, incursiona en un análisis de este género en un artículo suyo titulado: “Aspectos económicos, sociológicos y transaccionales del arbitraje”, en el que indica:

*Del mismo modo, el arbitraje no sería lo mismo si sólo existiera una cultura legal y social. Si sólo existiera una forma de ver el mundo el arbitraje habría perdido parte de su sustancia o quizás habría terminado por confundirse de nuevo con un proceso judicial. No cabe duda, pues, que el arbitraje se beneficia de la multiculturalidad, puesto que es esa necesidad de encontrar un sistema*

*neutro el que promueve la resolución de conflictos mediante arbitraje. Y no cabe duda de que los operadores comerciales internacionales se benefician del enfoque multicultural y flexible del arbitraje para no sentirse en desventaja en cualquier disputa que pueda surgir.*

Para Dezalay:

*El arbitraje comercial internacional es, en parte, una comunidad epistémica (...) organizada alrededor de ciertas creencias en un ideal de justicia privada internacional, pero es también un mercado extremadamente competitivo que involucra grandes negocios y mega-abogacía. Entenderlo requiere comprender ambos, los ideales y la competencia por el negocio*<sup>2324</sup>

En este trabajo, los autores proponen construir un mapa de campo del arbitraje comercial internacional, identificando las redes y relaciones jurídicas, económicas y sociales que se desarrollan en este campo, así como las estructuras de poder que consciente o inconscientemente regulan la materia.

El elemento central del estudio es precisamente la exposición y análisis de ese nudo fundacional, o podríamos decir, de la nébula jurídica que origina la constelación arbitral internacional, y que no es otro que la conjunción entre el poder económico de los grandes actores privados del mercado

internacional y los abogados y firmas legales, quienes buscan ganar un considerable porcentaje del lucrativo mercado de las disputas comerciales que se producen en ese mercado.

Esa conjunción de intereses, produjo, y todavía produce aunque con cambios en las estructuras, beneficios a ambas partes. A los actores del comercio internacional: la tan deseada opción de evitar la jurisdicción estatal, y de paso, organizar su propio sistema de justicia privada. A los abogados: la posibilidad de, inicialmente, utilizar sus exclusivos conocimientos académicos, como fundamento de una nueva Lex Mercatoria, como un concepto que, de alguna forma, venía a ser y decir lo que ellos decían que decía. Concepto, con todo, hoy día un tanto venido a menos, a favor de un concepto más amplio de derecho transaccional, o anacional.

El análisis de estos autores parte del estudio, en el año 1996, del “capital simbólico” de los “grandes sabios” del arbitraje, que a la vez, los hace ser lo que son y que por ser lo que son, logran a su vez generar mayor capital simbólico.

Ese capital es definido recurriendo a Bourdieu que en lo esencial señala que “*el peso de los diferentes agentes depende de su capital simbólico, tal como el reconocimiento —institucionalizado o no— que ellos reciben del grupo*”<sup>25</sup>. Los títulos profesionales, las posiciones en el sistema

<sup>23</sup> Ibid, página 16. (Traducción libre del autor)

<sup>24</sup> Una “comunidad epistémica” es un: Sistema integrado por expertos en hacer política que comparten normas, creencias causales, proyectos políticos y que buscan cambios en áreas específicas de la política. Las comunidades epistémicas comparten un conocimiento consensual. Esto se genera a través de métodos causales comunes o juicios profesionales y nociones comunes de validez y usualmente se expresan a través de un vocabulario común. <http://www.mdp.edu.ar/index.php?key=2781>

<sup>25</sup> Ibid, página 18

político, legal y económico, tienen un cierto valor, igual al que tiene un capital, valor que será determinado el mercado en que se hará valer. Tienen particular importancia en este campo la estatura académica, las publicaciones especializadas, la experiencia práctica y el entrenamiento en resolución de disputas, conexiones con el mundo de la política y los negocios, habilidades lingüísticas, y excelencia en los aspectos técnicos del arbitraje.

Tal capital, como cualquier otro, tiene oscilaciones, incrementos y devaluaciones según el tiempo y el lugar.

Haciendo la aclaración de que la investigación de Dezalay se publicó en el año 1996, sus opiniones a cerca de los grandes árbitros y su importancia en el mundo arbitral, sigue teniendo validez, tal vez no tan precisa como entonces, pero validez al fin. Una cita magistral, nos sirve para ilustrar el punto:

*Las carreras de esos destacados individuos nos recuerdan la situación de la iglesia medieval. El hijo de un noble podría llegar a obispo, simplemente por sus orígenes familiares y posición social. Otros podían rasurarse la cabeza, hacer votos de celibato, entregar todo a la iglesia, y aún así, no tener ninguna oportunidad de alcanzar ninguna posición de importancia, como la de obispo. Su trabajo tesorero ayudaría a mantener la estructura institucional que hacía atractiva la posición de obispo para el hijo del noble, pero ellos, carecían de la plataforma social que les permitiera llegar a tal posición.*<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Ibid, página 23

<sup>27</sup> Ibid, página 37

La competencia entre estos reconocidos árbitros internacionales y sus grupos sirve para crear y fundamentar la legitimidad del arbitraje internacional. Con todo, tal competencia se desarrolla no solamente en los términos de la oferta de mejores servicios, sino y principalmente, en términos simbólicos de legitimación y credibilidad, situación que a la vez crea carreras profesionales y abre mercados para aquellos que tienen éxito.

Ahora, el perfil de aquellos “grandes sabios” europeos del arbitraje (como Goldman, Lalive, Mustill, Sanders, y más recientemente Paulsson, Derains, Cremades, etc) ha ido variando, con el desarrollo mismo del arbitraje. Para los pioneros del arbitraje, éste constituía una obligación no una carrera, y era visto como una actuación ocasional de afamados profesores universitarios, casi como un servicio público. Paulsson mismo lo describirá diciendo que “la edad de la inocencia llegó a su fin ... hoy día arbitran, pero no por amor”<sup>27</sup>.

Los autores ejemplifican la posición de los árbitros suizos de antaño que, dicen, terminaban las audiencias a las cinco de la tarde, para una cena de lujo y la noche en la ópera, mientras que hoy día, los árbitros de nuevo cuño, trabajan sin parar toda la noche, para tener listo el laudo al día siguiente. Destacando así la diferencia entre aquellos grandes y prestigiosos abogados, y los tecnócratas de hoy día.

El desarrollo del arbitraje, que llevó inicialmente a la participación de esos grandes maestros y el recurso al concepto académico de *Lex Mercatoria* como

fundamento de sus laudos, tuvo un golpe de timón en la primera mitad del siglo XX, cuando estallaron los conflictos petroleros, surgidos de los contratos firmados a partir de los años treinta, y que contenían cláusulas arbitrales.

Los inversionistas extranjeros que buscaban, a toda costa, evitar las jurisdicciones y las leyes locales, encontraron en el arbitraje el foro adecuado para dirimir sus conflictos. Por su parte, los países en vías de desarrollo, que no querían resolver sus disputas de acuerdo con las leyes de los que, antaño, habían sido sus colonizadores, encontraron alivio en el recurso a la noción de los “principios generales del comercio internacional”, formulación que, no obstante, provenía de la academia europea y de los grandes académicos que desarrollaron el concepto, finalmente conocido como Lex Mercatoria.

Al producirse aquellos mega arbitrajes, relacionados con los contratos petroleros, las grandes firmas legales estadounidenses, que veían el sistema legal europeo con franco desdén, se vieron en la necesidad de enviar abogados a defender los intereses de sus clientes. Estos litigantes se vieron, así, ante un mundo absolutamente desconocido para ellos, por lo que les quedaban dos caminos: la apatía o luchar para imponer sus reglas. Obviamente, sus honorarios, que en muchos casos fueron monumentales, pendían de su desempeño, así que aquellas firmas legales invirtieron tiempo y dinero en el arbitraje. Esto produjo cambios radicales en el, hasta entonces, pacífico mundo del arbitraje:

*“el rápido crecimiento del mercado del arbitraje produjo el arribo de nuevos reclutas de las periferias del mundo de los grandes profesores. Ellos no tenían ni el estatus que les permitiera recurrir a ese tipo de argumentos (Lex Mercatoria) ni la predisposición para aceptarlos en sus contrapartes”<sup>28 29</sup>*

A su vez, la participación de organizaciones como la International Chamber of Commerce, que —bien lo indican los autores— se convirtió en una institución misionera, y diríamos nosotros, que hace muchos años viene predicando el arbitraje a todo el mundo, sirvió, por un lado para ampliar la base del mercado arbitral y con ello creo la necesidad de que más abogados participen, como litigantes o como árbitros en la mayor cantidad de arbitrajes que se producen, y por otro, para posicionar a la misma ICC como un verdadero sistema de justicia transnacional privado.

Este fenómeno a su vez ha producido, en años recientes, una escasez en la disponibilidad de árbitros bien preparados, y de ahí, el énfasis que se da hoy día en los grupos “menos cuarenta”, en búsqueda de talento joven.

A su vez, el advenimiento de las grandes firmas legales mundiales, y la indudable influencia de sus sedes estadounidenses, ha venido a perfilar el mundo del arbitraje moderno, alejándolo de aquella idea original, ya vista, y moviéndolo cada vez más, hacia la realidad de un mundo de competencia

<sup>28</sup> Ibid, página 90. Traducción libre del autor.

<sup>29</sup> U.S litigators invaded the small club of pioneers, helped it to prosper, and shifted its center of gravity toward U.S. approaches to litigation. The “international justice” that handles business disputes is itself a product of competition among “national” approaches, including that of the U.S. litigators. Ibid, página 100

globalizada, a las órdenes de la industria a la que sirve.<sup>30</sup>

### **Psicología Jungiana y arbitraje**

El ya citado profesor sueco, Paulsson, en el análisis de la figura del árbitro, recurre a los conceptos expuestos por Carl Jung, fundador de la escuela de psicología analítica, quien sostenía que así como tenemos instintos que guían nuestras acciones, hemos heredado estructuras mentales que condicionan nuestras percepciones y motivaciones. En el centro de esta idea ubica los “arquetipos”, que para él, son los determinantes del mundo psíquico.

El inconsciente colectivo, diferente del individual y personal, se expresa, según Jung, a través de los arquetipos, que son formas de pensamiento universal o imágenes mentales que influyen la actuación inconsciente de las personas.

El suizo, individualizó ciertos arquetipos: el “ánima”, “la madre”, “la sombra”, “el niño”, “el viejo sabio” etc.

Paulsson usa el arquetipo del sabio, para relacionarlo con la figura del árbitro.

Para él, resulta útil pensar en la existencia inconsciente de un arquetipo arbitral, “queremos ser juzgados por alguien sabio y familiar, tal vez una versión idealizada de nosotros mismos, no alguien inteligente pero extraño”<sup>31</sup>

Si en realidad existe tal arquetipo, se pregunta, ¿cómo se llegó a enquistar en nuestro inconsciente? Tal vez por un proceso adaptativo de selección natural, responde.

Y de existir, en efecto semejante figura, cuáles serán sus cualidades? Sobre todo, el arquetipo arbitral debe respetar la individualidad de los “arbitrantes” y de su caso, pero a partir de esa cualidad básica, Paulsson enumera, como razonablemente deducibles de la experiencia, las siguientes cualidades idealizadas:

- Compromiso: Tanto así, que las partes confíen en que el árbitro llegará hasta el fondo del asunto, considerando a su paso todos los argumentos, sean los que fueren, al punto de poder ver de frente con total honestidad, incluso a quien sale vencido en el laudo.
- Capacidad: Para que la decisión del árbitro tenga peso moral debe fundarse en una profunda comprensión del debate. “El árbitro inexperto, incapaz siquiera de hacer las preguntas correctas o de ver las falencias básicas en el corazón de una presentación impresionante pero superficial, adolece de la autoridad esencial del arquetipo”<sup>32</sup>
- Preocupación: Aquella del “buen padre de familia” aplicada al arbitraje, a las partes y sus intereses enfrentados que buscan justicia. El árbitro es escogido como individuo y se espera de él que actúe de acuerdo a su experiencia y rectitud.

<sup>30</sup> “Located at the intersection of the world of business and that of law, these business lawyers serve as “lawyer-compradors” —double agents serving their own interests as lawyers and those of the merchants who retain their services. They are perpetually torn between the requirements of their peers in the legal profession and those of their business clients.” Ibid, página 119.

<sup>31</sup> Paulsson, Op Cit, página 5

<sup>32</sup> Ibid, página 8 (traducción libre del autor)

- Discernimiento de las consecuencias: La consciencia del arquetipo le hace saber que su actuar es de beneficio para la comunidad, por ello observa con atención las posibles consecuencias de su fallo, y a la vez, la comunidad observa al árbitro y le hace saber el valor de su labor. Tal ejercicio de observación, dice el autor, afecta el comportamiento de quien actúa como árbitro.
- Dignidad: Del latín “dignus” = digno. Aplicado esto a la labor del árbitro arquetípico, exige que sus laudos sean el producto de una “*justa percepción de las consecuencias adecuadas para la conducta de las partes*” y no de criterios subjetivos y arbitrarios.

Sobre esta particularidad, de las cualidades del árbitro, don Rodrigo Oreamuno Blanco, reconocido árbitro internacional costarricense, señala:<sup>33</sup>

Un buen árbitro, en mi criterio, señalo, debe tener 4 características:

- a) formación jurídica —cuando mínimo— aceptable para la labor encomendada;
- b) tiene que tener solidez ética;
- c) debe tener disponibilidad;
- d) debe ser un eficiente administrador

El profesor Paulsson, ya al final de su obra, hace esta reflexión:

*Podemos, en este universo en constante cambio, encontrar un principio organizativo para guiar nuestra valoración de la institución social que llamamos arbitraje? Tal vez un objetivo trascendente pueda jugar, en si*

*mismo, el papel de un principio organizativo. Este objetivo es el cumplimiento de la mismísima idea del arbitraje como aquel mecanismo de resolución de controversias, que será aceptado con tranquilidad por aquellos que asumirán sus consecuencias, debido a su particular confianza en el juzgador por ellos escogido*<sup>34</sup>

### Conclusión

La búsqueda de una explicación de la idea del arbitraje, de su concepto, debe ser buscada *al di la* —más allá— de las normas arbitrales positivas, tal como sucede con la norma fundamental hipotética kelseniana. Buscar el concepto del concepto, en el producto nacido de tal concepto, nos llevará a un ejercicio parecido al de la mosca que pega en el cristal, tratando de salir. Aún si tomáramos, por ejemplo, la Convención de Nueva York, o la Ley Modelo UNCITRAL, como lo más cercano a normas fundamentales del arbitraje internacional, en el estudio *ad-intra* de esos textos, no podríamos encontrar, sin más, el fundamento conceptual que les dio vida.

Las respuestas podemos buscarlas en la filosofía que barrunta sobre la justicia, la finalidad, las fuentes y la naturaleza del derecho arbitral, su alcance, la identidad del fenómeno, y por supuesto, sobre su naturaleza.

Parte de la doctrina francesa propone que el arbitraje ha llegado a ser un ordenamiento jurídico autónomo y deslocalizado, a tal punto que el laudo es anacional y puede ser

ejecutado, aunque haya sido anulado en el país sede del arbitraje.

Otros critican esa conclusión y observando la realidad socio-económica y jurídica concluyen que el arbitraje, más que un ordenamiento autónomo de las jurisdicciones estatales, es con toda plenitud, un ordenamiento jurídico, nacido de una sociedad particular. Sociedad que los sociólogos califican como “comunidad epistémica”, cuyo pilar es el árbitro.

El aforismo jurídico: “El arbitraje es tan bueno como los árbitros”, adquiere un sentido pleno, cuando se revisa el valor que el árbitro tuvo en sus orígenes del arbitraje moderno, en la figura de los grandes sabios de las academias europeas. Esa figura hoy fagocitada por los abogados de grandes firmas transnacionales que han llegado al mundo del arbitraje siguiendo, inicialmente, el olor de los petrodólares, y hoy, de la mano de instituciones como la ICC, que han predicado el arbitraje a todo el mundo.

Los árbitros y los operadores del arbitraje internacional, siguen jugando en un mundo cerrado (aunque cada vez menos), en el que para existir, se debe poseer un cierto capital simbólico, que no es accesible a todos.

Esos juristas, quienes a la vez dan forma y son formados, por las características actuales del sistema, se ubican en el sistema, como árbitros, o como litigantes, muchas veces de forma alternativa. Y cuando ejercen

como litigantes, se encuentran divididos, a la manera de doble-agentes, sirviendo a la vez a los principios inspiradores del arbitraje y los monumentales intereses económicos de sus clientes y de los que ellos obtienen importantes ganancias.

Hay que dejar claro, no obstante, que quienes por el mayor volumen de su *capital simbólico* son llamados a la privilegiada posición de árbitros, en el ejercicio de tal función, por el mecanismo de la revelación, y los contrapesos que permite la recusación y, en el caso de la ICC, de la aprobación de los nombramientos, no enfrentan el problema de servir a la vez al arbitraje y a sus clientes, y tal dilema desaparece, o al menos se reduce considerablemente.

Paulsson, empatando con la observación de los sociólogos del derecho en cuanto a la importancia del árbitro, busca el ascendente de la fama del árbitro, como pilar del arbitraje, en la psicología Jungiana, y equipara el árbitro al arquetipo del viejo sabio, enquistado en inconsciente colectivo.

El arbitraje internacional es entonces producto de una sociedad (epistémica) con características particulares de la que emana un ordenamiento jurídico particular, que subsiste con cierta tensa indiferencia hacia los órdenes jurídicos estatales, y que habita en un mundo en voraz competencia en que se mezclan lo simbólico (legitimación y credibilidad), con lo jurídico y lo económico—empresarial.

<sup>33</sup> MINUTA DEL COLOQUIO SOBRE LA SITUACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL. Documento no publicado. Reunión privada habida en el Salón Gonzalo J. Facio. Bufete Facio & Cañas, San José, Costa Rica. 16 de julio de 2010

<sup>34</sup> Ibid, página 300 (traducción libre del autor)

## Bibliografía

### Libros

Bañuelos Rizo, Vicente. (2010). Arbitraje Comercial Internacional. México D.F. México. Editorial Lumusa SA de CV.

Barona Vilar, Silvia (Directora) (2007) Arbitraje y justicia en el siglo XXI. Pamplona. España. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi SA

Bishop, R Doak (Editor) (2004). The art of advocacy in International Arbitration. Huntington, New York. USA. Juris Publishing Inc.

Caivano, Roque. (2008) Arbitraje. (Primera re-impresión) Buenos Aires. Argentina. Ad-Hoc SRL.

Calvo Caravaca, Alfonso y Fernández de la Gándara Luis. (1989). El arbitraje comercial internacional. Madrid. España. Editorial Tecnos.

Clay, Thomas. (2012). El Árbitro. Bogotá. Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez.

Dezalay, Yves y Bryant G, Gart. (1996). *Dealing in virtue*. Chicago, USA: The University of Chicago Press.

Draetta, Ugo. (2011). Behind the scenes in International Arbitration. Huntington, New York. USA. JurisNet. LLC.

Fernández Rozas, José Carlos. (2008). Tratado de arbitraje comercial en América Latina. Madrid. España. Iustel Portal Derecho SA.

Gaillard, Emmanuel. (2010). Teoría jurídica del arbitraje internacional. Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política.

González de Cossio, Francisco. (2007). El arbitraje y la judicatura. México D.F. México. Editorial Porrúa SA

González de Cossio, Francisco. (2008). Arbitraje. México DF. México. Editorial Porrúa SA

González de Cossio, Francisco. (2008). El árbitro. México D.F. México. Editorial Porrúa SA

Hanessian, Grant y Newman, Lawrence W. (Editores). (2009) International Arbitration Checklists. USA. JurisNet, LLC.

Hobér, Kaj. (2006) Essays on International Arbitration. New York. USA. JurisNet LLC

Lew, Julian D.M. (2003). Comparative International Commercial Arbitration. The Hague. The Netherlands. Kluwer Law International.

Mantilla Serrano, Fernando (Coordinador). (2007) Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Bogotá. Colombia. Legis Editoriales SA

Muñoz Sabaté, Luis. (2011). Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje. Madrid. España. La Ley. Wolters Kluwer España SA.

Oppetit, Bruno. (2006). Teoría del Arbitraje. Bogota, Colombia: Legis Editores SA

Paulsson, Jan. (2013). The idea of arbitration. London, United Kingdom: Oxford University Press.

Recaséns Siches, Luis. (1979). Introducción al estudio del derecho. Mexico DF, México: Editorial Porrúa SA.

Redfern, Allan. (2007). Teoría y práctica del arbitraje internacional. (4ª Edición). Buenos Aires. Argentina. Editorial La Ley SA.

Rivera, Julio César. (2007). Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico. Buenos Aires. Argentina. Lexis Nexis Argentina SA.

Sanders, Pieter. (1999). Quo Vadis Arbitration. La Haya. Holanda: Kluwer Law International

Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinosa Fabricio (Coordinadores). (2008) El Contrato de Arbitraje (Primera re-impresión) Bogotá. Colombia. Legis Editores SA

### Artículos

Alonso, José María. Sf. Aspectos económicos, sociológicos y transnacionales del arbitraje.

González de Cossio, Francisco. (2007). La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico. Lima Arbitration Review N° 2

## **EL AVAL**

*Licda. Alina Guadamuz Flores*

### **Resumen**

El aval, como garantía cambiaria, se vuelve muy útil cuando se desea asegurar el pago que se hace constar en la letra de cambio o en el pagaré, es una figura útil para la persona cuyo interés es que se realice el pago a su favor, sin embargo, si se ve desde la perspectiva contraria, la del avalista, debe tomarse con mucho cuidado, ya que la independencia de la cual goza el aval, hace que subsista aun cuando no pase lo mismo con la obligación principal. A nivel doctrinal, se pueden encontrar figuras interesantes como la del “aval de aval” o el “coaval” que no se presentan en el ordenamiento jurídico costarricense pero que podrían llegar a aplicarse por analogía. Expuestos los conceptos y teorías sobre la naturaleza jurídica del aval, se aclara su noción, evitando que se compare con la fianza o que se utilice como sinónimo de “aprobación”, “autorización”, etc.

### **Palabras clave**

autonomía, avalado, avalista, deudor, fianza, garantía cambiaria, garantía objetiva, letra de cambio, pagaré, pago

### **SUMARIO**

**Percepciones doctrinales**

**Naturaleza Jurídica**

**Regulación internacional**

**Definiciones sobre la figura cambiaria**

**Características del Aval**

**Sujetos del Aval**

**Tipos de aval**

**Relación entre el Aval y otras figuras**

**Medidas legales contra el incumplimiento del avalista**

**Efectos entre las partes del aval**

**Regulación legal del Aval en Costa Rica**

## EL AVAL

**Licda. Alina Guadamuz Flores**

### **Introducción**

Los mecanismos de garantía creados por el Derecho, son una herramienta sumamente útil que permiten, precisamente, lograr el cumplimiento de la obligación a través de aquellas personas que de alguna forma, respaldan al deudor en su cumplimiento o el pago de la deuda en sí. El Aval, figura de garantía cambiaria, se encuentra dentro del último tipo de garantía mencionada, es decir, garantiza el pago de la obligación, específicamente, la adquirida al firmar la Letra de Cambio.

El aval, tiene una naturaleza objetiva, debido a lo mencionado anteriormente. El aval no garantiza que el deudor llegue a pagar, sino que garantiza que el pago de la deuda será efectivo y se llevará a cabo.

Esta figura jurídica, en múltiples ocasiones, fue comparada con otras figuras de garantía, cometiéndose de esta forma, un error en su concepción.

Como se verá a lo largo de este estudio, el aval es una figura autónoma, independiente y diferente del resto, por lo que no puede compararse con ninguna de ellas. El mismo posee sus propias características, que deben analizarse de manera oportuna,

para lograr entender su verdadera función económica y jurídica.

### **Percepciones doctrinales sobre el Aval**

Doctrinariamente, el aval se ha definido a lo largo de la historia, de acuerdo con las diferentes concepciones que tenga cada doctrina, de acuerdo con su país y sistema de Derecho. Es importante empezar definiendo la figura del aval, desde su origen.

El origen del término “Aval” es diverso, según la doctrina que lo interprete. La teoría más difundida es la francesa y para esta, el origen viene de la expresión “à valoir” que significa “dar valor”, en este caso, al título cambiario.

Según el experto Pedro Labariega, el autor Grasshoff creía que la palabra aval provenía del derecho musulmán antiguo y la palabra que lo describía era “*hawala*”, que significa “*la sustitución de un deudor por otro, es decir, una obligación de garantía, asumida por un tercero, en forma cambiaria*”.<sup>1</sup>

Unos de los orígenes más apoyados por la doctrina, sería la palabra usada por Cicerón, “*a valere*” o “*vallare*”, cuyo significado es el

<sup>1</sup> Labariega, Pedro. El Aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica? Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Pág. 614. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90972.pdf> [Consulta: 26 de agosto de 2013].

“reforzar con garantía la obligación, reforzar una posición, con defensas excepcionales.”<sup>2</sup>

Sin embargo, otras tendencias sostienen que el origen del aval se encuentra en las ferias del medioevo, cerca del siglo XIV, como una forma de liquidar, transferir y garantizar, afirma el experto, Pedro Labariega.

Ya en cuanto a su concepción doctrinal, el Aval toma forma precisa en Francia, con la Ordenanza del Comercio de Luis XIV, en 1673 y al usar expresamente la palabra “aval”, se “dispuso que los avalistas estarían obligados solidariamente con los libradores, promitentes, endosantes y aceptantes, aunque no se hiciera mención de ello en el aval...”<sup>3</sup>. Además, se exigió que se redactara el documento y sin esa formalidad, constituía solamente una fianza ordinaria. Para el año 1807, en los artículos 141 y 142 del *Code de Commerce*, se establece que el aval se presta por acto separado.

Esta forma de regulación del Aval, se fue extendiendo en legislaciones como la alemana, en la Ordenanza Cambiaria Germana del Cambio, consagrando la garantía del pago. Así, tal regulación se extendió por el resto de Europa y América, pero tales normas, tenían sus diferencias.

De esta manera, podemos dar un breve repaso de cómo es regulada esta figura de garantía, en las diferentes legislaciones del orbe.

2 Ibidem.

3 Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 616.

4 Su regulación se encuentra en la *Uniform Negotiable Instruments Law* (NIL), de 1896. En su artículo 29 hace referencia a la “parte por acomodamiento”, siendo esta el avalista y la parte “acomodada”, es la avalada.

5 Su regulación está en la *Bill of Exchange Act* (BEA), de 1882.

6 Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 618.

Aquellos países que siguen el Sistema del *Common Law*, se mantuvieron fuera de las regulaciones que se tomaron en Ginebra. Puede decirse que desconocen el aval. Afirma Labariega, que la función de garantía que se rige en Estados Unidos<sup>4</sup> y Gran Bretaña<sup>5</sup>, se respalda mediante la firma de un endoso irregular:

“éste es puesto por aquél que, siendo ajeno a la cadena de endosos, no es el poseedor formalmente legitimado (*the holder in due course*). Dicho endosante (*quasindorser, irregular indoser o anomalous indorser*) está sujeto a la responsabilidad de regreso frente al portador, de ahí que su firma cumpla definitivamente la función de garantía, propia del aval, en las legislaciones que se inspiran en la ley uniforme...”<sup>6</sup>

El *irregular indorser*, asume las obligaciones y derechos del endosante y por esto, se obliga al regreso. El Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos integra este principio en su sección 3-402 y su sección 3-416, regula propiamente el contrato del avalista.

Ahora nos referiremos a la Legislación Iberoamericana. Continuando con lo dicho por este autor, las Ordenanzas de Bilbao de 1737, fueron las que rigieron a América cuando se encontraba colonizada. El aval como tal, no se encontraba regulado, pero sí se indicaba que, a falta de pago, se acudiera a otra persona que señalara el librador o el endosante.

El Código de Comercio español de 1829, se basó en la tendencia francesa y su numeral 475 rezaba:

“[e]l pago de una letra puede afianzarse por una obligación particular, independiente de la que contraen el aceptante y el endosante, que se reconoce con el título de aval”.<sup>7</sup>

Indica el experto que, en el numeral 476, se indicaba que el aval debía constar por escrito, fuera en la misma letra o en un documento separado. En el artículo 477 se señaló la distinción entre aval limitado a tiempo, caso, cantidad o persona determinada y el artículo 478, que reguló la figura del aval en términos generales y sin restricción, por el que respondería el avalista en los mismos casos y formas que la persona por quien salió garante. La importancia de esta regulación española, es que es el antecedente directo de los códigos de comercio de las naciones iberoamericanas.

Se puede concluir entonces, que el *Civil Law* desarrolló el concepto de aval como una garantía autónoma, perteneciente al derecho cambiario y no de acuerdo con las normas generales en materia de garantías. Por su parte el *Common Law*, sí aplicó los principios generales de la materia cambiaria, respecto del avalista de un título de crédito.

El aval, como figura de garantía cambiaria, constituye una garantía de carácter personal, opuesta a la real.

Explica Labariega, que hay garantías accesorias como la fianza y garantías que

7 Ibidem.

8 Para el caso de Costa Rica, la **fianza mercantil** se regula en los artículos 509-520 del Código de Comercio. Definiendo, el primero de estos numerales, que la fianza será mercantil cuando “tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio. La fianza mercantil será siempre solidaria, salvo reserva en contrario, y en consecuencia no podrá el fiador invocar el beneficio de excusión”.

surgen de la coordinación, estas se relacionan con necesidades de crédito y el ejemplo más común, son las garantías cambiarias y resultan consustanciales al endoso y al aval. Es decir, el endoso no es accesorio de la aceptación, resulta de su coordinación. El aval funciona como garantía: el avalista no paga, ni se compromete a pagar el título que emite, explica el autor. Tampoco pretende transferir el título, como sí lo hace el endosante. Tampoco hace las veces de aceptante, porque no asume la deuda cambiaria aceptando el título. Es preciso recordar que el aval indica que hay un título preexistente. Lo que hace el avalista es garantizar la responsabilidad que originalmente tienen los obligados o el obligado, llámesele librador, girador, suscriptor o endosante.

### **Naturaleza Jurídica del Aval**

En cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica del aval, se tienen varias tendencias, que proceden a explicarse.

Francia, en su Código de Comercio de 1807, la consideraba como una garantía personal, vista como una fianza<sup>8</sup>, rendida por un tercero, se entendía que se agregaba un deudor al documento. De igual manera se indicaba que el avalista tenía los mismos derechos y obligaciones que el avalado, excepto lo que concerniera a modificar los efectos del aval. El aval, según esta doctrina, era visto como una fianza solidaria y una obligación accesorias. Esta idea francesa se

corrigió al tomarse los acuerdos respectivos en Ginebra, en 1930, sobre tal tema. A partir de entonces, por decreto-ley del 1935, los galos concibieron al aval, como una garantía cambiaria con características peculiares.

Alemania por su parte, consideró al aval como una garantía accesoria; algunos autores llegaron incluso a atribuirle un carácter fiduciario y otros, en tanto, vieron su accesoria como un elemento meramente formal, indicando que el avalista era deudor principal y solidario a la vez. Pero este país europeo emite en 1933 la Ley de Cambio que concibe al aval en la forma en la que se entiende ahora, esto como resultado de la Convención de Ginebra y su Ley Uniforme sobre la Letra de Cambio, que se había realizado años antes. Es decir, la doctrina alemana comprendió al aval de la siguiente manera, según los especialistas:

*“Con dicha reforma, la doctrina caracteriza al aval como: declaración de garantía que requiere estamparse en el título o documento anexo; generador de una obligación cambiaria independiente, adicionada a la del deudor principal y solidaria con la de todos los deudores cambiarios; accesoria desde el punto de vista formal, propiedad que la distingue de la fianza civil<sup>9</sup> –la cual sí presume una obligación principal materialmente válida-; además, el avalista responde de igual forma que el garantido; y si el garante liquida el adeudo, adquiere los derechos incorporados en el título*

*contra la persona a quien avaló, y contra todos los responsables de las obligaciones que la letra de cambio pudiera producir, sin despojarse de la acción cambiaria de regreso”.*<sup>10</sup>

Nos referiremos ahora, a la Teoría italiana que regulaba al aval en su Código de Comercio de 1882, siendo este más avanzado que el modelo francés de 1807. Los italianos exigían que el aval constara en el título y que, además, el garante asumiera las obligaciones de la persona avalada, obligándose cambiariamente, incluso si la obligación del avalado se convirtiera en inválida. Establecía, esta normativa, la subrogación de los derechos del poseedor contra el garantizado y los demás obligados, del avalista que pagara el título vencido. Los autores italianos (Bonelli, Vivanti y Navarrini), al estudiar más el tema, sí diferenciaron al aval de la fianza. Navarrini, el más atinado de los autores italianos respecto del tema del aval, según Labariega, ya diferenciaba a la fianza del aval, indicando que este es autónomo, siendo la fianza, accesoria. Para él, la autonomía y la accesoria, son conceptos totalmente contrarios e indicaba que *“la autonomía absorbe y supera a la accesoria”*.<sup>11</sup> De esta forma el reconocido jurista terminó con las diferencias doctrinales.

Con esto se reafirma que, el aval, es una garantía cambiaria y la obligación del garante es autónoma en la sustancia y accesoria en la forma, así se genera un derecho autónomo para el portador del documento.

La obligación que adquiere el avalista, es directa y personal y no asume la obligación del avalado, así por lo que responde es por el pago del título, no por su cumplimiento. En resumen, el aval, es un acto cambiario, cuyo objetivo es la garantía.

Estas teorías que hemos mencionado, se han dividido en dos, aquellas que le dan relevancia al elemento de la autonomía y los que enfatizan el de la accesoria.

Quienes ven al aval como obligación fiadora cambiaria, la equiparan con una fianza *sui generis*. Hay quienes la ven como una garantía cambiaria típica, similar a la fianza, pero de una manera más amplia de garantía personal prestada por un tercero. No se entiende, entonces, como una garantía objetiva del título, sino como que cubre el incumplimiento por parte del avalado.

Lo correcto, afirma Héctor Alegría, es entender al aval como una garantía objetiva, porque él no garantiza que el avalado va a pagar, sino que el título será pagado. El avalista no participa en la obligación de otros ni con otros, sino que la hace propia. La responsabilidad cambiaria del avalista, es del mismo grado que la que tiene el avalado.

En cuanto a la naturaleza jurídica del aval, según el autor Héctor Alegría, se tienen también, varias teorías.

Hay quienes sostienen que es un **contrato**, que entre el deudor y el avalista existe un **mandato**. Los franceses descartaron la declaración unilateral de la voluntad, diciendo que esta figura de garantía es un

contrato: no puede haber oferta, sin una correlativa aceptación. Tal oferta se trata de una irrevocable y es de pago. Indica Alegría: *“[L]a obligación no es útil o eficaz sino cuando el acreedor manifiesta por cualquier medio aceptar tal oferta. Esta aceptación incluso puede resultar de modo implícito”*.<sup>12</sup> Así, el firmante se obliga, con quien sea el portador. Algunos la han visto también como una figura bifronte: frente al acreedor y frente al avalado. La relación entre avalista y avalado es de mandato, pero debe tomarse en cuenta que el mandato, normalmente lleva representación y por su parte el mandatario cumple las obligaciones que le ha indicado el principal. El representado puede revocar el mandato, así como el mandatario puede renunciar. Ninguna de estas situaciones se presenta en el aval.

Otra teoría es verlo como una **fianza**. Veremos cómo lo explica el autor Alegría. Esta teoría se basa en la accesoria que caracteriza a la fianza, elemento que también se presenta en el aval. Hay quienes dicen que, al existir tipos de solidaridad, se admiten las fianzas solidarias, en las cuales puede incluirse el aval. Alegría explica que, la accesoria de la fianza y la del aval, son diferentes. En la fianza, los problemas de la obligación afianzada se transmiten al fiador. Este puede oponer incluso, excepciones personales y la nulidad de la obligación principal, conlleva a la nulidad de la fianza, justamente, por ser accesoria. En cambio, respecto del aval, los problemas de fondo que afecten la existencia de la obligación principal, no perjudica en nada al aval, el cual subsiste. Añade el autor: *“[e]s por eso que se dice que el aval no garantiza la obligación avalada, sino el pago de la deuda instrumentada”*.<sup>13</sup>

9 La **fianza civil** se regula en el Código Civil de Costa Rica, en los artículos 1301 al 1333. Al inicio del Título IX, Capítulo I del Código, que regulan la fianza, se establece que misma será nula si no recae sobre una obligación civilmente válida. Se aclara además, que *“la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella”* (Artículo 1304). **Esta nota al pie de página no forma parte de la cita textual.**

10 Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 651.

11 Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 653.

12 Alegría, Héctor. El Aval. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1982. Pág. 60.

13 Alegría, Héctor. El Aval. Op. Cit. Pág. 66

Otra teoría sería la que supone que el aval es una **fianza sui generis**. Para el autor Alegría, existen muchos tipos de fianzas como es la objetiva, la particular, etc., se indica que se trata de una fianza, porque tienen los caracteres esenciales de la figura, pero a la vez es particular, porque agrega elementos que regulan al aval, de manera especial. No se presenta, en el caso del aval, una accesoriadad sustancial, es decir, los defectos o modificaciones extracartulares de la obligación avalada, no se transmiten al aval. Este constituye una obligación literal y abstracta y un derecho autónomo al portador de buena fe.

Otra teoría indica que el aval es una **garantía materialmente independiente y formalmente accesoria**. Quienes sostuvieron esta teoría, dijeron que el aval es una garantía cambiaria diferente a la fianza, aunque sí tiene una accesoriadad formal, para poder nacer a la vida jurídica. Al respecto indica Alegría que, incluso, el hecho de que un acto formal deba ser previo al nacimiento de una relación, no hace a esta “formalmente accesoria” de esa relación anterior, sino que simplemente se encuentra supeditada a la primera como un presupuesto. Esa “accesoriadad” desaparece, porque un acto no influye sobre el otro en lo futuro, ni en lo sustancial. De lo que sí puede hablarse en esta teoría, es de la independencia sustancial del aval.

Siguiendo con las teorías sobre la naturaleza jurídica del aval, está aquella que considera al aval como una **libranza, o una nueva aceptación o un nuevo endoso**. Aquí se indica que el aval adquiere la calidad de la obligación cambiaria que garantiza.

También puede verse al aval como una **“intercesión acumulativa”**, expresión em-

pleada por Messineo, quien indica que el avalista se obliga por deuda ajena, de forma subsidiaria, sin liberar al deudor del pago. Es decir, esta obligación del aval surge, existiendo una obligación ajena, con anterioridad. Para Alegría, Messineo se equivoca, porque el carácter subsidiario del aval, no es compatible porque no es requisito la preexistencia de una obligación que sea válida, sustancialmente. Así que no llega a definirse al aval, con precisión. Héctor Alegría indica que no se garantiza todo cuanto resulta del título, si no resulta ser de la relación con una determinada obligación, como de hecho surge de él. No puede llegar a constituirse el aval, si no existe una obligación que avalar.

De igual manera, existió la teoría que concebía al aval como una **garantía objetiva**. Se separa al aval de la obligación principal, solo se mantiene vinculada respecto a la forma. Lo que se indica es que el aval es una garantía del pago del título. La obligación avalada determina el contenido del aval, que no tiene base propia para nacer a la vida jurídica, por sí mismo.

Finalmente, se le ha visto al aval, de igual forma, como una **garantía cambiaria típica**, teoría que se maneja actualmente en la doctrina moderna. Se le vincula al aval formalmente con la obligación principal, no hay relación sustancial entre las dos obligaciones cambiarias y, además, su portador posee un derecho autónomo. El avalista responde por el pago de la Letra de Cambio, no por el cumplimiento del avalado.

Para Alegría, todo lo anterior, no proporciona la naturaleza jurídica del aval, sino que lo describe de forma acertada, tomando en cuenta sus características, para así diferenciarlo de otras figuras con las que se

le pudiera llegar a confundir. Indica el autor que: *“el giro acto de garantía cambiaria es lo esencial de la definición de la figura”*.<sup>14</sup>

### **Regulación internacional sobre el Aval**

El Reglamento Uniforme de La Haya de 1912, reguló la figura del Aval en sus artículos 29, 30 y 31. De la misma manera, lo hicieron las Convenciones Uniformes de Ginebra de 7 de junio de 1930, que trataban sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden y la de 19 de marzo de 1931, sobre cheque cambiario. Como resultado de estas regulaciones, el aval, indica Labariega, deviene una garantía típicamente cambiaria que se otorga por escrito, en el documento mismo, por pago total o parcial.

Pero si de definir la figura del aval se trata, la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y sobre Pagarés Internacionales, de 9 de diciembre de 1988, lo define como garante, en sus artículos 46 a 48. Con esto, puede decirse que hay un derecho uniforme en materia de aval.

El Reglamento Uniforme de La Haya y Convenciones Uniformes de Ginebra de 1930 y 1931, regulan el aval, tomando en cuenta a la Letra de Cambio como título valor y vista como un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo incorporado a él, mientras que el aval es considerado como una garantía típicamente cambiaria que se otorga por escrito en el documento mismo donde consta la Letra o

en una hoja adherida a él, por el importe total o parcial del título. Aclara Labariega que de lo anterior se infiere:

- *“El aval tiene un régimen propio y diferente a la fianza, y como todo lo cambiario –pero el principio de literalidad- debe constar en el título (directamente, o porque la ley se encargue de integrar o presumir ciertas menciones).*
- *El aval no respalda la obligación de una persona determinada sino deviene una garantía objetiva del pago total o parcial del documento, argumento por el cual no puede limitarse a tiempo, caso o persona, por tanto no está sujeto a condición alguna.*
- *No procede el beneficio de excusión, ya que la obligación del avalista es autónoma, y a su validez y la legitimación de los acreedores cambiarios no está subordinada a diligencias o trámites previos.”*<sup>15</sup>

Menciona el especialista, que muchos países recogen esta disposición en sus legislaciones: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica (artículos 755-757 del Código de Comercio), Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela.

La Convención de Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales, indica en su apartado **G. El Garante**, cómo se determina que un documento será avalado:

*“G. El garante  
Artículo 46*

<sup>14</sup> Alegría, Héctor. El Aval. Op. Cit. Pág. 80.

<sup>15</sup> Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 624.

1. El pago de un título, independientemente de que haya sido o no aceptado, podrá ser garantizado por la totalidad o por una parte de su importe respecto de cualquier firmante o del librado. Cualquier persona, aunque sea ya firmante, podrá otorgar una garantía.

2. La garantía deberá anotarse en el título o en un suplemento añadido a éste (“allonge”).

3. La garantía se expresará mediante las palabras: “garantizada”, “avalada”, “bueno por aval”, u otra expresión equivalente, acompañada por la firma del garante. A los fines de la presente Convención la expresión “anteriores garantizados” u otra equivalente no constituye una garantía.”<sup>16</sup>

La Letra de Cambio debe firmarse en el anverso del documento. Esto conlleva a pensar que una firma diferente a la del suscriptor, girador o girado en la cara anterior del título, constituye una garantía. De esta forma esa firma obliga a un pago garantizado, pero, si la firma es la de un banco o la de cualquier otra entidad financiera, se interpreta como si el documento se tratara de un aval (artículos 46.4, 47.4.d, 47.4.e de la Convención de Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales).

### **Definiciones sobre la figura cambiaria**

Esta garantía cambiaria que es el aval, puede ser prestada por una persona obligada

16 Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagares Internacionales. Nueva York. 1988.

17 Labariega, Pedro. El Aval. Op. Cit. Pág. 649.

18 Vargas, Diana. El aval, la fianza y su aplicación a la letra de cambio. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. 2004. Pág. 255.

dentro del negocio original, como bien puede tratarse de un ajeno a tal acto jurídico.

Es importante mencionar que el avalista se obliga mediante su declaración unilateral de voluntad, sea de conocimiento o no, por parte del avalado. Al ser una garantía impersonal su beneficiario es indeterminado: “cualquier poseedor del documento a su vencimiento o el obligado en regreso que pagare el título. Excepcionalmente puede otorgarse a favor de persona determinada”.<sup>17</sup>

El reconocido autor Garrigues, citado por Diana Vargas en su Trabajo Final de Graduación “El aval, la fianza y su aplicación a la letra de cambio”, define a esta garantía cambiaria de la siguiente forma:

“como la garantía cambiaria para el pago de la letra dada a favor de un obligado directo (aceptante) o en vía de regreso (endosantes, librador), mediante la cual, por el solo hecho de la firma, todo firmante de una letra de cambio garantiza su pago. El aval, expresa siempre una relación de garantía externa, porque su finalidad es precisamente garantizar el pago de la letra.”<sup>18</sup>

También podemos referirnos al concepto aportado por el jurista Francesco Messineo:

“declaración de voluntad cartular, unilateral y abstracta, en cuanto desvinculada de la correspondiente relación fundamental que media entre avalado y avalista, que da origen a una obligación de garantía, o sea, a

la promesa de pagar en lugar y en el grado del avalado.”<sup>19</sup>

Este autor italiano en pocos párrafos define a la figura del aval, a continuación se proporciona el extracto sobre el tema aquí tratado:

“El pago de una letra puede ser garantizado con el aval en cuanto a toda la suma o parte de ella.

Esta garantía puede prestarse por un tercero o también por un firmante de la letra.

El aval se pone sobre la letra o sobre la hoja de prolongación.

Se expresa con las palabras “por aval” o con cualquiera otra fórmula equivalente; se firma por el avalista.

Se considera dado con la sola firma del avalista puesta en la cara anterior de la letra, siempre que no se trate de la firma del girado o del librador.

El aval debe indicar por quién se da.

En defecto de esta indicación, se entiende dado por el librador.

El avalista está obligado en el mismo modo que aquel por el cual el aval se ha dado.

Su obligación es válida aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier otra causa que un vicio de forma.

El avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos a ella inherentes, contra el avalado y contra aquellos que están obligados cambiariamente frente a este último.”<sup>20</sup>

El aval, al ser un acto cambiario cuya fuente es la declaración unilateral de voluntad de quien extiende el aval mediante su firma, no requiere aceptación alguna para producir efectos. De esta forma se reflejan sus tres características típicas: no recepticio, incondicionado e irrevocable.<sup>21</sup>

Su función no es cambiaria, sino de garantía. Su naturaleza es accesorio, pero independiente. La autora de la Tesis de grado, define al aval desde su naturaleza jurídica, como “una garantía materialmente independiente y formalmente accesorio.”<sup>22</sup> Es decir, si la obligación principal es nula, no afecta al aval, el cual persiste. Diferente sucede si la obligación nula, resulta ser propiamente el aval.

Es vista como una garantía objetiva, porque asegura el pago de la Letra de cambio, sin vinculación, con la obligación avalada, salvo su existencia formal. Debemos aclarar que el presupuesto necesario para que se dé la existencia del aval, es que exista otra

19 Vargas, Diana. El aval... Op. Cit. Pág. 255.

20 Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VIII. (Traducido por Sentís Melendo, Santiago) Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971. Pág. 132.

21 “La jurisprudencia costarricense indica al respecto: “El aval es una de las garantías que puede acompañar a la letra de cambio, es un acto unilateral, incondicional, irrevocable y se obliga por la sola manifestación. No se requiere de aceptación para lograr así los efectos, su finalidad es la garantía, como acto cambiario que es, es obligatorio que se otorgue por escrito. Afirma la doctrina, que dicha garantía puede estar fuera o dentro del título. El que otorgue el aval, es el responsable cambiario, de tal forma es independiente, no se le transmiten los vicios de la obligación garantizada. De conformidad con el artículo 757 del Código de Comercio, elavalista responde aún cuando la obligación cambiaria del avalado sea nula. De conformidad con lo antes expuesto, el avalista sólo puede oponer las excepciones propias y no las que puedan asistir al deudor avalado”. Sentencia 193-2004. Tribunal Primero Civil, Sección Segunda.- San José, a las siete horas treinta minutos del diez de febrero del año dos mil cuatro.-

22 Vargas, Diana. El aval... Op. Cit. Pág. 260.

obligación, que sea formalmente válida. Podemos indicar que el avalista garantiza el pago del título y no una obligación específica.

La función económica del aval, es dar seguridad del pago de una letra de cambio. Alcanzamos a decir que es un acto de pura garantía y esto genera confianza. Este título debe completarse en el tiempo hábil establecido para hacerlo, sino esa obligación del avalista, será nula. El aval incrementa la certeza de que el título valor, será pagado a su vencimiento. Además posibilita que se añadan nuevas garantías cambiarias.

En cuanto a la invalidez del Aval, la doctrina ha indicado: *“la invalidez objetiva del acto avalado es requisito para la validez del aval; de tal forma, la invalidez del primero produce la del segundo, aunque no a la inversa. Es decir, inexistente materialmente (por ejemplo, si se avala a alguien que no figura en el título como obligado) o sin valor cambiario el acto avalado, el aval carece de validez. Recordemos: la falsedad de la firma del avalado no es defecto formal.”*<sup>23</sup> Al firmarse el aval, se da por supuesta la existencia de un título que ya existe y al que no se está obligado a firmar. El aval garantiza el pago de la letra de cambio. Es un acto que se basta por sí mismo. Su contenido, alcance y eficacia, se encuentran en su cuerpo y no en otros documentos.

Puede ser considerado como un negocio abstracto, porque jurídicamente, hay una desvinculación de la causa fundamental por la cual se ha creado. Es oportuno indicar en favor de quién se extiende dicha garantía, ya que si no se expresa, se considera efectuada en favor del librador.

<sup>23</sup> Vargas, Diana. El aval... Op. Cit. Pág. 273.

La doctrina costarricense (Diana Vargas en su Tesis de grado), indica que no existe una causa necesaria en el aval, el mismo puede existir sin causa eficiente y válida, lo cual no le quita validez cartular frente al tercero portador.

No necesariamente, la causa del aval, debe establecerse entre el avalista y el avalado, podría ser perfectamente, una persona extraña a este círculo cambiario. Son diferentes la causa del aval y la de la obligación avalada. La obligación principal tiene su propia causa, que no necesariamente es común con la del aval. Por eso el avalista no forma parte de la obligación principal. El aval permite la adición de nuevas garantías a la obligación principal, aunque esas nuevas personas, no formen parte en la creación o circulación del título.

### Características del Aval

El aval tiene sus propias características, que en general, explica la doctrina:

1. *Garantía cambiaria: El aval solo es admisible en los títulos cambiarios, no siendo aplicable a otra clase de títulos aunque sean circulatorio. Entonces, el aval solo garantiza obligaciones cambiarias y es por tanto, una obligación cambiaria. De esta forma, crea un “vínculo documental necesario” que es una derecho autónomo, literal, completo y abstracto. Significa solidaridad en el tipo de relación específico y por ende, beneficia a cualquier portador de la letra.*
2. *Unilateral y no recepticio: Este título valor es unilateral y no recepticio. El aval no está sujeto*

*a condición alguna, no requiere la aceptación de otra parte, basta la condición de voluntad, de que el avalista se obliga, lo cual vuelve irrevocable este compromiso.*

3. *Abstracta y objetiva: La obligación que se genera es abstracta, prescinde de la causa para circular e incluso de la persona y de la obligación avaladas. El funcionamiento del aval podría exponerse así: el avalista no garantiza que el avalado va a pagar, sino que la letra de cambio será pagada. El aval no se da a favor de una persona, sino de la letra, del título valor, por lo que es un presupuesto objetivo.*
4. *Formal y escrita: Es un acto formal, ya que se encuentra regulado por ley.*
5. *Espontánea: Es considerado como espontáneo, porque el avalista aparece sin ninguna apelación previa, respecto de la negociación de la obligación principal.*
6. *Independiente: Cada obligación que surja respecto de ese título, es independiente, ninguna depende de la otra. Si la letra de cambio es nula por la forma, el aval sería nulo, pero no por el fondo del título avalado, esa es la independencia de la cual goza el aval. El avalista elige su posición y su responsabilidad.*
7. *Puede ser parcial: Tanto la aceptación como el aval, pueden ser parciales. Puede crear obligaciones de menor entidad que refuerzan la garantía.*

<sup>24</sup> Vargas, Diana. El aval... Op. Cit. Pág. 265.

8. *Constituye un derecho autónomo: cada nuevo titular de buena fe se considera originario, no se somete a las defensas personales de los otros titulares”. Por ejemplo, menciona Vargas: “solo invalida la obligación que garantiza el avalista, la inexistencia formal de la firma del avalado. “De otra parte, el avalista que después de haber pagado la letra ejercita la acción cambiaria, es inmune a todas las excepciones personales oponibles a la persona por la que prestó su aval: la obligación del avalista y la del avalado son dos obligaciones distintas e independientes entre sí.” (Pág. 269).*
9. *Literal y completo: el contenido escrito del aval, es lo que determina los derechos, obligaciones, etcétera, que dependan de él.*
10. *Comercial: es un acto de comercio por su forma, por disposición de ley, que define que las garantías cambiarias son comerciales.”*<sup>24</sup>

El Banco de España, sin embargo, indica que el pensar que el aval es una garantía completamente autónoma e independiente de la relación principal, que es la que garantiza, no es apropiado, porque habría ausencia de causa, lo cual es imposible en el Derecho. Lo conveniente es entenderlas como garantías abstractas.

En cuanto al tema de la autonomía del aval, característica propia de esta garantía cambiaria, los Tribunales costarricenses se han pronunciado indicando que:

“Como consecuencia del principio de autonomía, la obligación cartular del avalista es independiente de la del deudor. El tratadista italiano Messineo al respecto afirma: “...la obligación del avalista es, por un lado, accesorio o, mejor todavía, subsidiaria, toda vez que su presupuesto indispensable es la existencia de otra obligación que sea formalmente válida, y a la que aquella se refiere; pero, por otro lado, tal obligación, como se ha dicho, es autónoma, como toda otra obligación cambiaria (...) y, sigue la propia suerte, independientemente de la suerte de la obligación garantizada.” (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, pp 330, 331*). En el mismo sentido se pronuncia el reconocido autor Pavone La Rosa: “Entre los elementos orientados a reforzar el cumplimiento de la obligación cambiaria, particular importancia reviste el aval, cuya función es la de hacer surgir a cargo del avalista una obligación de garantía para el pago de toda, o parte de, la suma cambiaria. (PAVONE LA ROSA, Antonio, *La letra de cambio, Editorial Abeleto Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 385 y 386*).”<sup>25</sup>

El autor Osvaldo Gómez define a la figura del aval tomando en cuenta el elemento de garantía abstracta que menciona precisamente, el Banco de España:

“Es un negocio jurídico cambiario, unilateral y completo, que se comporta como negocio abstracto, mediante el cual se garantiza objetivamente el pago de la letra, siendo para el avalista una obligación sustancialmente autónoma, pero formalmente accesorio de la obligación avalada, que opera como una garantía adicional”.<sup>26</sup>

Para este autor, este acto cambiario, debido a su naturaleza cartular, tiene sus características propias, que no pueden ni deben confundirse con figuras jurídicas análogas, por lo que no debe compararse con la fianza, ni calificársele como *sui generis*, al igual que lo ha expuesto Alegría. Debido a que debe extenderse de forma documentada para garantizar el pago del título avalado, se somete al rigor cambiario, formal, sustancial y procesal. Tal figura garantista del pago, se conforma de una declaración unilateral: la del avalista, quien extiende el aval a través de su firma. Para determinar su contenido, alcance y eficacia, no puede remitirse a otros documentos. Se considera como negocio abstracto, porque se desvincula de la causa o relación fundamental por la que se ha extendido, por lo que sus efectos cambiarios se determinan con prescindencia de las relaciones económicas y negocios extracambiaros que lo puedan fundamentar que incluso no existan, así se refuerza su carácter objetivo por garantizar el pago del título y no a la persona avalada, como ya se comentó.

25 Sentencia 903-2002. **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**. San José, a las quince horas cuarenta minutos del veinte de noviembre del año dos mil dos. También ver la sentencia 431-2002. **Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda**.- San José, a las once horas treinta minutos del seis de noviembre del dos mil dos.-

26 Gómez Leo, Osvaldo. *Instituciones de Derecho Cambiario*. Tomo II-A. Letra de Cambio y Pagaré. 2ª edición. 1986. Depalma. Buenos Aires. Pág. 511.

## Sujetos del Aval

Se define como avalista al sujeto que extiende el aval y avalado al sujeto obligado cambiario respecto del cual y en cuyo favor se ha extendido el aval. Según la doctrina (Gómez Leo) cualquier obligación cambiaria que se asuma en Letra de Cambio, puede ser avalada. De igual forma puede llegar a avalarse un aval, sería un “*aval de aval*”<sup>27</sup>. Efectivamente, puede existir un aval de aval o avalista de avalista y esto se puede entender de la siguiente forma: es una situación en la que la obligación avalada corresponde, a su vez, a la asumida por un avalista. Una persona se ha comprometido a avalar una deuda y de forma paralela, otro sujeto lo avala a él, a ese primer avalista. Si el avalista del avalista paga, puede dirigirse contra su avalado, para recuperar todo lo pagado, incluyendo lo referente a la deuda principal, intereses y gastos. El segundo avalado, puede, por su parte, dirigirse contra los obligados anteriores.

Asimismo podemos encontrar la figura del coaval y es que el aval puede ser dado por varias personas, quienes garantizan la misma obligación cambiaria.

Sería interesante plantearse si en Costa Rica podrían aplicarse por analogía, estas figuras jurídicas del coaval y el aval de aval.

En algún momento, el avalar una obligación se vio de forma negativa ya que le generaba un desprestigio al deudor, por el hecho de necesitar a alguien, un tercero, que lo respaldara en cuanto al pago de esa

obligación. Esta figura es mencionada por el jurista Héctor Alegría, como la *hija de la desconfianza*<sup>28</sup>, por las razones mencionadas. Indica el autor, que no interesa reparar en ese supuesto desprestigio, sino que, lo que se debe tomar en cuenta es el respaldo en el pago, que se le está dando a la obligación. Más bien podría verse de forma positiva, en el sentido del interés de asegurar el pago de la Letra, a tal grado. El aval solo es admisible en los títulos cambiarios, por lo que no se admite en otros títulos aunque sean circulatorios, añade Alegría. Para este autor, el acto de garantía cambiaria, es el que tiene “*por finalidad principal la garantía despojada de otra función cambiaria. En ese sentido, el aval es la garantía cambiaria típica.*”<sup>29</sup> Continúa señalando el jurista que, la finalidad institucional del aval, es la objetiva, la cambiaria y la motivación individual, es la subjetiva, la extracartular.

Cuando se analiza el tema del Aval, se debe tomar en cuenta cuál rol cumple cada parte en tal relación cambiaria. El autor Osvaldo Gómez Leo, explica la situación específica del aceptante, librador, endosante, de acuerdo con los diferentes supuestos que se presentan:

“*Diversos supuestos.*

*Según el aval sea dado en favor del: Aceptante. El avalista será sujeto pasivo de la acción cambiaria directa sin necesidad de excusión, ni interpelación del obligado principal – el aceptante-, podrá ser requerido de pago por el portador legitimado. En caso de que se pague, extrajudicial o judicialmente, libera a todos los*

27 Gómez Leo, Osvaldo. *Instituciones de Derecho Cambiario*. Op. Cit. Pág. 520.

28 Alegría, Héctor. *El Aval*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1982. Pág. 4.

29 Alegría, Héctor. *El Aval*. Op. Cit. Pág. 21.

obligados cambiarios, pero no el aceptante (su avalado); al pagar el avalista recibirá la cambial pagada y en ella fundamentará la acción contra su avalado, que será de naturaleza cambiaria, pues se fundará exclusiva y excluyentemente en la letra..., y su contenido será: todo lo pagado, más sus intereses, desde la fecha del pago y los gastos en que hubiera incurrido... Librador. En este caso, el avalista será sujeto pasivo de la acción de regreso. Endosante. Si el aval fue dado en favor de un endosante, el avalista será sujeto pasivo de la acción cambiaria de regreso. Si aquel incluyó la cláusula "sin garantía de aceptación" no responderá por el regreso anticipado si el girado no aceptó.

...

En el caso de que el avalista pague la letra, se repetirá el esquema expuesto al tratar de avalista del librador; es decir, que su pago liberará a los obligados que su avalado garantiza en el nexa cambiario –firmantes posteriores- y tendrá acción cambiaria de reembolso contra su avalado y contra todos los obligados de regreso, que los garanten, v.gr. endosantes anteriores, librador y sus respectivos avalistas..., por la suma pagada, con más sus intereses, desde que efectivizó el pago y los gastos que hubiera realizado. Además, tendrá acción directa contra el aceptante y su avalista, pudiendo dirigir su pretensión contra todos y cada uno de ellos, conjunta o alternativamente.<sup>30</sup>

30 Gómez Leo, Osvaldo. Instituciones de Derecho Cambiario. Op. Cit. Pág. 523.

31 El Blog Salmón. Economía y Finanzas. ¿Qué es un aval? Disponible en: <http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-un-aval> [Consulta: 9 de octubre de 2013].

32 Ibídem.

## Tipos de aval

Es importante definir cuáles son los tipos generales de aval que se manejan de forma usual en las transacciones de garantía. Podemos decir que hay dos tipos principales de avales:

- ▣ **Los asumidos por personas físicas:** estas actúan a nombre propio "y garantizarán la operación con todos sus bienes presentes y futuros".<sup>31</sup>
- ▣ **Los avales bancarios,** que son emitidos por entidades financieras, "que se supone que gozan de una liquidez inmediata en caso de reclamación de pago del aval".<sup>32</sup>

## Relación entre el Aval y otras figuras

De forma somera, podemos indicar la relación que tiene la figura del aval, con otras figuras como lo son la aceptación, el endoso, la intervención y el seguro de crédito. (Con base en: Villalobos, Ligia. El Aval como Garantía Cambiaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984).

### Aval y aceptación

La aceptación es un requisito indispensable para que exista el cambio. Debe indicarse la persona que se obliga a pagar, es decir, el librado. La obligación nace cuando el librado expresamente acepta la obligación, la orden incondicional de pago que hace el librador.

Quien se obligue por el aval, debe aceptar la deuda, con la palabra "acepto" o una equivalente.

El requisito mínimo de ambas figuras, que es firmar en el anverso de la letra. Ni el aval, ni la aceptación, son requisitos necesarios para que circule la letra.

El aval puede conferir una acción directa o de regreso.

Si no se otorga un aval para la letra de cambio, no le produce ningún efecto a esta, mientras que la falta de aceptación, obliga al cumplimiento de la misma, a través de una acción directa. La aceptación requiere más requisitos de tiempo y lugar que el aval.

### Aval e intervención

La intervención, la aceptación por intervención y el pago por intervención se basan en el principio de que un tercero puede asumir la obligación de otra persona y puede pagar por el deudor, cuando el título es rechazado, paga en nombre del obligado de regreso y así ocupa su posición cambiaria. Esto se daba cuando no había forma fácil de conseguir acuerdos sustitutivos de manera inmediata, cuando había un rechazo en la aceptación o el pago. Esta situación de intervención, ha sido sustituida por el aval, que llega a garantizar el pago, en caso de que el deudor dé su negativa a hacerlo. De ahí que la figura de la intervención ya no se use tanto. El numeral 767 del Código de Comercio, regula esta figura de la intervención, que comienza a entrar en desuso, como se indicó. La legislación indica que a excepción

del aceptante, cualquiera puede hacer el pago por intervención.

El aval puede ser otorgado por el firmante de la letra o un tercero. Vale indicar que el avalista no está obligado a notificar su condición, como sí sucede con la intervención, incluso, si no notifica, deberá responder por los perjuicios que se originen de tal negligencia.

Según el numeral 769, tanto la intervención como el aval, deben constar en la letra, pero el aval se puede otorgar mediante un suplemento, no así en la aceptación por intervención. Si no se indica en favor de quien se otorga, se entiende como si fuera en favor del librador.

### Aval y endoso

Ambos pueden darse en favor de cualquier persona obligada, deben constar en un título o en suplemento u hoja adherida al título. El endoso es mucho más formal ya que debe indicar lugar y fecha, clase de endoso, firma del endosante o de su apoderado. Si no se indica el nombre del endosatario, se convierte en un título al portador, porque equivale a un endoso en blanco. En el aval, por otro lado, el requisito mínimo es que conste por escrito y la firma. Si no se indica en favor de quién se otorga, se tiene como a favor del librador.

Un endoso parcial es anulable, no así el aval.

El endosante participa en la negociación del título, no así el avalista.

El endosante puede responder por la deuda, pero también puede únicamente, firmar

indicando la existencia legal del título y que es dueño o apoderado de ese título valor. La única finalidad del aval, es la garantía.

### **Aval y seguro de crédito**

Esta figura se usa más en Estados Unidos e Inglaterra. Los deudores resultan insolventes en muchas operaciones de créditos y lo que hace este seguro de crédito es resguardar a los comerciantes, en cuanto al riesgo de pérdidas extraordinarias, que serán afrontadas por el asegurador directamente, e indirectamente, por el resto de los asegurados. Este seguro excluye las consecuencias de los actos ocasionados por propia voluntad y el incumplimiento de los contratos. Puede decirse que este tipo de seguro, es patrimonial, porque no garantiza un crédito concreto y determinado, sino un porcentaje determinado respecto de las pérdidas que sufra el comerciante. Este seguro es de indemnización parcial del daño que puede sufrir el asegurado, debido a la insolvencia de sus clientes. Este tipo de seguro, no cuenta con aval. El seguro existente en Costa Rica es el de Seguro de crédito a la Exportación, que ampara al comerciante que vende a pago diferido, que de igual forma ampara al mercader, en caso de insolvencia por parte del comprador. Todo lo anterior, es necesario para poder explicar la figura del seguro-aval, de la cual habla la doctrina francesa. Tal figura es considerada, según la autora, como un verdadero aval. Ejemplo: *“el portador (eventualmente el librador) del título que queriendo agilizar un descuento, la cual paga a la compañía de seguros, la cual toma sobre sí el riesgo de la*

*falta de pago del documento y regularmente lo expresan en un documento separado”*<sup>33</sup>.

El contrato de seguro de crédito puede manifestarse como aval cambiario, que es accesorio al contrato de seguro original, esto de manera cartular. De forma extracartular, incluye todo lo referente al contrato de seguro: el tomador, la prima, caducidad, etc. Continúa explicando la autora:

*“[c]uando el asegurador firma el aval, no puede valerse de cláusulas del seguro para dar por finalizado o condicionar el aval; la única limitación que podría dar es en cuanto al monto, la cual debe constar expresamente en el documento por el que se otorga el aval.*

*Cuando el asegurador contrae la responsabilidad por el riesgo pero no constituye un aval, el beneficiario si desea hacer uso de los derechos que otorga el contrato, debe respetar las condiciones a que esté supeditado”*.<sup>34</sup>

Pero afirma la autora que en este caso específico, el aval es visto como una fianza, lo cual es incorrecto. Esto es porque el aval no es un contrato de seguro, no se puede considerar como de origen contractual, porque la característica del aval, es justamente, la de ser un acto unilateral no recepticio, irrevocable e incondicionado. Entonces, la única limitación que puede tener el aval en este caso del seguro, es en cuanto al monto. Para el caso, en tratándose de una garantía cambiaria, lo apropiado sería otorgar una fianza y no un aval. En vez de tratarse de un seguro-aval, sería de un seguro-fianza, respetando siempre los principios de la Letra de Cambio.

<sup>33</sup> Villalobos, Ligia. El Aval como Garantía Cambiaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984. Pág. 53.

<sup>34</sup> Villalobos, Ligia. El Aval como Garantía Cambiaria. Op. Cit. Pág. 54.

### **Medidas legales contra el incumplimiento del avalista**

Si el avalista no cumple, para dirigirse contra él legalmente, no se necesita ni la excusión, ni el requerimiento judicial previo a quien figure como avalado. Por su parte en la fianza mercantil, el Código aclara que el fiador no puede recurrir al beneficio de excusión, a diferencia de la fianza civil, que sí otorga el derecho de excusión del deudor principal y confiadores.

El avalista, al pagar la Letra de Cambio, adquiere los derechos y beneficios de la misma, en contra la persona garantizada, esto como resultado del derecho literal y autónomo que se deriva de la Letra y por ser portador del título, además sus deudores son solidarios.

Por su parte, el fiador mercantil, se subroga los derechos y garantías que tenía el acreedor. Sin embargo, respecto de la fianza civil, si esta fue otorgada contra la voluntad del deudor, el fiador puede reclamar solamente, aquello a lo que tuviere derecho el acreedor. Este fiador, al pagar, se convierte en acreedor por subrogación. Los demás fiadores, si llegaran a ser demandados por aquel que pagó, podrían alegar las excepciones que el deudor o fiador que hizo el pago.

Mientras la fianza, tanto la civil como la mercantil, puede llegar a extinguirse, o relevar al fiador de la obligación, se puede liberar al obligado de rendir la garantía, mientras que respecto del avalado, no hay precepto legal que indique algo semejante.

### **Efectos entre las partes del aval**

#### **Avalista y avalado**

Si no están unidos por una relación causal, los actos son meramente cambiarios y no puede aplicar, supletoriamente, la fianza. El avalista no puede exonerarse y por su parte el avalado no puede oponer la falta de oposición o defensas personales. Es decir, entre el avalista y el avalado solo se pueden oponer tanto las excepciones personales como reales, que puedan resultar de su relación personal, pero no respecto de la relación que tenía el avalado con el portador anterior.

El avalista es un obligado posterior, por lo que no responde de manera solidaria como coobligado en la obligación principal.

Si el avalista hace el pago, la forma de dirigirse contra los obligados, es mediante la vía ejecutiva.

### **Regulación legal del Aval en Costa Rica**

Costa Rica regula la figura del Aval en el Código de Comercio, por tratarse de una figura jurídica de carácter mercantil. Este cuerpo legal regula a dicha figura de garantía, en su Título II, Capítulo I, Sección V: Del aval. Esta sección corresponde a los artículos 755 y siguientes, los cuales serán transcritos y analizados, a continuación:

**Artículo 755:** *El pago total o parcial de una letra de cambio podrá garantizarse mediante un aval. Esta garantía puede presentarla un firmante de la letra o un tercero.*

De lo anterior se desprende que el pago que garantiza el aval puede ser parcial, no necesariamente total. Queda claro también, que el avalista puede formar parte o no, de la relación original de la garantía del pago de la letra de cambio. Es lógico que el avalista sea un tercero a la relación original, porque lo que se intenta es que un tercero garantice el pago de la deuda, en el caso que el deudor no le haga frente a la misma. Si el avalista resultara ser el mismo deudor, se encontraría en la situación inicial, como cuando se firmó la Letra de Cambio. Sin embargo, la legislación prevé que el avalista, puede ser una misma persona, que forma parte de la relación original.

El aval es un documento que puede extenderse a favor de la Letra de Cambio y del pagaré:

**Artículo 756:** *El aval se hará constar en la letra de cambio o en un suplemento.*

*Se expresará mediante las palabras "por aval" u otra fórmula equivalente, e irá firmando por el avalista.*

*La simple firma de una persona, que no sea el librado, el librador o un tenedor, puesta en el anverso de la letra de cambio, vale como aval.*

*El aval deberá indicar por cuenta de quién se ha dado. A falta de esta indicación, se entenderá dado en favor del librador.*

El numeral 802 respecto del aval en el pagaré, indica lo siguiente:

“... ”

*Serán igualmente aplicables al pagaré, las disposiciones relativas al aval. En el caso previsto en el artículo 756, si el aval no indicare a favor de quién se ha dado, se entenderá que lo ha sido a favor del firmante del pagaré.”*

Se interpreta, de lo anterior, que siempre debe indicarse quién será el beneficiario de la garantía cambiaria, de lo contrario se entenderá que respalda el pago que debe hacer el obligado originalmente.

El aval debe constar por escrito y debe contener el nombre “aval” o un equivalente, de manera tal, que al leerlo se logre desprender de él, que se trata de esa garantía cambiaria específica. Es necesario que el aval conste en la Letra o en un suplemento, es decir, se descarta que se constituya el aval, de forma verbal.

Según el ordenamiento jurídico costarricense, si una persona ajena a la relación original firma en el anverso, crea la figura cambiaria del aval, por lo que es un aspecto de cuidado a tomar en cuenta a la hora de firmar este tipo de título valor, ya que, con la sola firma en el mismo, obliga a la persona.

Lo óptimo es que se indique en favor de quién se ha dado el aval, porque sino, la ley suple ese vacío de forma, indicando que se entenderá en favor del librador, como señalamos anteriormente.

**Artículo 757:** *El avalista responderá de igual manera que aquel a quien garantiza. Su compromiso será válido, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma.*

Un factor característico del aval y que lo vuelve una figura que implica un estudio cuidadoso, es el hecho de que si la obligación principal se vuelve nula por cualquier vicio de fondo, el aval subsiste como obligación independiente, porque, habiendo nacido a la vida jurídica, permanece sin importar

cualquier vicio en la sustancia. Diferente sucede cuando se trata de un vicio de forma, que sí puede llegar a afectar al aval y por consiguiente, la obligación por la que iba a responder el avalista.

Aunque el aval sea una relación cambiaria autónoma, el avalista se convierte en un deudor respecto de la original, ya que garantiza el pago de la misma. Por tal razón es que el avalista responderá de igual forma, a cómo debería hacerlo el avalado. Por ejemplo: bien podría llegar a embargársele sus bienes, en caso de que no realice el pago oportunamente.

Una forma en la que se extingue la obligación del avalista, además del pago mismo o por prescripción, es mediante un vicio de forma en la Letra de Cambio, de manera tal, que afecte al aval, como ya se ha mencionado a lo largo de este estudio. Al respecto los Tribunales han señalado:

*“...aunque la obligación garantizada fuera nula por cualquier causa de fondo, con la salvedad de que la obligación del avalista si desaparece, cuando el título contenga un vicio de forma, caso en que el compromiso de pago del avalista se extingue.”<sup>35</sup>*

Cuando el avalista pagare la letra de cambio, adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud de la letra de cambio.

Hemos analizado los numerales del Código de Comercio que tratan sobre el Aval y

podemos ver que tal cuerpo normativo, no proporciona una definición sobre esta figura, lo cual, efectivamente, es una falencia en la ley. Para Ligia Villalobos en su Trabajo Final de Graduación “El aval como garantía cambiaria”, la técnica legislativa no es la apropiada, ya que se define primero la función económica de esta figura jurídica y con posterioridad, su concepto. Para ella, debería primero definirse y luego decir su función económica y su definición, debería ser la siguiente:

*“El aval, es el medio por el cual, se puede garantizar total o parcialmente, el pago de una Letra de Cambio. Se debe indicar por escrito, en la letra misma o en un documento adherido a ésta. Debe estar unido a una obligación cartular válida; es un acto unilateral no recepticio de garantía, y su otorgante es responsable cambiario del pago.”<sup>36</sup>*

De esta forma se entiende lo que es la figura del Aval, su funcionamiento, su finalidad y ante cualquier duda se podría subsanar un determinado problema, ventaja que no se presenta hoy en día, debido a este vacío en la ley.

## Conclusiones

Como pudimos apreciar, existen diversas teorías en cuanto a la concepción del aval, su percepción desde su naturaleza jurídica y de todo lo expuesto, podemos indicar que el mismo, es una figura de garantía cambiaria, que es formalmente accesoria y autónoma

<sup>35</sup> Sentencia 410-1999. **Tribunal Primero Civil.**- San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

<sup>36</sup> Villalobos, Ligia. El Aval como Garantía Cambiaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984. Pág. 5.

sustancialmente. Es decir, una vez que nace a la vida jurídica y si la obligación principal se vuelve nula, el aval subsiste, de ahí que se aparte de la causa del negocio principal. Esta es una de las consecuencias de su autonomía.

El aval es una figura de carácter objetivo: no asegura que el deudor cumplirá, sino que garantiza el pago de esa deuda principal, que le dio vida.

En la actualidad puede hablarse de un derecho uniforme en materia de avales debido a la Convención de Ginebra realizada en el año 1930 y ratificada en el año 1988, por lo que se tiene claro que el aval es una garantía cambiaria por sí misma y no una especie de fianza u otra figura jurídica que se le pueda parecer.

Como tema aparte pero relacionado, a nuestro parecer, lejos de utilizarse la palabra “aval” como sinónimo de “autorización”, “apoyo” o “aprobación”, usada así en ocasiones, de manera indiscriminada, debe tratar de mantenerse su noción apropiada. El DRAE, define el término “aval” de la siguiente manera:

*“1. m. Escrito en que alguien responde de la conducta de otra persona, especialmente en materia política.*

*2. m. Com. Firma que se pone al pie de una letra u otro documento de crédito, para responder de su pago en caso de no efectuarlo la persona principalmente obligada a él.”<sup>37</sup>*

Con la primera de las acepciones proporcionadas por la RAE, podríamos tener diversas opiniones sobre su utilización, sin

embargo se define y a la vez se delimita el ámbito en el cual se puede aplicar, tal es el político y relativo a la conducta de una persona; no se genera ambigüedad respecto de la segunda, la cual se ha explicado a lo largo de nuestro trabajo, por lo que no puede compararse con otras figuras, sean cambiarias o de simple aprobación.

Volviendo al tema propiamente legal de la presente garantía cambiaria, un tema que no podemos pasar por alto en nuestras conclusiones, es el de los vicios de la voluntad a la hora de firmar un aval.

Los vicios de la voluntad, forman parte de los vicios que conllevan a una “nulidad relativa”, también llamada “anulabilidad”. Los vicios de la voluntad son: violencia moral, error, dolo y lesión enorme.

Si el interesado no ataca ese vicio, se convalida el acto jurídico y se vuelve eficaz. Esto en cuanto a vicios de la voluntad, de forma general, en el Derecho.

Específicamente, respecto del aval, indica la doctrina, que aun existiendo un vicio de la voluntad o incluso la causa, el aval deviene en válido. El autor Pedro Labariega, toma como referencia al jurista Héctor Alegría y su vez, el primero indica:

*“En la doctrina, quienes optan por el término acto unilateral consideran que la literalidad, autonomía y abstracción de los títulos valor elimina, frente a terceros, las defensas que se sustenten en la inexistencia de discernimiento libre o de la causa, por lo que resulta*

*jurídicamente trascendente para crear responsabilidad la existencia material del acto cambiario, aun cuando falte la causa o existieren vicios en la voluntad del avalista.”<sup>38</sup>*

Consideramos que debería permitírsele al avalista demostrar si su voluntad ha sido viciada. Probablemente la medida que toma la doctrina es drástica pensando en reforzar la garantía de pago respecto de la letra de cambio o el pagaré, sin embargo, pareciera ser una medida extrema, que perjudica al avalista y que perfectamente podría tener viciada su voluntad y aún así, la doctrina indica que priva el respaldo del pago de la suma económica indicada en el título valor, dejando por fuera una posible anulabilidad por el vicio en cuestión.

Vale indicar que, el Código de Comercio de Costa Rica, no cuenta con algún numeral que se refiera a este aspecto, en cuanto a la garantía cambiaria que aquí se ha analizado.

## Referencias Bibliográficas

### Bibliografía citada

Alegría, Héctor. El Aval. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1982.

Diccionario de la Real Academia Española. Aval. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=Aval>

El Blog Salmón. Economía y Finanzas. ¿Qué es un aval? Disponible en: <http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-un-aval>

Gómez Leo, Osvaldo. Instituciones de Derecho Cambiario. Tomo II-A. Letra de Cambio y Pagaré. 2ª edición. 1986. Depalma. Buenos Aires.

Labariega, Pedro. El Aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica? Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Pág. 614. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90972.pdf>

Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VIII. (Traducido por Sentís Melendo, Santiago) Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.

Vargas, Diana. El aval, la fianza y su aplicación a la letra de cambio. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José. 2004.

Villalobos, Ligia. El Aval como Garantía Cambiaria. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984.

### Referencias judiciales y legales

#### Judiciales

Sentencia 193-2004. **Tribunal Primero Civil, Sección Segunda.**- San José, a las siete horas treinta minutos del diez de febrero del año dos mil cuatro.-

Sentencia 431-2002. **Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.**- San José, a las once horas treinta minutos del seis de noviembre del dos mil dos.-

<sup>37</sup> Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Aval. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=Aval> [Consulta: 1 de setiembre de 2014].

<sup>38</sup> Labariega, Pedro. El Aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica? Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Pág. 631. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90972.pdf> [Consulta: 31 de octubre de 2013].

Sentencia 903-2002. **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.** San José, a las quince horas cuarenta minutos del veinte de noviembre del año dos mil dos.

Sentencia 410-1999. **Tribunal Primero Civil.-** San José, a las siete horas cuarenta minutos del diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

#### Legales

Ley N° XXX de 19 de abril de 1885. Código Civil. Vigente a partir del 1 de enero de 1888, mediante Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887.

Ley N° 3284. Código de Comercio. San José, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos sesenta y cuatro. Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales. Nueva York. 1988.

#### Bibliografía consultada

Pérez, Víctor. Derecho Privado. 3ª edición. San José. Litografía e Imprenta LIL, S.A. 1994.

Banco de España 70 Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2008. Algunas consideraciones sobre Avals y Garantías. Disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/msr0805.pdf>

e-conomic. Definición de Aval. Disponible en: <http://www.e-conomic.es/programa/glosario/definicion-aval>

González, Fernando y otros. La Firma del Aval y sus Consecuencias. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Disponible en: <http://www.poderjudicialags.gob.mx/informacion/publicaciones/folleto/AVAL%20Y%20SUS%20CONSECUENCIAS.pdf>

## ENTORNO EMPRESARIAL COMO NÚCLEO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO EN EL DERECHO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA A LA COYUNTURA ACTUAL

*Licda. Soledad de los Angeles Cortes Sandí*

*“Los fundamentos del ordenamiento jurídico deben, sin embargo, cuadrar bien si es que deben construir una realidad social estable”*

*Günther Jakobs*

*“Punibilidad de las personas jurídicas”*

### 1. ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO

Dentro de la dogmática penal, se ha tratado de segmentar como rama del derecho penal, una nueva disciplina denominada derecho penal económico. Acuñando la importancia del quehacer económico en un mundo globalizado, donde concurren grandes empresas. El dinamismo del mercado es cada vez más complejo y movido. Sin duda, las leyes del mercado han cambiado, transformando el mundo donde se desarrollan.

Un fuerte discurso doctrinario impulsa la autonomía de este “*derecho penal económico*”. El alemán, Klaus Tiedemann, uno de los máximos exponentes de este discurso, ha elaborado un interesante tratado donde trata de afirmar total validez y significancia a tal independencia. Arrogando su creación a Rinck en una obra publicada en Alemania en 1971, llamada “*Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*” (Cfr. con Tiedemann, 2010, pág. 58). Rinck, establece

que hay una diferencia de su objeto, la particularidad de su método y una finalidad propia de investigación.

En la actualidad, el derecho penal se enfrenta a nuevos retos. El dinamismo y complejidad de los mercados de bienes y servicios, ha creado nuevos núcleos delictivos, y las ciencias criminales, deben enfrentarse y responder a tales cambios.

Lo cierto es que la legislación existente no ha bastado para solucionar las contradicciones de la realidad sobrevenida. Sin embargo, tampoco debe darse una solución apresurada, que atente contra principios y garantías edificadores del Estado de Derecho.

Bien lo afirma (Feijoo Sánchez., Cuestiones actuales del derecho penal económico, 2009. Pp. 2) la empresa como organización representa un problema central para la moderna teoría del delito. Es menester identificar estos núcleos problemáticos, verificar si con la dogmática y legislaciones vigentes, son suficientes para solventar este tipo de delitos.

Desde que en 1940, el sociólogo estadounidense Edwin H. Sutherland, en su artículo denominado “*White-Collar Criminality*”, publicado en la revista *American Sociological Review*, presentó un primer esbozo sobre la criminalidad económica, describiendo algunas características de los delincuentes de cuello blanco, se generó un cambio radical en la forma de visión de la criminología.

En esta exposición Sutherland, demuestra cómo hasta la fecha, sólo se habían penado delitos como robos o asaltos que eran cometidos, únicamente, por los estratos sociales bajos. Estos presentaban características diferentes, en virtud de que los delincuentes provenían de barrios difíciles, condiciones de pobreza extrema, etc.

Señala, también, como los llamados delincuentes de cuello blanco, quienes visten de una determinada forma, llevan una vida muy “*sofisticada y ejecutiva*”, han tenido la oportunidad de tomar estudios en una universidad, de hecho tienen una profesión, y provienen de familias económicamente estables, es justo esta clase de delincuencia que más dinero obtiene, además, que provoca daños a un mayor número de personas.

A pesar, de que es la criminalidad que tiene mayor incidencia en la economía de un país por completo, es la que menos se ataca<sup>1</sup>. Comenta Sutherland que los delincuentes de cuello blanco están separados administrativamente de otros delincuentes, y en gran medida como consecuencia de

ésta no se consideran como verdaderos delincuentes por sí mismos, el público en general, o los criminólogos no los ven como delincuentes, como sucedería con los “asociales” de los estratos sociales más bajos.

Estas teorías pioneras de la delincuencia económica, demostraron para la época, que al lado de los delitos conocidos y tradicionales, existía otro grupo de delincuencia, que acarrea daños millonarios en la economía de los Estados, y que era necesario combatirlos.

Según la exposición de Sutherland, existen elementos importantes para encontrar un tipo de delincuencia que se encontraba hasta esa fecha (1940), y pone de relieve que hay un tipo de crimen, donde los autores son privilegiados en contraposición de los crímenes cometidos por delincuentes de estratos sociales más bajos. Esta clase de delincuencia de cuello blanco que se identifica con los delitos económicos, presentan algunas características que se pueden denominar privilegiadas, son quienes en su ejercicio profesional, y su posición dentro de la estructura de una empresa tienen contacto con fuentes económicas, y por tanto, más capacidad de control y dominio. Esto teniendo la precaución de no incurrir en estigmatizaciones inadecuadas.

Sin embargo, el mayor problema para el derecho penal, se ha dado en la forma en como se están manipulando sus principios y presupuestos, con tal de hacer de que alcancen la realidad económica y empresarial.

## 2. **CONFRONTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO**

En el estado actual de la teoría del derecho penal económico, ni siquiera existe consenso, en la delimitación del entorno del derecho penal económico, tampoco en la fundamentación de las características especiales que justifiquen su separación de la rama principal.

Diversos tipos penales, tocantes a temas tributarios, ambientales, del derecho al consumidor, a la libre competencia, productos alimenticios y agrícolas, aduaneros, informáticos, etc. se han tratado de cobijar dentro de esta doctrina, volviendo difícil la determinación de los bienes jurídicos que se pretenden resguardar.

El principio de legalidad exige que el supuesto de hecho de cualquier delito, se determine con precisión y deba estar específicamente tipificado por una ley penal previa. El principio de legalidad le solicita al legislador del derecho penal la existencia de una descripción diáfana sobre las conductas que se quieran penar.

Evidentemente, existe una imposibilidad material de realizar una descripción exhaustiva sobre todas las conductas que puedan suceder en un determinado delito. Esta imposibilidad surge por motivo de que resultan innumerables los casos que se suscitan, y es insostenible describir todas las posibles contingencias en la norma penal. A lo sumo se aspira a la existencia, de una precisa descripción de la conducta ilícita, con

contenidos generales que permitan entender *grosso modo* el comportamiento que se pretende penar.

Por ejemplo, si el tipo penal, se limita a decir, se impondrá una pena privativa de libertad, a quien administre de manera fraudulenta una empresa o a quien la represente, sería totalmente inconstitucional, por la indefinición en la punibilidad, así como la restringida descripción sobre la conducta penada.

Es menester recordar que detrás del principio de legalidad está impregnada la necesaria garantía constitucional-penal de “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, y este emblema debe resguardarse y protegerse por el impacto que tiene en las libertades de los ciudadanos.

El principio de legalidad se conforma como un filtro, ante el poder punitivo, es un límite a la persecución penal. Se podría decir que es un colaborador para que el ciudadano no quede desprotegido ante un poder ilimitado. Describiendo la conducta previamente, da seguridad al sistema. Así, (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 138) menciona, sobre este principio, que ayuda a evitar la punición arbitraria y no culpable sin ley.

Del principio de legalidad derivan presupuestos pilares del derecho penal en un Estado democrático y de derecho, tales como la prohibición de analogía, la prohibición de retroactividad, y la negativa a la creación de leyes penales indeterminadas e imprecisas, sin un contorno estricto que impida a los ciudadanos saber cuál conducta puede ser ilícita, además de que impide que se active la persecución ante cualquier hecho.

<sup>1</sup> Una razón adicional para creer que se posee un derecho punitivo muy selectivo.

No es suficiente con la determinación de la conducta, aunado debe existir una pena legalmente determinada antes del hecho. El juez solo debe encargarse de valorar la conducta antijurídica y determinar la pena en el marco que la misma lege certa le específica (“*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”). Explica (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 140) “*hay que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable*”.

Particular atención debe tenerse con este principio en los delitos económicos, pues presentan una tendencia real a la remisión de sus normas a otros preceptos extrapenales, requiriendo una comprobación (o conceptualización previa) de infracciones en normas mercantiles, bancarias, laborales, tributarias, ambientales, administrativas. Si hay dos características, que definan a los tipos de los delitos económicos, es gran cantidad de elementos normativos que poseen, y la segunda su abuso de leyes penales en blanco.

Las denominadas “leyes penales en blanco”, remiten a disposiciones extrapenales; dichas remisiones son las que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. Es frecuente y casi inevitable en materia penal económica, cuya naturaleza, se caracteriza por la mayor movilidad, especialización y complejidad, en comparación con el Derecho Penal nuclear (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008), sin embargo, las transgresiones que se pueden provocar de tal abuso puede tener impactos prejuiciosos en la aplicación del derecho, tales como el tratamiento del error.

Las normas “*remitidas*”, además, de poseer un carácter extrapenal, muchas tienen una fuerte cantidad de elementos normativos. De forma tal, que llenan o completan el vacío dejado por el legislador, haciendo que el tipo contenido en el Código Penal quede incompleto. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008) expresa que en el caso de los elementos normativos (para interpretarlos) se tiene que hacer una valoración para lo cual resulta inevitable, muchas veces, recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas, y no se puede solicitar que el sujeto activo tenga tales características.

Lo cierto es que existe un vacío en el tipo penal en las leyes en blanco, y se busca el elemento faltante fuera del tipo. Justamente, la remisión sirve para llenarlo, afirmar (Abanto Vásquez, 2008) muchas veces se trata de un vacío esencial de la norma, que no permite conocer los elementos básicos de la conducta típica.

Con esto el legislador se despreocupa, y las regulaciones penales de alguna manera se van rellenando con la actividad reglamentaria que le corresponde al poder ejecutivo. Aunque, ya algunos autores han advertido sobre la probable inconstitucionalidad y choque de intereses, que resulta de atribuir a otro poder, que no sea el legislativo, la posibilidad de dictar normas de carácter punitivo.

Aunado a lo anterior, algunas leyes penales en blanco pueden presentar vicios de inconstitucionalidad, si no son tratadas con la especial precaución que merecen. Por ello, es

menester que la ley defina de manera adecuada la conducta, así como una clara delimitación de los presupuestos de punibilidad, en aras de proteger la necesaria taxatividad que informa al derecho penal, y los presupuestos del principio de legalidad que tan caro le ha costado a la ciencia criminal.

Los cuestionamientos teóricos sobre las leyes penales en blanco no pretenden satanizar su creación; sin embargo, no se debe olvidar que la ley remitida, debe asumir los elementos que cualquier ley criminal contiene, abordando elementos mínimos de punición, como el verbo núcleo, los elementos accesorios y clarificadores de la tipificación, extremos de la pena y calidad (Chirino Sánchez, 2013), que permitan al ciudadano conocer realmente cuál es la conducta prohibida.

Sí se debe recalcar, que el abuso a las remisiones de ley, crea una indefinición, volviendo concurrentes las lagunas legales, dejando al aplicador del derecho, la difícil tarea de definir la punibilidad y la conducta típica.

Hay autores que advierten la total contrariedad de las leyes penales en blanco, así Mezger (en Strafrecht, ein Lehrbuch (1949) citado por Bacigalupo, en La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico, 2000) quien manifiesta:

*“jurídico-penalmente la forma especial de la legislación mediante leyes penales en blanco carece de significación (...) la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo. El tipo complementado, sin embargo, cumple precisamente la misma función que cualquier otro tipo”.*

Evitar caer en puniciones arbitrarias e indeterminaciones de las conductas típicas, debe ser el camino por mirar cuando se crean leyes penales en blanco para los delitos económicos. El enfoque debe dirigirse a cumplir cabalmente con los requerimientos de la *lege certa*, en la necesaria precisión de la descripción de cada conducta dentro de las normas que se crean, donde los ciudadanos reconozcan, cuáles conductas son punibles dentro del Código Criminal, evitando provocar desconocimientos, por parte de la ciudadanía, de la antijuridicidad material y formal de la conducta ilícita, y respetando los principios de “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”, “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”, “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, todos que informan el principio de legalidad.

La significancia real del tema radica en poner en la balanza del equilibrio los presupuestos que participan dentro de esta problemática. Por un lado, no es recomendable dejar desprotegidos bienes jurídicos que sostienen la economía de un país, la transparencia en las operaciones bursátiles, la protección de los consumidores, o el medio ambiente (como lo hacen los tipos del llamado derecho penal económico). Empero, por otro lado, no se debe caer en indeterminaciones que busquen comprender todas las conductas punitivas posibles, arriesgando principios pilares en la edificación del derecho penal “nuclear”.

Para los teóricos y aplicadores del derecho penal, la revisión sobre la legalidad de cada ley penal en blanco, será un asunto casuístico necesario. Así, se abordará el tema desde la constitucionalidad de la norma, en la aplicación misma de cada tipo, se irá examinando artículo por artículo de

cada Código Penal, para conocer si estas remisiones no rozan con los presupuestos y principios que informan al derecho penal, o bien, crean lagunas interpretativas que causen error a las personas.

### 3. **SOBRE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS**

La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la realización del individuo (Arroyo Zapatero, Derecho penal económico y constitución). No todos los bienes jurídicos que una sociedad tiene pueden ser protegidos mediante el derecho penal, por eso la tutela penal sólo se resguarda para algunos de estos bienes, de acuerdo con su significancia para la convivencia humana, o bien, en el marco que la Constitución Política o Carta Magna que cada país otorga. Independientemente de la tesis sobre bienes jurídicos, que se siga, se afirma, de manera unánime, que los bienes jurídicos, tienen la función de permitir una convivencia pacífica de la humanidad, y de ahí la trascendencia por resguardarlos.

La delimitación de los entes tutelados en el marco del llamado derecho penal económico, ha sido un tema poco claro, con indicios de querer prescindir por completo de alguna protección, (al menos) remota de bienes jurídicos. La pretenciosa protección penal tocante a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, que albergan intereses, tanto del Estado como de todos los sectores sociales, e individuos, provocan que el margen de (in) definición sea tan extenso, que ni siquiera sus

seguidores logran determinar qué se puede incluir bajo estas frases, quiénes son las víctimas y qué lesiona el justiciable o imputado.

No se puede olvidar que el referido bien jurídico, constituye legitimación para el derecho penal, al menos, una parte de doctrina lo ha considerado de ésta manera. De ahí la relevancia de estudiar con detenimiento los efectos de la omisión de protección de bienes jurídicos en las normas penales. Dicha tesis toma como punto de referencia primario, la lesión a un bien jurídico, o al menos conductas próximas a una lesión, de modo tal que se evitan la creación desmesurada de delitos carentes de una verdadera lesión, también, se estaría obligando al legislador a realizar una verdadera fundamentación de cara a la introducción de nuevas leyes criminales.

Incluso, posiciones como la de Jakobs, quien afirma otra legitimación para el derecho penal, desde la fundamentación de la vigencia de la norma, consideran la importancia delimitar la creación de normas observando lesiones reales a bienes jurídicos. Así, (Jakobs G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 2003, pág. 42). *“El derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen a esos bienes”* (...) también afirma que *“El derecho penal no sirve para la protección de bienes contra ciertos ataques”*.

Mantiene la protección de la vigencia a aquellas normas que prohíben la afectación a un bien jurídico. De tal forma, se deben descartar aquellas normas que no protegen ningún bien jurídico, especialmente aquellas que protegen convicciones morales.

Adscribirse a una u otra tesis, dirige necesariamente, para las normas de los *“delitos económicos”*, a delimitar los bienes jurídicos que se pretenden proteger, pues lo más nocivo, sería ampliar el contorno de bien jurídico hasta abstracciones indefinibles, donde se le otorgue toda la responsabilidad al aplicador del derecho de definir el baremo de manera arbitraria, o bien, el legislador no tenga ningún límite en la creación de normas criminales para una sociedad determinada.

Algunas posiciones doctrinarias, consideran que los bienes jurídicos se adecuan a requerimientos constitucionales, y son normas que vía constitucional, la misma sociedad ha estimado tutelar por su relevancia. Verbigracia, la posición de Roxin, quien destaca una tesis donde la Constitución Política sea el marco rector para la creación de bienes jurídicos penalmente protegidos<sup>2</sup>. *“Hay diversos principios que son constitucionales y que es necesario proteger o resguardar por medio del derecho penal”* (Roxin C., Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 56).

Los precursores de la teoría, que resguardan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, son especialmente inespecíficos en lo que quieren abrigar. Verbigracia, las explicaciones desprendidas por (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 55) *“en cuanto el derecho penal económico pretende defender los graves daños que este tipo de criminalidad le causa a la economía de un país”*.

Hassemer anunciaba desde 1995, la actitud tendiente a crear vaguedad en los bienes

jurídicos, con la finalidad de apartar del camino, un requisito estorbo, que resultaba limitante en la creación de los tipos penales deseados. Menciona el citado autor

*(...)“Ya en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga (...) Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas”* (Hassemer, Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico, 1995)

Tiedemann, en un intento, por al menos, enmarcar cuáles tipos penales, corresponden al derecho penal económico, brinda un inventario de artículos, según la dimensión de diferentes legislaciones. Sin embargo, esta lista no es suficiente, a efectos de definir un contorno preciso sobre qué bienes jurídicos intenta proteger esta subárea del derecho penal.

Por supuesto, es aceptado que la realidad económica, le impone al derecho en general, problemas que se deben resolver de una manera adecuada y armónica con el ordenamiento jurídico. Sin arriesgar garantías y derechos que tienen todos los

<sup>2</sup> La posición de creación de bienes jurídicos penales, teniendo como marco rector las disposiciones constitucionales, también, la ha seguido la escuela de Frankfurt en Alemania. Así (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998.

ciudadanos en un Estado de Derecho, y que sin ellas se restringe severamente la libertad.

Sin duda alguna, dentro de la actividad empresarial, se despliegan lesiones que impactan el mundo físico ya sea negativa o positivamente. Así, pueden afectar el entorno de las personas, su salud, a la economía del estado, al medio ambiente, etc. Un sinfín de ámbitos del mundo fáctico. De ahí la necesidad de darle un tratamiento adecuado al problema, porque no se pretende caer en una anomia, que cause lesiones irreparables a la sociedad en general.

Sin embargo, se observa, que la delimitación de los bienes jurídicos tiene repercusiones en otros principios rectores del derecho criminal, así el principio de subsidiariedad. El derecho penal se crea como un método fragmentario, pues no intenta proteger todos los posibles bienes existentes en la sociedad, sino más bien, aquellos que resultan relevantes<sup>3</sup>. Menciona (Cervini) que *“el Derecho penal sólo debe proteger ‘bienes jurídicos’ no significa que **todo ‘bien jurídico’** haya de ser protegido penalmente”* (la negrita no corresponde al original), y este es el fundamento del principio de subsidiariedad.

Queda claro, la legislación criminal no protege integralmente todos los bienes jurídicos, sino hasta donde alcanzan las normas, por eso es que puede hablarse del carácter fragmentario de la protección de los bienes jurídicos (Cfr. Castillo González, El bien jurídico penalmente protegido, 2008). Este enunciado presenta una relación estrecha con la concepción de última ratio, que recuerda la necesidad de utilizar el derecho

<sup>3</sup> Depende de la tesis que se acoja, la relevancia puede seguir el referente de la constitución o bien, según las reglas de la sociedad donde subsisten.

penal sólo cuando resulta restrictamente menester. Exigiendo la búsqueda de medios menos lesivos, para controlar la protección de bienes jurídicos. Todo lo anterior, por la violencia y persecución que genera el derecho punitivo.

La tarea de la identificación de los bienes jurídicos en la creación de los delitos del derecho penal económico, ayudaría a establecer una relación entre los principios constitucionales y los parámetros que se intentan proteger, además, de lograr un sistema coherente y armónico, con la existencia de una verdadera finalidad para pretender penar una conducta. Como bien afirman los catedráticos, no se pueden crear bienes jurídicos tan abstractos que tornen arbitrario el sistema.

La carencia de un bien jurídico penalmente protegido, de muchos de los tipos penales provenientes del llamado derecho penal económico, se debe a su caracterización de delitos de peligro abstracto o delitos de infracción de deberes. La idea de estos tipos económicos es pretenciosa, se busca almacenar cualquier cosa en la descripción, así lo recuerda el profesor Lascano:

*“Dentro de esta nueva subrama del Derecho Penal se encuentran agrupados hechos desvalorados socialmente de diferente naturaleza, con bienes jurídicos altamente difusos y distintos de los clásicos derechos patrimoniales”. (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008)*

Así, se llega a creer en la necesidad de creación de tipos penales carentes de un bien jurídico. Donde no ha previsto una relación de convivencia que tutelar, o simplemente derivan de una norma, o bien, surgen de un proceso de interpretación. Ejemplos de estos son los tipos penales provenientes del derecho penal de deberes<sup>4</sup> o de los que surgen de relaciones funcionales imposibles de fundamentarse constitucionalmente (Chirino Sánchez A. C., 2013). Como consecuencia, atentan vehementemente contra el principio de lesividad y violan aquel dogma que sólo autoriza el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o, al menos, puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

Asimismo, la carencia de lesión a un bien jurídico, infringe los presupuestos del principio de proporcionalidad de la pena. Este principio recuerda que cada sanción penal impuesta, debe ser proporcional a la lesión creada. Evitando así, la imposición de penas draconianas desajustadas a la lesión causada. Este es otro límite al poder punitivo del Estado, que se logra vencer gracias a los tipos modelos carentes de un ente tutelado.

Estos hechos no son aislados, ni pertenecen sólo al derecho penal económico, más

bien la tendencia del derecho moderno, es crear tipos con ausencia de bien jurídico, al parecer resultan muy adecuados para vencer recaudos de algunos principios que aún quedan en la dogmática, así eliminan principios al mismo tiempo que crean normas.

Sin ente que proteger, el objetivo de estos tipos penales, es la prevención de riesgos, obedecen a delitos de mera actividad sin un resultado concreto, ni siquiera de un peligro concreto. Se trata de un derecho penal de peligrosidad, donde existe una invasión de los llamados tipos de peligro abstracto que no protegen otra cosa, sino una posibilidad de un riesgo que puede llegar a suceder a futuro, se trata de una hipótesis, de una potencialidad de un hecho que pueda llegar a suceder. La consecuencia directa llega a los límites del derecho criminal, que cada día se vuelven más difusos e ilimitados<sup>5</sup>, cada vez más indeterminados.

No se trata de una mera abstracción, estas prácticas resultan peligrosas por la intervención excesiva que otorgan al poder punitivo del Estado, además, de encontrar grandes choques de constitucionalidad. Los bienes jurídicos que se tratan de tutelar mediante el derecho criminal económico, suelen ser como el mismo (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte

<sup>4</sup> El derecho penal económico se abastece (sin perjuicio de los delitos de peligro abstracto y delitos imprudentes) de delitos especiales, donde no existe una conducta concreta que reprochar, más bien se sanciona la simple infracción del deber impuesto por la norma. La simple transgresión de este deber puede llevar a constituir acción en el sentido jurídico penal.

<sup>5</sup> Estas ideas, son pilares fundamentales del derecho penal, cimientos básicos que nunca deben perderse de vista. Algunos de estos principios resultan vulnerados como: los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, que le impiden, al Estado, castigar con pena privativa de libertad existiendo otros medios menos drásticos para enfrentar el problema acaecido. Estos principios al criterio de (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico., 2008) se encuentra “en crisis” en la actualidad, pues el Derecho Penal Económico, lo que exige, en este ambiente de “huída hacia el Derecho Penal”, es precisamente la criminalización de determinadas conductas, lo cual provoca no pocas tensiones con aquel postulado político-criminal de la Constitución.

general y parte especial, 2010) afirma, “*son bienes jurídicos supraindividuales*”. Los cuales se encuentran sometidos a los influjos de la globalización económica y resienten los flujos y reflujos de las crisis que azotan los mercados (Chirino Sánchez, 2013).

Cuanto más pródigamente se impulsa la abstracción del bien jurídico, cuanto más se aleja de ideas individualistas y concretas, más se difumina el contorno de la conducta que se pretende evitar, y mayor es la posibilidad de tener intervenciones innecesarias. (Hassemer, Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract), 1998, pág. 3) expresa, que “*una verdadera delimitación del ente jurídico que se intenta proteger, ayuda a condicionar intrusiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas*”.

La intervención del poder penal se debe dar, empero, acaece una especial relevancia en que cada una de estas intrusiones sea simétrica al bien que intenta proteger. Aunado a este tema, debe hablarse de la proporcionalidad, entre la lesión y la pena impuesta. Ambas medidas que ayudan a evitar penas draconianas, donde se impide que el justiciable, pague la prevención general negativa de toda una población, también soslaya que la persecución se encamine a fines caprichosos.

A nivel primigenio se consideró que los delitos económicos, protegían los bienes patrimoniales, no obstante en la actualidad, un elevado número de tópicos se cobijan bajo este lema, sin que se determine el principio y el fin de su contenido. Se dice es la protección del mercado de bienes y servicios, o bien, afirma la doctrina española, se protege el orden socio-económico. Hay autores que aducen que la

tutela trasciende de la patrimonial y, por el contrario, pretende proteger bienes que provienen de la estabilidad de la economía de un Estado. El jurista (Lascano, Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico, 2008, pág. 14) trata de puntualizar de la siguiente manera:

*(...) “no todo ataque contra un bien jurídico con contenido patrimonial tendrá naturaleza de delito económico; por el contrario, para que una conducta socialmente disvaliosa revista la característica de delito económico, a la afectación de dicho interés patrimonial particular, será necesario acreditar su trascendencia negativa para el funcionamiento del mercado de intercambio de bienes y servicios”.*  
(Subrayado no corresponde al original)

¿Trascendencia negativa para el funcionamiento de mercado? En definitiva darle forma a esta criatura amorfa, será una tarea que se está dejando en manos de los aplicadores del derecho, quienes de manera arbitraria podrán entender, según su libre albedrío, cualquier cosa que deseen entender sobre estos conceptos, tal y como se presenta en la interrogante realizada.

Para el autor Klaus Tiedemann, describe el concepto de derecho penal económico de la siguiente manera:

*“el punto de vista basado en consideraciones dogmáticas penales de los bienes jurídicos tutelados se complementan mediante la protección de instrumentos del tráfico económico, que son utilizados abusivamente en los delitos económicos”.* (Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial, 2010, pág. 56)

Estas explicaciones, demuestran el esfuerzo por ubicar el bien jurídico dentro de la problemática de la sociedad y el quehacer económico, sin embargo, la explicación resulta tan abierta, que no aporta mucho ni a la definición de derecho penal económico ni a los bienes jurídicos que se intentan proteger.

Por supuesto, se olvida el principio de reserva de ley y se atribuyen responsabilidades al Poder Ejecutivo que vía reglamentaria puede intervenir, haciendo regulaciones de cualquier naturaleza. Entonces, dos principios básicos del derecho penal se ven confrontados, la ya citada reserva legal, y la separación de poderes, donde cada uno tiene sus propias competencias y responsabilidades para actuar en un orden democrático, la potestad de crear leyes de la envergadura de un Código Punitivo, o cuestiones relevantes a la criminalidad, debe ser una competencia del Poder Legislativo, sin un traslado de funciones, que atente contra este principio que, además es de naturaleza constitucional.

Debe rescatarse que la creación de esta serie de tipos penales no ha sido orgánica, sino que responde a tipos difusos, que son complementados con la creación de otras leyes, que le brindan una definición. De tal forma, que la creación de esta clase de tipos no fue uniforme, quizá esto torne mayormente difícil la clasificación.

Así, por ejemplo, la denominación de empresa, o de representante legal, son conceptos que no se encuentra dentro de ningún Código Penal. Por esta razón, se remiten a otras leyes para encontrar su delimitación. Por ejemplo, muchos de los preceptos que abastecen normas tributarias, o de control de lavado de dinero, provienen de Reglamentos. De tal forma, se crea un efecto

de bola de nieve, creando un sinfín de leyes penales en blanco, nublando la identificación de los tipos penales que se pretenden proteger, y acudiendo incesantemente a la creación de Reglamentos para regular temas de pertinencia criminal. Olvidando como dice (Foffani, 1999) que la importancia del bien jurídico es que nivela las contribuciones al hecho.

En la realidad actual, donde existe una sociedad compleja, compuesta por una organización estructurada en jerarquías, donde el componente más característico es la delegación de funciones, el común denominador es una estructura diversa con gran variedad de funciones e integrantes. Por este motivo, muchos teóricos se han replanteado la solución que brinda el derecho penal ante este nuevo panorama, “*el derecho penal nuclear y clásico convive hoy con un nuevo modelo de delincuencia asociado al funcionamiento de una empresa*” (Choclán Montalvo, 2006). En definitiva el imperativo categórico obliga a dar respuestas y soluciones.

Crear tipos penales que salvaguarden un bien jurídico, sin relajar los principios y garantías del derecho penal nuclear, son una necesidad que la realidad le impone a la materia penal. La convivencia humana misma, y su compleja organización empresarial, así como el manejo del mercado de los bienes y servicios, requieren constituir un marco de intervención del derecho criminal, apegado a los principios y garantías que siempre lo han informado, sin relajar los derechos que posee cualquier justiciable en un Estado de Derecho.

No se debe olvidar que una intrusión desmedida e injustificada, del poder punitivo del Estado, atenta de manera vehemente

contra la libertad misma de la ciudadanía. Se constituye en una poderosa herramienta, que puede acabar con la convivencia social pacífica, y exterminar hasta derechos humanos básicos trascendentales para la vida humana. De ahí el peligro de crear una subrama del derecho penal, donde se corra el riesgo de formar mamparas para edificar otros principios o relajar los que ya existen, permitiendo injustificada intervención estatal.

El problema no yace en fundar un “derecho penal económico” o denominarlo como se quiera, el núcleo de la discusión debe centrarse en no permitir que un simple eufemismo, sea fuente donde germinen nichos de relajación de principios y garantías indisponibles del derecho criminal. Los principios del derecho penal, son la Carta Magna de un ciudadano libre y del mismo delincuente como lo mencionaba desde hace mucho tiempo el autor von Liszt.

Nadie niega la importancia de que el Estado regule, el mercado del desarrollo económico<sup>6</sup>. Sería inaceptable que estos bienes jurídicos quedaran sin protección alguna (se demostró al inicio de este apartado, cómo la criminalidad económica genera ganancias multimillonarias y defalcan instituciones sustanciales afectando a toda la población), empero, dicha protección debe elaborarse manteniendo los parámetros del derecho penal nuclear.

El aseguramiento de la libertad económica debe desarrollarse bajo el marco de los principios que siempre han abastecido al derecho punitivo, sin crear una rama separada, que busque afirmar características específicas que justifiquen un

desprendimiento de los principios y garantías que existen en un Estado de Derecho.

### **Excursus**

La presentación anterior tiene como finalidad exponer algunos enunciados de la doctrina que trata de separar el derecho penal económico de su tronco nuclear. Todo esto analizado desde la reflexión crítica, pues como se comprobó, en definitiva, el mundo empresarial, durante las últimas décadas ha presentado cambios radicales que imponen nuevas realidades. El derecho debe responder al entorno, dando soluciones a los conflictos que se crean. No obstante, esta respuesta debe ser prudente, tomando de manera integral los preceptos del ordenamiento jurídico.

La ciencia criminal, con su modalidad de amenaza, presenta la cara más fuerte de la política, y de ahí su frecuente utilización, como instrumento de poder, de enfrentamiento, para vencer todos los problemas sociales. No obstante, debe evaluarse que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, justamente, por la represión y las lesiones que es capaz de efectuar.

Este primer esbozo sobre la criminalidad económica demuestra que existen núcleos problemáticos, que son derivados del entorno empresarial. Empero, la solución no es buscar relajar y hasta erradicar algunos principios fundamentales de la sociedad, con el fin de buscar sanciones a cualquier costo.

Todo esto se desarrolla en una coyuntura, donde se visualiza al delincuente, desde lo que Jakobs denominó derecho penal

del enemigo. Donde el criminal, no es una persona, más bien es un objeto de derecho, y por eso se puede abalanzar sobre él, con todo el peso de la persecución criminal.

El Estado ya no busca el diálogo con la sociedad, mediante la comunicabilidad de la pena, más bien, crea una guerra contra el delincuente, contra estos enemigos de la sociedad.

Las repercusiones y efectos reales: creación de tipos penales carentes de bien jurídico tutelado, introducción desmedida de delitos de peligro abstracto, donde hay un adelantamiento en la persecución penal, además, de prescindir de una conducta concreta; lesionando como resulta evidente el principio de legalidad y tipicidad.

Dentro de todo este panorama, y en la urgencia por buscar una respuesta rápida para la sanción de estos entes empresariales, que tanto daño provocan, entra en consideración diferentes teorías, que se desarrollan más como una solución de emergencia que como una solución integral, evaluada desde los presupuestos integrales del derecho penal y la política criminal.

### **Bibliografía**

Aller, G. (s.f.). *Aspectos dogmáticos y criminológicos de la delincuencia empresarial*. Recuperado el Febrero de 2013, de Facultad de Derecho. Universidad República. Uruguay : [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller\\_delincuencia-empresarial.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/aller_delincuencia-empresarial.pdf)

Arroyo Zapatero, L. Derecho penal económico y constitución. *Doctrina*.

Arroyo Zapatero, L. El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. *Doctrina*.

Cancio Meliá y Jakobs G. (2007). Derecho penal de enemigo. Argentina: Hammurabi.

Cervini, R. (s.f.). *Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y Bien Jurídico*. Obtenido de <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf>

Chirino Sánchez, A. (2007). El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo? En J. L. (coordinador), *Justicia penal y Estado de derecho. Libro Homenaje a Francisco Castillo* (págs. 145-160). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Chirino Sánchez, A. (2013). Aspectos Fundamentales del Derecho Penal Económico. Un acercamiento desde la dogmática y la política criminal centroamericanas. En Chirino A. y Martínez H., *Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa*. San José, San José, Costa Rica.

Chirino Sánchez, A. Seguridad ciudadana y prevención del delito. *Iusdoctrina*.

Choclán Montalvo, J. A. (2006). La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre. *Estudios de Derecho Judicial*, 91, 13-46.

Foffani, L. (17 de Diciembre de 1999). Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Doctrina*.

6 En el mismo sentido puede verse (Arroyo Zapatero)

Frisch, W. (1996). Responsabilidad penal de las empresas. En S. M.-M. Peña, & J. M. Bosch (Ed.), *Responsabilidad penal de las empresa y sus órganos, y responsabilidad por el producto* (págs. 99-127). Barcelona, España.

Hassemer, W. (1990-1991). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Estudios penales y criminológicos, Número 15*, 181-198.

Hassemer, W. (1995). *Derecho penal simbólico y protección de bien jurídico*. (E. J. Conosur, Ed.) Obtenido de

Neopanopticum: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/>

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro (Abstract). *Revista Penal*, 1, 37-42.

Hassemer, W. (2001). *Introducción a la criminología*. Tirand lo Blanch.

Hirsch, H. J. (Setiembre a diciembre de 1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, XLVI*, 1099-1124.

Hirsch, H. J. (enero-diciembre de 2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro abstracto. *Revista latinoamericana de derecho*( 9), 151-181.

Jakobs, G. (1992). Principio de Culpabilidad. *ADPCP, XLV(III)*, 1051-1083.

Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. M. (coordinador), *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (M. C. Meliá, Trad., págs. 41-90). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Lascano, C. (2003). La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes.

Lascano, C. (28 de Marzo de 2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. *CIIDPE*.

Lascano, C. (2008). *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico*. Recuperado el Febrero de 2008, de Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico : <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. España: Civitas.

Tiedemann, K. (1996). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de derecho penal*.

Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial*. (M. A. Vásquez, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.

## DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Licda. Tatiana Sánchez Sánchez  
Licda. Suyen Vega Mena

### Resumen

El siguiente artículo aborda la voz como elemento de la identidad, el cual, ha sido reconocido como derecho hasta reciente data, es decir, este artículo expone uno de los llamados nuevos derechos de la personalidad, asimismo, se da a conocer el alcance que injerencias como la grabación auditiva tiene en este derecho y otros derechos de interés. Sirva este artículo para estar al tanto, además, de los requerimientos que la ley y la jurisprudencia demandan a fin de considerar una grabación subrepticia como lícita y apta para configurar prueba en el proceso penal costarricense.

### Palabras clave

La voz, secreto de comunicaciones, intimidad, imitación, grabación subrepticia.

### Abstract

The following article addresses the voice as the identity element that has recently been recognized as the right until recent data. So, this research presents a so-called "new personality rights". Therefore, it is disclosed the repercussions that intromissions like the hearing tape recording has in this right and other related ones. It is further intended, with this study, that the reader can get awareness of the law and the jurisprudence requirements in order to be considered a surreptitious recording as lawful and like admissible evidence in the Costa Rican criminal process.

### Key words

The voice, secrecy of communications, privacy, imitation, surreptitious tape recording.

## SUMARIO

- A. Planteamiento**
- B. Nociones generales de la voz**
- C. La voz como elemento identificador**
  - c.1. Factores que afectan la identificación por medio de la voz
    - c.1.1. Circunstancias que dependen del habla y del sujeto emisor
    - c.1.2. Circunstancias ajenas a la naturaleza del habla y del sujeto emisor
- D. Calificación jurídica de la voz**
- E. Legalidad de la imitación de voz (ces)**
- F. Las grabaciones en el proceso penal costarricense**
- G. La grabación de voz y su intrusión en derechos fundamentales**
- H. Legitimidad de las grabaciones subrepticias**
  - h.1. Grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado
  - h.2. Grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular
    - h.2.1. Grabación subrepticia realizada por un particular que participa de la conversación
    - h.2.2. Grabación subrepticia realizada por un particular ajeno a la conversación
- I. Reflexión final**
- J. Bibliografía**

## DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

*Licda. Tatiana Sánchez Sánchez*  
*Licda. Suyen Vega Mena*

### A. Planteamiento

En los diferentes ámbitos de la vida del ser humano, la influencia de los avances tecnológicos se hace presente. En consonancia con ello, el ser social hace que sea una necesidad constante hallar mejores maneras de comunicación, siendo la tecnología el principal aliado. Verbigracia, hace tan solo diez años atrás el fenómeno del teléfono móvil parecía ser más una ficción que una realidad próxima. Actualmente comunicarse por medio de un teléfono móvil, de una computadora o de una tableta electrónica, es parte de la cotidianidad. Aunado a esto, la incursión de diversas aplicaciones telefónicas hace que la dinámica entre interlocutores sea una cuestión cada vez más ágil, efectiva y, en algunos casos, hasta indispensable.

No obstante, el uso de instrumentos tecnológicos que facilitan la comunicación, también puede implicar una indebida

intromisión en la esfera privada de las personas. La verdadera cuestión es que los diferentes medios de comunicación tienen varias caras, si bien pueden ser utilizados para mejorar la dinámica de relación entre los seres humanos, también pueden ser utilizados en detrimento de derechos fundamentales e incluso son aprovechados por la criminalidad como puente para delinquir. Por lo tanto, este artículo reconoce la voz como derecho y analiza la legalidad de la grabación auditiva en el sistema penal costarricense.

### B. Nociones generales de la voz

Para lograr actividades cotidianas como una conversación, el ser humano debe utilizar un buen número de habilidades cognitivas y fisiológicas. El lenguaje y el habla<sup>1</sup> constituyen los mecanismos por los cuales se logra establecer vínculos comunicativos. Más puntualmente, la voz forma parte de un

<sup>1</sup> Para Saussure el lenguaje comprende dos aspectos: la lengua y el habla. *La lengua es un producto social de la facultad del lenguaje y un conjunto de convenciones adoptadas por una comunidad para hacer posible la comunicación, es decir, un código en el que se produce una correspondencia entre imágenes acústicas y conceptos. El habla es la utilización de esa lengua por parte de los individuos, esto es, la realización concreta de la lengua en un lugar y en un momento determinados, por cada uno de los miembros de la colectividad lingüística.* DELGADO ROMERO Carlos, *La identificación de locutores en el ámbito Forense*, Memoria presentada para optar por el título de Doctorado, España, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 2001, p.114.

conglomerado más amplio denominado sonido<sup>2</sup> y la ciencia encargada del estudio del sonido es la acústica.<sup>3</sup> Para que esta particular y útil herramienta del ser humano pueda cumplir con su función comunicativa debe ser asociada con el lenguaje.

Ahora bien, para que la voz logre ese vínculo comunicativo necesita ser primeramente producida y articulada. En otras palabras para que la voz sea entendida como habla requiere de la funcionalidad de estructuras orgánicas, que en su conjunto forman el denominado aparato fonador. Valga decir que, como todo lo que sucede en el organismo fisiológico, la emisión del habla o de la voz es un proceso bastante complejo, CELIS HERRERA concuerda en dividir el aparato fonador en tres grandes partes: las cavidades infraglólicas, cavidad glótica y las cavidades supraglólicas. La primera parte compuesta por: el *diafragma*, *pulmones*, *tráquea*, *bronquios*. La segunda por: la *laringe*. La tercera parte comprende la *faríngea*, *nasal*, *labial* y *bucal*.<sup>4</sup>

La cavidad infraglólica es la encargada de inspirar y expirar el aire requerido para la producción de la voz, en la segunda cavidad, como se dijo, se encuentra la laringe la cual contiene dos tendones *responsables de la producción y clasificación del material fónico*: las cuerdas vocales. Si las cuerdas se aproximan y comienzan a vibrar se origina el sonido articulado sonoro; si por el contrario solamente se acercan pero no vibran, originarán el sonido articulado sordo.<sup>5</sup> La tercera cavidad está constituida por elementos móviles que hacen posible la producción de sonidos orales articulados, a excepción de la cavidad nasal que juega un papel pasivo en la producción del habla. Sin embargo, las fosas nasales junto con la faringe y la cavidad bucal, constituyen la caja de resonancia. Según la forma y posición de la lengua el timbre del sonido será diferente y junto con los dientes, la úvula y los labios se encarga de hacer posible el entendimiento de esos sonidos orales, es decir, de la articulación.<sup>6</sup>

- 2 De forma completa, DELGADO indica que: "Existen multitud de posibles definiciones del sonido. En general, se puede decir que hablar de sonido es hablar de las vibraciones o movimientos recurrentes de un cuerpo - moléculas de aire por ejemplo - dentro de un medio de transmisión elástico. De esta definición, se deduce claramente que el sonido es un fenómeno mecánico, y como tal, requiere de masa y elasticidad para producirse. [...] También puede ocurrir que una emisión sonora no sea percibida, aun ante la existencia de un medio elástico de transmisión. Todos conocemos los silbatos que emiten sonidos para dar órdenes a ciertos animales, que sin embargo no son perceptibles para el oído humano. En estos casos, donde sí se produce la transmisión de las vibraciones aunque éstas no llegan a ser percibidas como una sensación por nuestro cerebro, estaríamos ante los denominados ultrasonidos o infrasonidos; es decir, aquellas recurrencias de presión o frecuencias sonoras que están por encima o debajo del umbral de audición del oído humano." Ibidem, pp.9-10.
- 3 DELGADO ROMERO identifica la **acústica** como la ciencia del sonido, incluyendo su producción, propagación, recepción, percepción y sus posibles efectos sobre la materia. La acústica forma parte de la física clásica, concretamente de la mecánica, y dentro de ésta, de la dinámica. Ibidem, p.9.
- 4 CELIS HERRERA Pablo Alejandro, *Descripción de los métodos utilizados en reconocimiento forense de locutores y su implementación en Chile*, Tesis para optar por título de Ingeniero Civil Acústico, Chile, Facultad de Ciencias de la Ingeniería, Universidad Austral de Chile, 2009. pp.19-20.
- 5 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.30.
- 6 CELIS HERRERA. Op. Cit., pp. 20-21.

### C. La voz como elemento identificador

Actualmente se reconoce la voz como parte de la identidad y un importante rasgo biométrico que como tal colabora como medio de identificación. El uso de la voz como elemento identificador data desde hace varios siglos, pero su estudio, su técnica y sus métodos de evaluación están todavía en proceso de investigación y por ende, en constante evolución. No por ello, se ha dejado pausada la aplicación de la voz como elemento identificador, todo lo contrario, los laboratorios forenses más avanzados del mundo, desde hace tiempo, adoptaron técnicas y equipos de punta para utilizar la voz y sonido como medio de identificación.

Varios científicos han indagado en los posibles componentes individualizantes de la voz, como se verá, las conclusiones a las que ha llegado la comunidad científica referenciada apunta a que la voz concentra características diferenciadoras, pero también hacen saber que en dichas características deben considerarse ciertos matices. Por ahora, téngase presente que las particularidades que suministra la voz para su identificación forense, al parecer, no

llegan a ser tan certeras como las ofrecidas por el perfil genético o por la huella dactilar, como advertencia de la existencia de escollos en las características individualizantes de la voz, se introduce la siguiente cita:

*"Naturalmente hemos visto que hay muchas maneras de pronunciar y que nunca se producen dos sonidos exactamente iguales. Teóricamente existen tantas maneras de hablar como personas se expresan en una lengua e incluso el número de alófonos que puede emitir una misma persona es infinito. Precisamente, la imposibilidad de que un emisor produzca dos actos de habla idénticos es uno de los factores que confiere una especial dificultad a las tareas de identificación del locutor."*

Ahora bien, los componentes de la voz que logran establecer parámetros de identificación tienen que ver con cuestiones tanto de comportamiento como fisiológicas. Es por esta razón que algunos autores han descrito la voz como un caso particular de rasgo biométrico.<sup>8</sup> Los componentes relativos al comportamiento son los *hábitos lingüísticos*, *la entonación de las frases*, *dialecto*, *educación*.<sup>9</sup> Los componentes fisiológicos por su parte, configuran un largo listado.<sup>10</sup>

- 7 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.123.
- 8 ARÉVALO GONZÁLEZ Eugenio, *Reconocimiento Automático de Locutor en Entornos Forenses basado en Técnicas de Factor Analysis aplicadas a Nivel Acústico*, Tesis para optar por título en Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2011. p. 8.
- 9 En este sentido, HARRIERO CASTRO Alberto, *Fiabilidad en sistemas forenses de reconocimiento automático de locutor explotando la calidad de la señal de voz*, Tesis para optar por título de Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010. p.11 y ARÉVALO GONZÁLEZ. Op. Cit., p.28.
- 10 "[...] podemos concluir que los parámetros influyentes en la identidad del locutor son: Fuente vocal: El tono medio. / El patrón tiempo-frecuencia del tono (curva de tono). / La fluctuación de la frecuencia fundamental. / La fluctuación de la energía de la fuente glotal. / La forma de onda glotal. / Tracto vocal: La longitud del tracto vocal. / La forma de la envolvente espectral y la inclinación espectral. / Las diferencias relativas en la amplitud de los formantes. / Los valores absolutos de las frecuencias de los formantes. / Distancia entre formantes. / El patrón tiempo-frecuencia de las frecuencias de los formantes (trayectorias de los formantes). / El ancho de banda de los formantes. / El espectro medio (LTAS, Long Time Average Spectrum)." GUTIÉRREZ ARRIOLA Juana María, *Síntesis Multilocutor aplicando técnicas de conversión de hablante*, Tesis para obtener título de Doctorado en Ingeniería Electrónica, España, Escuela Técnica Superior de Ingenieros en Telecomunicación, Universidad Politécnica de Madrid, 2008. pp. 6-7.

A *grosso modo*, puede indicarse que cada componente del aparato fonador constituye un verdadero elemento individualizante. La naturaleza de cada acto de habla tendrá una dependencia crítica de la configuración fisiológica que posean las cavidades resonantes del tracto vocal de cada individuo, tanto desde un punto de vista anatómico como articulatorio.<sup>11</sup>

Según la anatomía de las cavidades que forman el aparato fonador y, dependiendo de cómo se encuentran articulados esos órganos, así se tendrán diferentes particularidades de la voz. La frecuencia en el fundamental, la producción de sonidos sordos y sonoros, el timbre y tono de la voz dependen de lo anteriormente dicho y son, a la vez, los datos que permiten identificar la voz de un individuo. La frecuencia fundamental, por ejemplo, viene determinada por la frecuencia de la vibración de las cuerdas vocales, y es la responsable del tono del habla en cada individuo.<sup>12</sup> La frecuencia fundamental se representa con el signo F0, el cual refiere el número de vibraciones por segundo de las cuerdas vocales. Dicha frecuencia, se relaciona con el tono de voz, así, *si el tono es grave la frecuencia es baja y cuando es agudo la frecuencia es alta.*<sup>13</sup>

Las cuerdas vocales, son una estructura básica en la formación de los diferentes elementos individualizantes, entre ellos los sonidos sonoros y sordos. Por su parte, los **sonidos sonoros** presentan un carácter pseudoperiódico y son producidos

por la vibración de las curvas vocales en tensión,<sup>14</sup> mientras que los sonidos sordos son de apariencia ruidosa y se producen por el paso libre del flujo de aire a través de las cuerdas vocales en estado de relajación. Se forman –los sonidos sordos– con la generación de diferentes sonidos en función de la articulación empleada, como por ejemplo los sonidos fricativos (/f/, /s/, /z/).<sup>15</sup>

Entonces, el contraste entre fonemas sordos y sonoros también constituye un elemento de identificación de la voz distinguible en equipos especializados de análisis de voz, conocidos popularmente como análisis de espectrogramas. Como se viene diciendo, cada estructura del aparato fonador proporciona una distinción en la voz, así *el resonador en función de sus características físicas –dimensión, forma, elasticidad, composición– poseerá una frecuencia natural de resonancia y será el máximo responsable en la formación del timbre característico de cada sonido. Sonidos de la misma intensidad y tono serán percibidos con timbres distintos en función de la caja de resonancia que los haya albergado.*<sup>16</sup> De manera que el timbre también juega un papel importante en la individualización de la voz en este tipo de estudios.

### c.1. Factores que afectan la identificación por medio de la voz

Ahora es momento de centrar la atención en los principales factores que afectan

11 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.42

12 HARRIERO CASTRO. Op. Cit., p.14.

13 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.21.

14 PÉREZ GÓMEZ Sergio, *Análisis y compensación de variabilidad de la señal de voz en sistemas automáticos de verificación de locutor utilizando información de duración y calidad*, Tesis para optar por título de Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010.p.16.

15 Ibídem, p.17.

16 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.47

los componentes individualizantes atrás mencionados (frecuencia fundamental, la producción de sonidos sordos y sonoros, el timbre y tono). Para esto, se ha preferido traer a colación la clasificación que hace CELIS HERRERA, quien ordena esos factores en dos circunstancias, a saber, las que dependen de la naturaleza del habla y del sujeto emisor, y las que no dependen ni del habla y ni del sujeto emisor.

#### c.1.1. Circunstancias que dependen del habla y del sujeto emisor

Una persona puede alcanzar, con el pasar de los años, diferentes tonalidades en su voz, por lo que los expertos indican que la contemporaneidad constituye un factor importante que afecta la identificación de la voz. Efectivamente, la voz varía dependiendo de la edad de la persona, específicamente el cambio sucede en la frecuencia fundamental. Para el autor de comentario, *es apreciable al oído de cualquier persona el cambio que ocurre en la voz de un sujeto a medida que transcurre el tiempo, la voz de una persona que tiene 10 años, es muy diferente cuando la misma tiene 16 años y más aún cuando tiene 30 años, o sea, esta variabilidad será mayor, mientras mayor sea el tamaño del intervalo temporal.*<sup>17</sup>

Cuando se pretenda la identificación por medio de la voz, además de la contemporaneidad, otro factor que deberá considerarse son las posibles alteraciones en los procesos y órganos de fonación.

17 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.30.

18 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.61.

19 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.31.

20 Realizar sonidos con caracterizaciones de animales o instrumentos.

21 Hablar mientras se eleva objetos pesados.

22 La forma de la onda glotal puede referir el *tono, duración, pausas del habla*. GUTIÉRREZ ARRIOLA. Op. Cit., p.8

23 GIL Juana, *Voz e identidad*, Comunicación presentada en XXXI Congreso Internacional de AESLA. Tenerife, 2001. p. 14.

DELGADO opina que este factor es bastante atípico o excepcional y que por ser este carácter extraordinario confiere a estas emisiones de voz afectadas, un elevado grado de especificidad o individualización y, un altísimo interés desde el punto de vista identificativo.<sup>18</sup> Es decir, lejos de truncar una plausible identificación, este factor más bien propiciaría un alto grado de probabilidad de individualización de la voz. También se agrupan en esta sub-clasificación, los cambios en la voz producidos por problemas en la *dentadura, tumores, catarras, procesos inflamatorios, temblor temporal, cambios emocionales, entre otros.*<sup>19</sup> Este último tipo de alteraciones son las que podrían flaquear una certera identificación, porque en cuestión de semanas, la mayoría, desaparecen.

Las vocalizaciones o habla forzada<sup>20</sup> y las alteraciones producidas por el esfuerzo físico<sup>21</sup> también configuran elementos que afectan la individualización por medio de la voz. Otro factor que afecta este tipo de identificación son los agentes químicos como medicamentos, cigarrillos, alcohol, drogas, etc. El uso de alcohol, por ejemplo, hace que *la duración glotal<sup>22</sup> sea mayor, las pausas sean más largas y haya más interrupciones.*<sup>23</sup>

#### c.1.2. Circunstancias ajenas a la naturaleza del habla y del sujeto emisor

Este tipo de circunstancias se refieren a las variaciones producidas por interferencias, o problemas con los soportes magnéticos o los

canales de transmisión, es decir, la certeza en la individualización por medio de la voz puede verse afectada por obstrucciones en el mecanismo de comunicación de los interlocutores el cual bien puede ser por un medio telefónico o microfónico.

Pese a que los componentes de individualización son variados por las circunstancias antes descritas y, por ende, no se puede fijar con absoluta certeza la identidad de un individuo por medio de su voz, esta sigue siendo una característica propia de la identidad y un verdadero rasgo biométrico que mediante instrumentos técnicos puede establecer, en términos de probabilidad, la identidad de un individuo. Varios son los autores que afirman la voz como elemento identificador, entre ellos JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS que defienden la voz como *manifestación directa e i* encuadrarla dentro de los derechos de la personalidad.<sup>24</sup>

### Calificación jurídica de la voz

La voz es parte constitutiva de la identidad, por lo que varios autores, han optado por encuadrarla dentro de los derechos de la personalidad<sup>25</sup>. Así, dentro de este encuadre, la voz constituye un verdadero derecho autónomo. Actualmente se habla con gran solidez de la existencia del derecho a la imagen, del derecho al honor, y otros derechos conexos, esto porque desde hace

ya algún tiempo la sociedad y la ciencia jurídica entendió la necesidad de brindar protección a esos componentes en tanto forman parte inherente del ser humano y, que la intromisión irracional y desproporcional – especialmente por parte del Estado- ponía en riesgo su preservación. En el caso de la voz, aunque los estudios sobre su capacidad como medio de identificación daten desde varias décadas atrás, es hasta ahora con la incursión de nuevos y mejorados aparatos para su captación y eventual manipulación que se cae en cuenta que la voz también forma parte de la identidad del individuo y merece igual protección que aquellos afianzados derechos.

Valga este artículo para abogar por el reconocimiento de la voz como derecho autónomo, ya que, dicho reconocimiento permite amparar de manera integral las variadas injerencias que podría tener en la vida privada de las personas el uso de la voz ajena.<sup>26</sup>Un sistema judicial trunca todo intento de garantizar la esfera privada –mínima- de las personas si no incluye en su ordenamiento jurídico los suficientes mecanismos de protección de la voz y/o las comunicaciones. Reconocer el derecho a la propia voz como un derecho independiente permite *conceder a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan.*<sup>27</sup>

24 JUANATEY DORADO Carmen, DOVAL PAIS Antonio, «Límites de la protección penal de la intimidad», *La protección jurídica de la intimidad*, Lustel, 2010. pp.127-128.

25 “No hay razón para negar a la voz, como proyección de la personalidad, la misma tutela que se otorga a la imagen”. PÉREZ VARGAS Víctor, *Derecho Privado*, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 4ª ed., 2013. p.188.

26 Hay quienes cuestionan la tesis de que la voz constituye un derecho autónomo, principalmente, por considerarlo un medio ajeno a la identidad, así estos opositores colocan a la voz como un componente dependiente de la imagen y de la intimidad, cuestión que no se comparte, porque en primera instancia, como se vio, la voz ofrece suficientes elementos para considerarla parte del individuo, mejor dicho, es un rasgo biométrico que como tal permite la identidad y, en segundo término, supeditar el derecho a la voz como derecho dependiente hace que la tutela de la voz esté condicionada a la protección que un ordenamiento brinde a la imagen y la intimidad.

27 ROSELLÓ MANZANO Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011, p.66

Cabe anotar que, no debe disimularse la desprotección del derecho a la voz con la protección de otros derechos paralelos como el de propiedad intelectual o derecho de autor. En este sentido, una ley de protección a la propiedad intelectual y derecho de autor resulta insuficiente para la defensaintegral del derecho a la voz. Ciertamente, la voz es la herramienta que permite, por lo general, enlazar una obra oral a un determinado sujeto, sin embargo, lo que garantiza el derecho de propiedad intelectual no es la voz propiamente sino el contenido intelectual o artístico de la obra. En otras palabras, es plausible que la lesión al derecho de autor de una obra oral también lesione el derecho a la voz, sin embargo, la protección que brinda dicha ley no contempla el resguardo al derecho a la voz como derecho autónomo.<sup>28</sup>

El abogar por el reconocimiento de la voz como derecho autónomo implica deslindarlo

de otros derechos conexos como el derecho a la imagen y el derecho a la intimidad y, aunque la afectación del derecho a la imagen o el derecho a la voz puede finiquitar en una lesión directa a la intimidad, debe contemplarse que ninguno de estos derechos, *per se*, protege al otro.<sup>29</sup>La posible relación entre estos derechos responde a que la voz y la imagen se aprecian como elementos materiales de la intimidad, de este modo, al mismo tiempo que el artículo 24 de la C.Pol.<sup>30</sup> resguarda el derecho a la intimidad también cobija tanto el derecho de la imagen, como el derecho a la voz.

Más específicamente, en el caso de la imagen, se puede rescatar la existencia de algunas leyes como L.P.P.F.T.D.P,<sup>31</sup> la L.R.A.J<sup>32</sup> y la L.S.N.A<sup>33</sup> que limitan el uso de la fotografía en los registros y archivos judiciales, además de los artículos 47 y 48<sup>34</sup> del C.C<sup>35</sup> que buscan el amparo de la imagen

28 Para resaltar el paralelismo que puede haber entre estos derechos, considérese las palabras de ROSELLÓ MANZANO: “[...] la grabación no autorizada de la conferencia de un profesor universitario, su transcripción literal y su posterior publicación y venta de ejemplares al público, en los que aparece como autor quien ha hecho todo esto, puede ser un supuesto perfectamente real en el que tanto la violación del derecho de la personalidad a la propia voz con su grabación, como de los derechos morales y patrimoniales del autor con la publicación y la venta, están presentes”.Ibidem.

29 Al respecto, ROSELLÓ MANZANO expresa que: “Al igual que en su día sucedió con la imagen, debe aceptarse que la grabación y emisión de la voz de una persona sin previa autorización, casi siempre es también una violación al derecho a la intimidad, pero perfectamente lo grabado o emitido puede no versar sobre los aspectos íntimos de la vida de quien habla, o de su familia, y no por ello deja de ser lesivo. Igual que sucede con la imagen la voz tiene también una vertiente patrimonial, y una amplia utilización en publicidad, no siempre acompañada de la imagen: en algunos casos, como los anuncios radiales, la voz y otros sonidos son los únicos componentes del anuncio.” ROSELLÓ MANZANO. Op. Cit., pp. 64-65.

30 Constitución Política de Costa Rica.

31 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

32 Ley de Registro y Archivos Judiciales.

33 Ley del Sistema Nacional de Archivos Judiciales.

34 Artículo 47 del CC. *La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.*

Artículo 48 del CC. *Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como medida cautelar sin recursos, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes.*

35 Código Civil de Costa Rica.

como derecho fundamental. La existencia de esta normativa hace notar el patrocinio de la imagen como derecho autónomo, sin embargo, valga denunciar que, en el caso costarricense, el amparo de la imagen todavía no es íntegro, verbigracia de lo anterior resulta ser el uso de las cámaras de video-vigilancia, ya que, la única normativa que dedica su objeto a regular la instalación y operación del sistema de video-vigilancia<sup>36</sup> es el Decreto N°. 34104-G-MSP,<sup>37</sup> es decir, es por vía de reglamento y no por ley que se está regulando la intromisión a un derecho fundamental, lo que a todas luces, atenta el principio de reserva de ley.

Por otro lado, en el cuidado y reconocimiento de la voz como derecho también podría afirmarse cierta parquedad, pero, a diferencia de la imagen, aquí la intervención está regulada por ley.<sup>38</sup> Al parecer, la escasez normativa del derecho a la voz se encuentra más acentuada en otros ámbitos del Derecho, pues, la Ley N°7425<sup>39</sup> no aplica para casos que no sean penales, de manera que la afectación a

este derecho es bastante perceptible en la regulación civil, familiar, laboral entre otras materias. Solo por mencionar un ejemplo, los artículos 412 y 368<sup>40</sup> del C.P.C<sup>41</sup> posibilita a las partes aportar comunicaciones telefónicas siempre y cuando se observen las leyes y reglamentos respectivos, pero, no habiendo ni ley ni reglamento en ese sentido, la participación de grabaciones en este ámbito judicial, resulta irregular.

Frente a todo esto, vale salvar la existencia del artículo 198<sup>42</sup> del C.P<sup>43</sup> que sanciona con pena privativa de libertad a quien grabe la voz de otro sin previamente contar con su consentimiento –con excepción de los casos que la Ley N°7425 autoriza realizar sin necesidad de contar con la aprobación de quien será, secretamente, grabado-. Así, aunque todavía no pueda afirmarse que el ordenamiento patrio reconoce la autonomía del derecho a la voz, el sistema penal costarricense, mediante otras vías, hace posible la protección de este derecho.

36 Artículo 1 del decreto 34104-G-MSP. *Acerca del objeto /"Este Reglamento tiene por objeto regular la instalación y operación de un sistema de vigilancia de las calles, avenidas, carreteras y caminos, en todo el territorio nacional, mediante una serie de dispositivos e instrumentos tecnológicos, especialmente confeccionados para este propósito; y el uso de las grabaciones o videos que se hagan mediante tales dispositivos. El sistema de vigilancia a que se refiere el presente Reglamento viene a incrementar las medidas de seguridad ciudadana tendientes a la protección de la integridad física y el patrimonio de los habitantes del país".*

37 Decreto Ejecutivo N° 34104-G-MSP del 17 de octubre del 2007. Publicado en La Gaceta N°. 228 27-11-2007.

38 Ley 7425. *Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.*

39 Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

40 Artículo 412 del CPC. *Reproducciones. /De oficio o a petición de parte, el juez podrá ordenar la práctica de calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares. /También, podrá ordenarse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicas, bacteriológicos y otros, y, en general, cualquier prueba científica. /Podrán aportarse también comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas, siempre que se hayan observado las leyes y los reglamentos respectivos.*

41 Código Procesal Civil de Costa Rica.

42 Artículo 198 del C.P. *Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien grabe sin su consentimiento, las palabras de otro u otros, no destinadas al público o que, mediante procedimientos técnicos, escuche manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, excepto lo previsto en la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. La misma pena se impondrá a quien instale aparatos, instrumentos, o sus partes, con el fin de interceptar o impedir las comunicaciones orales o escritas, logren o no su propósito. / (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994).*

43 Código Penal de Costa Rica.

Vale rescatar que el afectado podría presentar un recurso de amparo, o un proceso indemnizatorio en la vía civil si la lesión al mencionado derecho a la voz acarrea una violación a su derecho de la intimidad, que incluso llegue a alcanzar los derechos patrimoniales del agraviado. Por otro lado, si tratándose de un proceso penal se pretendiere aportar como prueba la captación de una voz que no hubiese cumplido con los requisitos legales, esa grabación tendrá que ser inadmisibles, esa es la sanción coherente con el reconocimiento de la voz como derecho autónomo.

### E. Legalidad de la imitación de voz (ces)

Hay quienes tienen la habilidad de imitar con facilidad la voz de otra persona. Así la imitación puede servir como medio para divertir y hacer que la información llegue a su punto desde otra perspectiva, quizás, si se puede decir, más jocosa<sup>44</sup> o, lamentablemente, puede ser utilizada por algunos para realizar actividades tendientes a la criminalidad o en fin, que atentan contra los derechos fundamentales de otros. Siendo el derecho a la voz el tema que nos ocupa, sirvan algunas líneas de este artículo para excluir la imitación como causa que lesiona aquel mencionado derecho.

Si la imitación tiene una finalidad no conforme con la buena fe puede llegar a atentar contra otros derechos cuando induce a error. Un imitador –que podría denominarse profesional- no actúa conforme

a las buenas prácticas de una sociedad, si utiliza su arte para cometer un delito por ejemplo: amenaza haciendo que su voz parezca la de otra persona que la víctima puede identificar porque lo conoce, cuando *difunde la interpretación imitadora como si fuera de la persona a la que imita*,<sup>45</sup> o bien, cuando de su imitación se cause un perjuicio grosero a los derechos más elementales de la persona imitada. Ahora bien, a pesar de que dichos actos sean reprochables por transgredir bienes jurídicos y, claro, puedan ser sancionados por las vías procedentes, estos no perjudican el derecho de la voz.

El *imitado* no podría reclamar una vulneración al derecho de la voz, pues, no es su voz la que el imitador proyecta. De manera que, es criterio de estas autoras que, la imitación no lesiona el derecho a la voz, lo cual, deja a salvo no solo a aquellos imitadores de obras musicales, sino también a los imitadores “cómicos” de personas notorias, entre ellas: celebridades, futbolistas, presentadores, etc. o de personas que por la función pública que desempeñan son susceptibles a la crítica y al choteo, comprendiendo aquí a los miembros de los poderes del Estado. Y es que, además de que la voz del imitado no es la proyectada, quien escucha un programa radial o televisivo donde es conocido que los conductores ejercen el oficio de la imitación sabe que esa voz es un remedo, así que tampoco se estaría ante un engaño, de todas maneras, los imitadores/protagonistas de esos programas antes o después de realizar un “*show*” se presentan –haciendo saber su identidad- es decir, no inducen a error al oyente.

44 En este sentido, se resalta que la imitación como forma de choteo es ya parte de la idiosincrasia costarricense.

45 ROSELLÓ MANZANO. Op. Cit., p. 66.

Así las cosas, puede afirmarse que el *arte* de imitar no encuentra como óbice legal al menos en cuanto a este “nuevo” derecho. Lo anterior sin perjuicio de que, si la persona imitada entendiese que la forma y/o contenido de la imitación puede dañar su derecho al honor, derecho a la imagen o incluso su derecho a la intimidad, pueda, mediante los medios procesales oportunos, hacer valer dichos derechos, pero, por ahora se rescata que a juicio de estas autoras, el derecho a la voz queda a salvo.

### **F. Las grabaciones en el proceso penal costarricense**

En la actividad cotidiana del sistema de justicia penal costarricense, se utiliza el término cinta magnetofónica para referir a un *tipo de medio o soporte de almacenamiento de datos que se graba en pistas sobre una banda plástica con un material magnetizado, generalmente óxido de hierro o algún cromato. El tipo de información que se puede almacenar en las cintas magnéticas es variado, como vídeo, audio y datos.*<sup>46</sup> Debe aclararse que, debido al continuo avance en los soportes de almacenamiento, la cinta magnetofónica es un soporte desactualizado, actualmente se utilizan grabaciones digitales, CD´s o DVD´s. La conversación entre particulares, una conferencia, un discurso y todas las formas de comunicación oral, configuran la materia prima de una grabación.

La grabación de voz y/o sonido puede devenir de una intromisión efectuada tanto por

particulares como por el Estado, ya sea, de manera legal o ilegal. Siempre que se cumplan los requisitos, la intervención telefónica es un medio lícito de intromisión a las comunicaciones, por ende, la grabación y posterior reproducción también resulta conforme a derecho. Para el sistema penal costarricense la cinta magnetofónica –término que utiliza la ley- es un documento privado, así lo expresa el artículo 1º de la Ley N°7425. Resulta interesante que, aunque la grabación sea el resultado material de una intervención telefónica -y recuérdese que una intervención telefónica solo puede fructificar bajo la investigación de ciertos delitos-, al estar prevista como documento privado en el artículo 1º de la ley comentada, puede ser interceptada en la investigación de cualquier delito.

Es el razonar de estas autoras que, si en la investigación de un delito diferente a los previstos por el artículo 9 de la Ley N°7425 se efectúa como parte de la investigación un allanamiento, por ejemplo, y tras el registro del lugar se encuentran grabaciones o/y cintas magnetofónicas que se sospechan contienen información relevante para el caso, el juez podría autorizar su registro, secuestro y examen, es decir, podrá interceptar el contenido de esas cintas, en virtud de que se trata de un documento privado.<sup>47</sup> Esta posibilidad resulta paradójica, ya que ¿Dónde queda el sentido de la norma 9 de la citada ley comentada, cuando en la investigación de cualquier delito puede escucharse las conversaciones capturadas en una cinta magnetofónica?

46 ECURED, [http://www.ecured.cu/index.php/Cinta\\_magn%C3%A9tica](http://www.ecured.cu/index.php/Cinta_magn%C3%A9tica) consultado el 3 abril del 2014.

47 Esto no solo podría suceder en la práctica de un allanamiento, sino también en la práctica de otras diligencias como la requisa o la inspección y aunado a ello si se determinase que tarde o temprano las grabaciones serían obtenidas como un descubrimiento inevitable dichas grabaciones resultarían lícitas y utilizables por aplicación precisamente de la teoría del descubrimiento inevitable como excepción a la teoría del fruto del árbol envenado.

Bajo los términos restrictivos de afectación de derechos fundamentales, cabe preguntarse, ¿Existe diferente grado de intromisión en los derechos fundamentales si se escucha una conversación en el mismo momento en que la misma ocurre que si se escucha días, meses o años después? Al parecerde las autoras de este ensayo, la única diferencia es el momento en que se afecta el derecho, pero la afectación, en uno u otro caso, sigue siendo la misma. Un aspecto como este, tuvo que haber sido considerado en la creación de la Ley N°7425 y, de ser oportuna, haberse hecho la salvedad en alguno de esos artículos. No obstante, alienta que sea un juez de garantías el encargado de efectuar tanto la interceptación como la intervención, esto hace aplacar la inconsistencia entre el artículo 1 y 9 de la ley de rito respecto a las cintas magnetofónicas

### **G. La grabación de voz y su intrusión en derechos fundamentales**

Una grabación puede acarrear la lesión a varios derechos fundamentales, a saber: el derecho a la voz, del cual ya se habló, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Valga apreciar que, frente a una infracción del derecho a la voz y, dependiendo del *modus operandi* en el que dicha lesión se haya suscitado, puede asimismo violentar tanto el secreto de las comunicaciones como la intimidad, o bien, también el detrimento del

derecho al secreto de las comunicaciones puede incurrir en una lesión al derecho a la intimidad. Esta relación debe considerarse, pero, aunque la Constitución costarricense haya encuadrado en un mismo artículo el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto a las comunicaciones, deben ser entendidos como derechos independientes.<sup>48</sup>

Al respecto, puede afirmarse que la distinción entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones fue acentuada por el legislador al establecer diferentes mecanismos para la intervención lícita de uno u otro derecho, pero, en realidad la diferencia sigue siendo bastante tenue debido a su fuerte relación. Hablando aquí de la diferencia, puede pensarse primeramente que para la intervención de comunicaciones –una modalidad de intromisión al secreto de las comunicaciones- el legislador ha creado una ley especial y, aunque debe anotarse que mediante la creación de otras leyes como la L.P.P.F.T.D.P por mencionar alguna, también se resguarda la esfera íntima de las personas, a diferencia de lo que acontece con el derecho al secreto de las comunicaciones, la lesión de todos los aspectos catalogados como íntimos no siempre requieren de autorización jurisdiccional o ser interferidos únicamente por el juez.

Piénsese en algunos medios probatorios donde a la policía administrativa le es permitido legalmente irrumpir en la esfera íntima de la persona. El registro vehicular, la requisa son ejemplos de esto. Puede

48 Hablando del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS resaltan una sentencia española que destaca que estos derechos son diferentes. Estos autores expresan: “*el Tribunal Constitucional establece una clara distinción entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad (entendido este último en sentido restrictivo: no todo lo que se dice o hace en un ámbito privado afecta a la esfera de la intimidad –por ejemplo, una carta privada o una conversación puede no contener referencia a circunstancias íntimas-).*” JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS. Op.Cit., p.133.

añadirse también el uso de la fotografía en la reseña judicial, ya que, para su obtención y posterior inclusión en la base de datos mantenida por el Archivo Criminal no se requiere ni de previa autorización judicial, ni que sea realizada personalmente por el juez. Y es que, a pesar de que estos medios pueden ocasionar injerencias en el derecho a la intimidad, la creación de otras leyes y los requisitos mínimos previstos permiten dar la protección necesaria a este derecho. Puede afirmarse que, más bien, la ausencia del encargo jurisdiccional para estos medios probatorios propicia un proceso penal más expedito.

En síntesis, aunque encuentren puntos de fusión, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones son derechos independientes. Pero para determinar en cuáles circunstancias una grabación podría violentar alguno de estos derechos es necesario conocer qué comprende cada uno de ellos. La intimidad, según la jurisprudencia constitucional *está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma*

*persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito.*<sup>49</sup>

Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, la Sala Tercera expresa que *se refiere a la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República, con lo cual, es evidente, que dicho derecho se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada con independencia de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación.*<sup>50</sup> El Tribunal Constitucional Español, exterioriza que este derecho *no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsables.*<sup>51</sup>

De lo dicho hasta ahora, puede concluirse que hay aspectos de la vida personal y social de una persona que tienen carácter privado más no íntimo. En este sentido, podría asegurarse que, existen comunicaciones, incluyendo las orales, que no contienen

49 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N° 6552-2003, a las quince horas dieciséis minutos del ocho de julio del dos mil tres, citado por TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce. El derecho a la intimidad comprende, también, el almacenamiento y tratamiento de la información constante en archivos y bases de datos. “[...] la autodeterminación informativa es una ampliación del derecho a la intimidad y [...] su protección surge a partir del desarrollo de mecanismos informáticos y tecnológicos globales que manejan bases de datos que contienen información de las personas.” SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°10790-2011, a las trece horas y veinticuatro minutos del doce de agosto del dos mil once. Importante tenerlo en consideración, ya que, en el apartado D de esta sección se retomará el derecho a la autodeterminación informativa.

50 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°16586-2007, a las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

51 JUANATEY DORADO. Op. Cit., p133.

datos íntimos de quienes participan en ellas ni de terceros ajenos a la conversación, sin embargo, esto no hace perder su carácter privado y por ende su protección. El resguardo de una comunicación vendría dado, no por contener cuestiones íntimas, sino por guardar el secreto de lo privado.<sup>52</sup> Es por lo anterior que en algunos casos, como más adelante se verá, las grabaciones subrepticias son legales, eso sí, cuando cumplan con los requerimientos, pues, la grabación de una comunicación oral –la que interesa para este artículo- siempre debe entenderse como una intromisión al derecho al secreto de las comunicaciones y a este nuevo derecho de la voz, aunque, su contenido no tenga carácter íntimo.

No habría ninguna injerencia ilegítima en estos derechos si, quien escucha y realiza una grabación de una comunicación –ya sea que participe o no en ella- cuenta con el consentimiento de los interlocutores. Debe quedar claro que, siendo los derechos estudiados (la voz, el secreto de las comunicaciones y la intimidad)

personalísimos, quien debe dar el consentimiento es la persona física afectada por la injerencia, nunca una persona jurídica.<sup>53</sup> El consentimiento que brinda una persona para que su comunicación sea intervenida, registrada y luego difundida se le conoce como derechohabiente. Este consentimiento está establecido en el artículo 29 de la Ley N°7425, conforme se avanza en la lectura se conocerá más sobre este artículo.

Como dato de interés y a fin de hacer notar la necesidad de regular las intromisiones a derechos fundamentales se resalta lo dicho por el Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial. Con lo dispuesto por este Tribunal se tiene que el consentimiento o derechohabiente atrás mencionado, no solo es aplicable para las intervenciones de comunicaciones orales, sino también es requisito para enmarcar como lícita la utilización de cámaras de video en los centros de trabajo. Según lo indica este Tribunal, se requiere la previa autorización de los trabajadores para considerar una filmación conforme a derecho.<sup>54</sup>

52 Según el criterio de estas autoras, determinar si una comunicación es pública o privada no debe atender al número de personas que participan en la conversación, tampoco al contenido de la misma, sino al contexto en que se desarrolle y en caso de duda, el denotar una comunicación como pública o privada recae en la voluntad del emisor (res) o bien en los participantes de la misma, tratándose de una conversación. Si el contexto no responde a un acontecimiento público la comunicación, *per se*, debe ser considerada privada. En resumen, aunque el contenido de una comunicación puede importar para determinar su carácter íntimo, de ningún modo importa para determinar su carácter privado. “El secreto es una faceta inherente a la comunicación que ya presentamos como una necesidad individual y de interrelación, porque si bien el hombre tiende a comunicar sus pensamientos, también se reserva una porción de ellos para sí mismo, o para algunas personas.” CARBONE Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.p. 184.

53 “Con respecto del consentimiento de la persona que hace la llamada para ser grabada, este aspecto solo puede ser reclamado por dicha persona, por infracción a un principio de intimidad, y no por la sociedad demandada quien no puede ser titular de un derecho personalísimo” TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, San José, SentenciaN°272, a las catorce horas treinta minutos del dieciocho de julio del dos mil doce.

54 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce, al respecto dice: “Por otra parte, queda como demostrado que al actor nunca se le pidió su autorización para ser grabado durante el ejercicio del cargo desempeñado, por lo que esta situación a todas luces vulnera su derecho a la intimidad.[...] En cualquier caso, la concertación de un contrato de trabajo no significa la privación para la persona trabajadora de los derechos (continúa en la siguiente página)

En síntesis, si la grabación y posterior reproducción de una comunicación no cuenta con el consentimiento o derechohabiente, además, no encaja en las pautas establecidas por la legislación y jurisprudencia nacional y la comunicación no acontece a un acto público,<sup>55</sup> debe considerarse una intromisión indebida al secreto de las comunicaciones. Por otro lado, el emisor que, de manera espontánea brinda su mensaje a un medio de comunicación –televisivo o radial- manifiesta de modo tácito su consentimiento, es decir, voluntariamente se desprende de su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que, lo esperado es que ese mensaje sea transmitido a diferentes personas. De la resolución

1944-2012 emitida por la Sala Tercera puede extraerse que las declaraciones espontáneas del imputado –lo que obviamente incluye su voz- a medios de comunicación pueden ser tenidas como prueba.<sup>56</sup>

Debe tenerse claro que, en toda comunicación priva el derecho al secreto de las comunicaciones, básicamente por tratarse de un asunto privado, no público, por lo que en primera instancia todos los ciudadanos están llamados a respetar este derecho. Sin embargo, como se vio en el párrafo anterior, cuando un interlocutor establece una comunicación frente a un profesional dedicado a la transmisión de

*constitucionales de los cuales es destinatario en virtud de su condición de ciudadano [...]” esta sentencia cita un extracto de la resolución 0124-2010 de las 10:00 horas del 22 de enero de 2010 también de esta Sala, y así concretar que: “el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un óbice para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas”. Después de leer esta resolución, yace la pregunta ¿Qué sucede si, careciendo del consentimiento de los trabajadores el patrono coloca una grabadora en el centro de trabajo y esta capta la comunicación de unos trabajadores que denote el planeamiento o realización de la comisión de un delito? Dado que este ejemplo corresponde a uno de los supuestos de grabación subrepticia realizada por un tercero, deberá aconsejarse la lectura de este particular más adelante, pero puede anticiparse que, atendiendo la jurisprudencia precedente, no puede un patrono, ni cualquier tercero ajeno a una comunicación, realizar grabaciones ocultas o subrepticias sin contar con ese necesario conocimiento de los afectados por la grabación, pues, de hacerlo atentaría contra los derechos fundamentales de esas personas. Únicamente, podría sostenerse que los trabajadores capturados en la comisión de un delito por una grabación acústica asumen el riesgo de que la comunicación sea expuesta o valorada como prueba cuando tienen conocimiento de que están expuestos a que su comunicación sea escuchada por otras personas particulares ajenas a la conversación. Pero bien, siendo el tema de las grabaciones auditivas un tópico casi ausente en la doctrina costarricense y poco usual en la jurisprudencia nacional, debe atenderse primeramente a las circunstancias en las que esa grabación se dio y bajo qué supuestos podría alegarse que el emisor del mensaje delictivo asume el riesgo de que su comunicación sea expuesta, por tanto, es preferible no adelantarse hasta haber estudiado, perseverantemente, cada uno de los pendientes que formarán el criterio necesario para deducir cuando se está frente a una grabación legal y cuando no.*

55 Deberá atenderse al caso en concreto para determinar si el acto es o no público, pero puede entenderse que, las conferencias de prensa, por ejemplo, es un tipo de comunicación que está dirigida a un número indeterminado de personas, por lo que la grabación de voz del conferencista resultaría un hecho esperado.

56 “La prueba que cuestionan los recurrentes, sean, los videos de las entrevistas dadas a la televisora REPRETEL y Noti 14, no es prueba espuria, como se pretende, pues consiste en manifestaciones libres y espontáneas dadas a la prensa, que el Ministerio Público hizo traer a debate, con el ánimo de reforzar su tesis, pero que en ningún momento pueden sustituir el testimonio en sede plenaria, y que deben ser valoradas por el Tribunal de conformidad con las reglas de sana crítica racional y libertad probatoria.” SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1944-2012, a las once horas veinticuatro minutos del siete de diciembre del dos mil doce.

información se desprende la protección que brinda este derecho. Por el contrario, este tipo de consentimiento tácito de ninguna manera ocurre cuando el interlocutor emite su mensaje a ciudadanos que en el ejercicio de su profesión están obligados a guardar secreto profesional, ya que, el emisor, más bien, pretende de ese profesional el máximo sigilo.<sup>57</sup> De esto hace alusión CARBONE.

*“[...] quien expone ante la víctima, ante un tercero, como veremos –por ejemplo, periodistas-, no es lo mismo cuando lo hace ante un sacerdote, psicólogo, abogado defensor, donde la expectativa de privacidad y de no revelación es total, comenzando por la ley penal que reprime la violación de estos secretos de estas profesiones y siguiendo por el rol de confianza que la propia función les otorga.”<sup>58</sup>*

Por otro lado recuérdese que ningún derecho es absoluto, de hecho, existen limitaciones lícitas. El principal criterio para que una intromisión al secreto de las comunicaciones resulte conforme a derecho, como se pudo notar, es el consentimiento entre interlocutores, tanto expreso como tácito. No obstante, también existen intromisiones lícitas que no precisamente requieren de ese consentimiento, tal es el caso, de las comunicaciones que reflejan actos delictivos. Por esta razón, en los párrafos siguientes se estudiará las grabaciones subrepticias que, como tales carecen de dicho consentimiento, pero, bajo ciertos supuestos son permitidas.

## H. Legitimidad de las grabaciones subrepticias

Para dar pie a este tópico, se debe considerar que el secreto de las comunicaciones puede, lícitamente, ser afectado en el cumplimiento de otros intereses, a saber, por un interés público, el interés de probar la existencia de un delito, o bien, cuando medie una causa de justificación. A este punto del artículo, conviene presentar los dos tipos de grabación subrepticia que pueden ocurrir y los requerimientos que la legislación les exige. Debe considerarse, además, que estos acontecen bajo el supuesto de que las comunicaciones sean privadas, no públicas. En un primer arquetipo se sitúa la grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado, el otro supuesto corresponde a la grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular. En este segundo caso puede acontecer dos situaciones, una de ellas corresponde cuando la grabación sea realizada por un particular que participa de la conversación, la otra opera cuando la grabación se realiza por un particular ajeno a la conversación.

### h.1. Grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado

Como se ha dicho, la grabación de una conversación genera una intromisión a los derechos fundamentales de intimidad y el secreto de las comunicaciones, pero, bajo

57 Para esto debe considerarse que resulta típica la divulgación de información en esos supuestos. Artículo 203 del CP.-/ Seré reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.

58 CARBONE. Op. Cit., p.282. Sobre el secreto profesional véase el último apartado de la primera sección del primer capítulo.

ciertos supuestos pueden establecerse medidas restrictivas para esos derechos, incluyendo dentro de estas medidas la posibilidad de escuchar, registrar y almacenar las conversaciones. Así las cosas, la vía idónea en la que el Estado podría lesionar estos derechos es mediante la intervención de comunicaciones, regulado este acto por la ley especial N°7425.<sup>59</sup> Esta ley ha diseñado una serie de pautas para que la intervención afecte lo menos posible los derechos del ciudadano.

*Grosso modo*, se trae a colación los lineamientos generales para considerar una intervención telefónica conforme a derecho. Se trata de una **medida excepcional** por lo que la **autorización jurisdiccional** que se conceda para tal efecto debe estar debidamente **fundamentada**. La intervención telefónica sólo procede para **asuntos de índole penal** que calcen en el listado expresamente previsto por el numeral 9 de la Ley N°7425. Una vez finalizada la intervención, corresponde al Juez, con la asistencia de las partes, **seleccionar las comunicaciones** útiles y relacionadas con la investigación,<sup>60</sup> esto de conformidad con el artículo 18 de la ley de cita.

Uno de los problemas que ha tenido que resolver la jurisprudencia respecto a este tipo de grabaciones es el hecho que tras la escucha de las comunicaciones, se determine

la comisión de un delito distinto para el que esa intervención fue autorizada. La Sala Tercera ha resuelto el asunto tomando como base la doctrina del hallazgo casual, dando pie, entonces, para que las grabaciones donde conste el contenido relevante de otro delito para el cual su intromisión no fue autorizada sirvan como noticia *criminis* de la investigación de ese delito. También esa Sala ha aclarado que a pesar de que esa grabación carezca de legalidad para la investigación por la que fue autorizada, no obsta que pueda ser mencionada en sentencia. A continuación el extracto de la sentencia.

*“Desde luego, lo anterior no significa que tales informes (o el registro de las conversaciones intervenidas, en este caso) ni siquiera puedan mencionarse en la sentencia, pues como “notitiacriminis” que son, integran el desarrollo de los actos investigativos o, cuando menos, explican su origen o el rumbo que siguieron, a la vez que permiten constatar la ilegitimidad de las actuaciones que fueron realizadas. Lo que sí se les niega, conforme se apuntó, es aptitud probatoria para demostrar el hecho –desde que la mera noticia de su ocurrencia no es sinónimo de su demostración- y, en este sentido, constituyen simples hipótesis que habrán de descartarse o corroborarse a través de pruebas*

59 “Otro tanto ocurre con las intervenciones telefónicas, las cuales constituyen una herramienta inicial en la investigación de ciertos delitos de delincuencia organizada. Delitos que por su propia naturaleza, el nivel de organización, la forma de operar y el manejo de recursos económicos y logísticos, resultan difíciles de perseguir.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

60 “Ahora bien, la ley establece que dicha escogencia debe hacerse con intervención de las partes, llámese defensa, Ministerio Público, actor civil, etc. Sin embargo, ello no constituye un fin en sí mismo, sino una oportunidad para que los intervinientes puedan sugerir o solicitar la inclusión o exclusión de algunas de las llamadas.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

*idóneas y nunca utilizarse para suplir la ausencia de estas.”<sup>61</sup>*

Otra cuestión que debe ser considerada es si las grabaciones audio-visuales realizadas por los llamados agentes encubiertos (como funcionarios del Estado) es un tipo de intromisión indebida al secreto de las comunicaciones. Vasta jurisprudencia ha indicado la legalidad de los agentes encubiertos o particulares colaboradores como técnica de investigación. Y es que en virtud de los artículos 10 y 11 de la *Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas* dicha práctica es legal, asimismo, estos artículos permiten que la policía mantenga oculta la identidad del colaborador, por lo que sus actuaciones podrán ser traídas a juicio *a través de otros medios en los que consten (v. gr: grabación en vídeo) o de testigos que las hayan presenciado.*<sup>62</sup> Como se nota, las grabaciones audio-visuales son además de necesarias, permitidas a fin de constatar las actuaciones policiales de los agentes encubiertos.

## ***h.2. Grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular***

Con las nuevas y mejoradas aplicaciones que ofrece la tecnología para teléfonos, tabletas electrónicas, computadoras y grabadoras en general, sin la mayor complicación, la generalidad de los ciudadanos puede efectuar una grabación de las comunicaciones y por ende registrar la voz de otro sujeto. El tipo de grabaciones que a continuación se verá son las efectuadas por particulares de manera oculta para alguno (s) de los participantes de la comunicación. Entiéndase por particulares a las personas ajenas al órgano de persecución penal. En estos casos, aplican exigencias diferentes a las previstas para las grabaciones subrepticias realizadas por el Estado. Como anteriormente se anunció este tipo de grabaciones puede ser dividido en dos subtipos: la grabación realizada por un particular que participa de la conversación y la grabación realizada por un particular ajeno a la conversación.

61 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1383-2012, a las nueve horas veintidós minutos del treinta y uno de agosto del dos mil doce.

62 “*También se ha admitido la facultad de la policía de mantener oculta la identidad del colaborador y que, consecuentemente, este se sustraiga a los interrogatorios del Tribunal y de las partes. Sin embargo, en tal supuesto, sus actuaciones solo podrán ser introducidas en el debate a través de otros medios en los que consten (v. gr: grabación en vídeo) o testigos que las hayan presenciado; rechazándose, entonces, la posibilidad de que su declaración se incorpore por medio de lo que manifestó a un oficial de policía.*” (El subrayado pertenece al original). TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, Santa Cruz, Sentencia N°247-2013, a las once horas con quince minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece.

### h.2.1. Grabación subrepticia realizada por un particular que participa de la conversación

El párrafo segundo del artículo 29 de la Ley N°7425,<sup>63</sup> se permite que un particular grabe la conversación mantenida con otro y que pueda luego presentarla como prueba en un proceso penal, sin embargo, esta facultad está limitada al cumplimiento de ciertos supuestos, así también lo ha delimitado la jurisprudencia. Así, no toda conversación que se grabe de forma subrepticia será legal, pues como se anunció la legalidad de esta estará estrictamente ligada al acaecimiento de ciertos supuestos.

Los requerimientos para la legalidad de las grabaciones subrepticias realizadas por particulares es posible extraerlos de la resolución N°48-2001 emitida por la Sala Tercera. Así, conforme la redacción de dicha resolución se tiene que, el particular que grabe la conversación mantenida con otro lo debe realizar en condición de afectado por un delito tipificado, el cual, es cometido utilizando como instrumento la comunicación dirigida a su persona. A esto se debe agregar que, estas autoras no

encuentran inconveniente para que la grabación realizada por el mismo imputado pueda ser utilizada como prueba en el proceso penal, es más, siendo el propio imputado el que realiza la grabación -dejando así constancia de su autoría en la comisión de un hecho delictivo-, no queda duda que no solo brinda su consentimiento, si no que acepta las consecuencias que de ello podría desprenderse. A continuación se extrae cada uno de los supuestos mencionados por esa resolución a fin de describirlos de manera más detallada.

- 1) **Que la persona que grabe participe en la conversación.**<sup>64</sup> No importa si quien graba lo hace en su rol de emisor o de receptor. Respecto al receptor, cabe mencionar que este podrá tener un carácter meramente pasivo, es decir, que no haya establecido una especie de dialogo con el emisor;
- 2) **Que la comunicación sea el instrumento mediante el cual se comete el delito.**<sup>65</sup>Bajo este supuesto, podría constar en una grabación delitos en los que el autor puede utilizar como medio para lograr su cometido llamadas telefónicas, o bien, pueden suscitarse

63 Artículo 29 de la ley 7425. *Consentimiento del titular del derecho. /No existirá intromisión ilegítima cuando el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso. Si son varios los titulares, deberá contarse con el consentimiento expreso de todos. Este consentimiento será revocable en cualquier momento. /Cuando la persona que participa en una comunicación oral, escrita o de otro tipo, mediante la cual se comete un delito tipificado por la ley, la registre o la conserve, esta podrá ser presentada por la persona ofendida, ante las autoridades judiciales o policiales, para la investigación correspondiente. /Si las comunicaciones indicadas en el párrafo anterior han servido a las autoridades jurisdiccionales para iniciar un proceso penal, las grabaciones de tales comunicaciones o los textos que las transcriben podrán presentarse como pruebas ante el juez, en el juicio correspondiente.*

64 *"Tampoco está permitido que terceros registren comunicaciones en las que no intervienen, ya que de hacerlo incurrirían en el delito previsto en el artículo 198 del Código Penal [...]"*SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, SentenciaN°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

65 *"[...] siempre que la comunicación sea –como lo es en este caso- el instrumento mediante el cual se comete el delito."* SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, SentenciaN°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

de manera presencial, donde la voz y el dicho del autor, pueda ser capturada en un medio fonográfico. Debe entenderse que la comunicación es el medio utilizado por el autor para delinquir, mas, la comunicación no forma parte de los requisitos objetivos del tipo penal. Por ejemplo, una persona recibe una comunicación oral cuyo contenido puede calificar como prueba de la conducta típica de tráfico de persona previsto en el artículo 172<sup>66</sup> del C.P, el tipo penal se cumple cuando el emisor promueve, facilita y favorece la entrada o salida del país para que se ejerza la prostitución. La comunicación –telefónica o presencial- puede ser el "vehículo" que el autor utilizó

para llegar a la víctima, mas el delito se consume con la actividad de esos verbos, no con la comunicación *per se*.

- 3) **Que el interlocutor tenga como objeto la comunicación<sup>67</sup> o producción<sup>68</sup> de un delito.**<sup>69</sup>Conviene aclarar que la letra del artículo aludido indica que *por delito tipificado por ley*, a esto, la Sala Tercera ha aclarado que se refiere a los delitos tipificados en las leyes penales, o sea, los establecidos por el Código Penal y leyes especiales, de ningún modo puede confundirse que se refiere a los delitos indicados en el numeral 9 de la Ley N°7425, porque esta ley no tipifica delitos.<sup>70</sup>
- 4) **Que el afectado del delito sea el que realice la grabación.**<sup>71</sup>Es importante

66 Artículo 172 del CP.*Delito de trata de personas./ Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular.*

La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.
- /b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción. /c) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad. /d) El autor se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. /e) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña. /f) La víctima sufra grave daño en su salud. /g) El hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros./ (Así reformado por el artículo 19 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009.)

67 En el caso que se confiese haber cometido un delito.

68 Por ejemplo cuando el contenido de la comunicación configure el tipo penal de la amenaza.

69 *"[...] por un delito que se comete utilizando como medio una comunicación [...]"*SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, SentenciaN°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

70 En este punto es oportuno recordar que anteriormente se hacía crítica respecto a la escasas de regulación del derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la voz en otras materias como: familia, civil y laboral. Esto porque, en atención al requisito que se describe, si además de no contar con el consentimiento de los interlocutores, la comunicación grabada no reflejase la comisión de un delito, quien graba incurre entonces en el delito tipificado en el artículo 198 del CP. Así las cosas en el ordenamiento jurídico costarricense, a fin de admitir una grabación como fundamento probatorio dentro de un proceso de familia, civil y laboral, el cual, por la materia, generalmente no refleja la comisión de un delito, se tendrá que acudir a la orientación de jurisprudencia internacional.

71 *"Esta opción es permitida sólo a favor de quien se ve afectado por un delito que se comete utilizando como medio una comunicación dirigida a su persona; únicamente ese individuo está posibilitado para registrar la comunicación –incluso grabarla- y ofrecerla como prueba en un proceso jurisdiccional."*SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, SentenciaN°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

hacer notar que la resolución mencionada fue emitida antes de que la Ley N°8200 reformara el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley N°7425, por lo que la transcripción que hace esta sentencia de dicho artículo no es conforme a la lectura actual. Se realiza esta cuestión porque la palabra *destinatario* -explícita en el artículo 29 anterior a la reforma-, puede ser la causante de que se incluyera, por vía jurisprudencial, como requisito que el afectado del delito sea el que realice la grabación, esto, quizás, al darle una errónea interpretación al término destinatario. Dicho requisito fue sosteniendo incluso en el año 2009 mediante la Sentencia N°1091 de la Sala Tercera al transcribir, sin hacer salvedad alguna, lo dicho en la Resolución N°48-2001 también de esa Sala.

Como se lee, según la jurisprudencia, el acto de grabar sólo le compete a al ofendido, vedando así la posibilidad de que un participante o destinatario de la comunicación cuyo contenido reflejase la comisión de un delito pudiese grabar esa conversación de modo subrepticio. Puede afirmarse que el criterio jurisprudencial anterior, permanece como requisito vigente, pues, a pesar del

cambio en la letra del párrafo segundo del artículo 29 de la ley de rito, todo parece indicar que la jurisprudencia no ha variado su posición. Valga aclarar que, a criterio de las autoras de este ensayo, de la lectura del párrafo segundo del artículo 29 comentado, no se desprende el requisito apuntado por la Sala Tercera. El destinatario de una comunicación no es otro que el receptor, y quien participa en una comunicación bien puede ser receptor como emisor, es decir, se trata de un asunto de dinámica de comunicación,<sup>72</sup> lo que no debe confundirse, entonces -como lo hace la sentencia atrás mencionada, que el *destinatario* o participe es necesariamente el ofendido del delito. Al entender de las autoras, quien participa en una conversación cuyo contenido refleje la comisión de un delito, con independencia del rol que asuma en la comunicación, puede grabar la conversación mantenida para luego aportarla como prueba.

Se extraña que la misma Sala Tercera luego en la Sentencia N°125-2010 reconociera, aunque no de manera directa, que destinatario es quien se encuentra al otro lado de la comunicación,<sup>73</sup> a la vez esa sentencia identifica el derechohabiente como excepción a la orden jurisdiccional

72 CARBONE indica que “No es fácil definir la comunicación. Para una línea de pensamiento la comunicación ocurre cuando hay interacción recíproca entre los dos polos de la estructura relacional (transmisor-receptor)” realizando la “ley de bivalencia”, en la que todo transmisor puede ser receptor y todo receptor puede ser transmisor.” CARBONE. Op. Cit., p.22.

73 “Es claro que el consentimiento de la titular del bien, entendida como la persona que conversó telefónicamente con los secuestradores, sí se obtuvo. En palabras de F.: “...ese mismo día, en la noche apareció el oficial Mario Coto, se identificó, le dijo que le habían informado por medio de una llamada sobre el secuestro, por lo que ella llamó a su mamá, los tres hablaron; el oficial Mario les solicitó que si permitían poner un oficial, un equipo para rastrear las llamadas y una grabadora en el teléfono de la casa, su mamá y ella aceptaron y al otro día llegaron a instalarlo...” (f. 2117). La queja del recurrente, en el sentido de que la esposa del ofendido, o todos los eventuales afectados de las grabaciones telefónicas, debieron también prestar su consentimiento, proviene de una lectura errada del mencionado artículo 29. Por titular del derecho no se entiende otra cosa, que el interlocutor o participante en una conversación, y en el presente caso, las únicas conversaciones telefónicas registradas mediante el equipo suministrado por la policía, que se valoraron como prueba, fueron las recibidas por F [...]” SALATERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°125-2010, a las nueve horas y cuarenta minutos del diecinueve de febrero del dos mil diez.

de intervención de comunicaciones, cuestión que se comparte, empero, se sigue estimando que eso no resuelve el problema anteriormente planteado. En los casos concretos presentados por la jurisprudencia, incluyendo esta última sentencia, quien acepta la escucha de la conversación y realiza la grabación subrepticia, o mejor dicho, quien graba sin que el otro interlocutor tenga conocimiento de ello, es siempre a la vez destinatario de la llamada y ofendido del delito, entonces, todavía no se ha resuelto ¿Qué sucede en los casos donde destinatario y ofendido no son los mismos? ¿Puede el receptor de una comunicación, cuyo contenido refleja la comisión de un hecho delictivo, proceder a grabar la conversación?

Aunque no se esté de acuerdo con este requisito esgrimido para la grabación subrepticia de un particular, estando la jurisprudencia así, el grabar la conversación y por ende la voz de otro sin contar con la condición de víctima, resulta un acto ilegal, aún y cuando quien grabe figure como interlocutor. Sin embargo, esta ilicitud podría obviarse si el juez encargado de admitirla, o denegarla, entiende que quien realizó el acto de grabar lo hizo amparado en una causa de justificación, como un acto de legítima defensa o incluso estado de necesidad, por ejemplo. Debe de repararse que el artículo 29 de la Ley N°7425 tiene su razón de ser no solo como excepción a la orden jurisdiccional, sino que se dispuso a fin de que ante la comisión de un hecho delictivo transmitido a otro por una comunicación oral

—ya sea por llamada telefónica o de manera presencial—, el particular receptor de esa comunicación —en calidad de testigo o de víctima— pueda grabar y difundir el contenido de esa conversación como prueba sin incurrir en el delito del 198 del C.P.

A juicio de estas autoras, la criticada interpretación jurisprudencial afecta los intereses procesales, por ende transgrede los principios base de la finalidad de la prueba y el principio de libertad probatoria. En aplicación de la teoría del riesgo,<sup>74</sup> cualquier persona, sin importar la condición procesal que llegue a ocupar dentro de una causa, puede grabar la comunicación donde conste la comisión o producción de un delito y presentarla como prueba. Así, quien delinque o hace saber la comisión de un delito valiéndose de una comunicación oral,<sup>75</sup> asume el riesgo de que ese mensaje sea grabado para luego ser difundido en la investigación penal. No existirá mayor objeción en afirmar que ningún ordenamiento jurídico puede impulsar comisiones delictuosas y, al parecer, con interpretaciones como la criticada se abre un portillo para la impunidad.

Se apela, entonces, que la teoría del riesgo sanee ese nocivo requerimiento de que sea el afectado del delito quien realice la grabación. Es criterio de las autoras que, si el autor del delito decide comunicar a otro la comisión de un delito, asume el riesgo de que ese mensaje sea capturado y difundido como prueba, la cuestión está en que aunque un particular no sea víctima, si el imputado decidió de

74 “Teoría del riesgo: Se utiliza frente a pruebas que inicialmente se podrían considerar ilícitas, pero que pierden esa naturaleza, cuando el titular del derecho fundamental lesionado, asume el riesgo o da un consentimiento tácito para que sus manifestaciones (autoincriminates) o actos (delictivos), sean conocidos por otros sujetos.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ, San José, Sentencia N°1487-2011, a las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil once.

75 Oral, por ser el tipo de comunicación que interesa a los efectos de este artículo.

manera espontánea y extrajudicialmente comentarle los pormenores del delito o utilizar la comunicación como instrumento para cometer un delito, asumió el riesgo de que esa comunicación, aunque privada, deje de serlo por lesionar bienes jurídicos. Eso sí, debe tenerse claridad en cuanto a que aquel riesgo lo asume ante quien dirigió la comunicación, no ante otras personas ajenas a la conversación, es decir, ante terceros que no participan en la comunicación y por ello carecen de la facultad de grabar las voces de esos interlocutores.

### **h.2.2. Grabación subrepticia realizada por un particular ajeno a la conversación**

Este tipo de grabaciones son efectuadas por personas ajenas a la conversación y su práctica es ilegítima. La Sentencia N°48-2001 emitida por la Sala Tercera, ya anteriormente señalada, ha concluido que: *tampoco está permitido que terceros registren comunicaciones en las que no intervienen, ya que de hacerlo incurrirían en el delito previsto en el artículo 198 del Código Penal.*<sup>76</sup> Debe concebirse que en este tipo de comunicaciones ese tercero no figura ni como receptor ni como emisor, por tanto, cuando el tercero ajeno a la conversación grabe esta sin el consentimiento de ninguno de los dos interlocutores tendrá que ser considerado un acto ilegal.

Se hace necesario que este tipo de grabaciones no encuentren pretexto legal ni jurisprudencial,

pues la comunicación no le pertenece al tercero ajeno a ella, ya que ni siquiera participa de ella y el registrar la conversación de otros hace más grosera la lesión al derecho al secreto de las comunicaciones. Aún y cuando la conversación de otros denote la comisión de un delito, ese tercero no puede arrogarse las competencias del órgano persecutor de la justicia penal y violentar así no solo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho a la voz y el derecho a la intimidad.<sup>77</sup> Por otro lado, debe retomarse que nada obsta para que ese tercero sea testigo o bien dé noticia *crimínis* de lo que conoce.

Se reconoce que quedará a arbitrio del juzgador considerar si en este caso es posible la aplicación de una causa de justificación como la legítima defensa a favor de otros, precisamente a favor del afectado por el delito que logra capturar y demostrar la grabación sonora, de ser así, entonces, se estaría ante una causa de justificación que no solo lo eximiría de la comisión del delito del artículo 198 del CP, sino que también daría la oportunidad para que la grabación se utilizara como prueba dentro del proceso penal. Este hipotético caso, no puede equipararse con las grabaciones realizadas por agentes encubiertos, toda vez que la actividad realizada por los agentes encubiertos implica que ellos también formen parte de las conversaciones que graban de manera subrepticia, aunado a ello, la acción

<sup>76</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

<sup>77</sup> En este sentido JAUME BENNASAR “[...]al no ser el destinatario de la comunicación y grabar esa conversación, estaría realizando un verdadero acto de interceptación de una interlocución ajena, en cuyo caso existiría una vulneración del secreto, de la intimidad y, en su caso, de un delito. En definitiva, devendría una prueba ilícita que no desplegaría sus efectos en el proceso.” JAUME BENNASAR Andrés, “La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal”, España, Lex Nova, 2010, p. 132.

del agente encubierto está legitimada bajo una causa de justificación del cumplimiento de un deber.

### **I. Reflexión final**

A la mayoría de costarricenses le sorprendería tener conocimiento que grabar y luego reproducir ante otros la voz de una persona sin que esta lo consienta implica la comisión de un hecho delictivo. Y es que en el campo de las telecomunicaciones y aplicaciones móviles esto pareciera ser, cada vez más, un acto inofensivo. No obstante, y pese a que según se ha dicho, no es posible determinar con absoluta certeza la identidad de un individuo por medio de su voz, este rasgo sonoro por su particular naturaleza se constituye como una característica propia de la identidad y un verdadero rasgo biométrico que no solo colabora como medio de identificación humana, sino como un verdadero instrumento que facilita la convivencia social. Por ende, es la tendencia actual otorgarle la debida protección a la voz y asumirla como parte de los derechos de la personalidad.

El uso de instrumentos tecnológicos que logran almacenar la voz de un individuo, propicia la intromisión indebida en la esfera privada de las personas. Al respecto, se subraya que *como interés directo de la personalidad y como bien expresivo de*

*la faceta de la intimidad la voz merece de protección.*<sup>78</sup> Al ser la voz un componente de la identidad, constitutivo de la personalidad y expresión de la intimidad, puede esperarse que también merezca la categoría y tutela de derecho, no como uno dependiente de otros para su protección, sino un derecho autónomo.

A pesar de lo anterior, actualmente el ordenamiento costarricense no logra reconocer de forma íntegra la autonomía del derecho a la voz. Sin embargo, el análisis anteriormente expuesto destaca que a razón de leyes especiales y jurisprudencia, al asumirse a la voz como un derecho de la personalidad con independencia de la existencia de otros derechos, debe entenderse que la grabación de esta, siempre implicará una intromisión no solo al derecho de las comunicaciones, sino también al derecho a la propia voz. En este sentido, como se indicó, la grabación de voz puede devenir de una intromisión efectuada tanto por particulares como por el Estado, que en algunos casos será legítima y en otros no, y es que no habría ninguna injerencia ilegítima en el derecho aludido siempre y cuando quien escucha y realiza una grabación de una comunicación –ya sea que participe o no en ella- cuente con el consentimiento de los interlocutores, o bien, le asista alguna de las excepciones contempladas por las normas para grabar de forma secreta la voz de otro.

<sup>78</sup> JUANATEY DORADO. Op. Cit., p.128.

## **Bibliografía**

### **Conferencias académicas**

GIL Juana, *Voz e identidad*, Comunicación presentada en XXXI Congreso Internacional de AESLA. Tenerife, 2001.

### **Jurisprudencia nacional**

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N° 6552-2003, a las quince horas dieciséis minutos del ocho de julio del dos mil tres, citado por TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea. Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°10790-2011, a las trece horas y veinticuatro minutos del doce de agosto del dos mil once

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°16586-2007, a las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil siete

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1944-2012, a las once horas veinticuatro minutos del siete de diciembre del dos mil doce.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1383-2012, a las nueve horas veintidós minutos del treinta y uno de agosto del dos mil doce.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°00048-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°125-2010, a las nueve horas y cuarenta minutos del diecinueve de febrero del dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, Santa Cruz. Sentencia N°247-2013, a las once horas con quince minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ, San José. Sentencia N°1487-2011, a las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil once.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea. Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea. Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, San José. Sentencia N°272, a las catorce horas treinta minutos del dieciocho de julio del dos mil doce.

### **Libros**

CARBONE Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

JAUME BENNASAR Andrés, *“La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal”*, España, Lex Nova, 2010. p. 132.

JUANATEY DORADO Carmen, DOVAL PAIS Antonio, «Límites de la protección penal de la intimidad», *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010.

PÉREZ VARGAS Víctor, *Derecho Privado*, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 4ª ed., 2013. p.188.

ROSELLÓ MANZANO Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011.

### **Normativa costarricense**

Código Civil.

Código Penal.

Código Procesal Civil.

Constitución Política.

Decreto Ejecutivo N° 34104-G-MSP del 17 de octubre del 2007. Publicado en La Gaceta N°. 228 27-11-2007.

Ley del Sistema Nacional de Archivos Judiciales.

Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

Ley de Registro y Archivos Judiciales.

### **Sitios Web**

ECURED, [http://www.ecured.cu/index.php/Cinta\\_magn%C3%A9tica](http://www.ecured.cu/index.php/Cinta_magn%C3%A9tica) consultado el 3 de abril de 2014

### **Trabajos finales de graduación**

ARÉVALO GONZÁLEZ Eugenio, *Reconocimiento Automático de Locutor en Entornos Forenses basado en Técnicas de Factor Analysis aplicadas a Nivel Acústico*, Tesis para optar por título en Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

CELIS HERRERA Pablo Alejandro, *Descripción de los métodos utilizados en reconocimiento forense de locutores y su implementación en Chile*, Tesis para optar por título de Ingeniero Civil Acústico, Chile, Facultad de Ciencias de la Ingeniería, Universidad Austral de Chile, 2009

DELGADO ROMERO Carlos, *La identificación de locutores en el ámbito Forense*, Memoria presentada para optar por el título de Doctorado, España, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

GUTIÉRREZ ARRIOLA Juana María, *Síntesis Multilocutor aplicando técnicas de conversión de hablante*, Tesis para obtener título de Doctorado en Ingeniería Electrónica, España, Escuela Técnica Superior de Ingenieros en Telecomunicación, Universidad Politécnica de Madrid, 2008.

HARRIERO CASTRO Alberto, *Fiabilidad en sistemas forenses de reconocimiento automático de locutor explotando la calidad de la señal de voz*, Tesis para optar por título de Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010. p.11 y ARÉVALO GONZÁLEZ.

## LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO <sup>1</sup>

Prof. Víctor Pérez Vargas  
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

### INTRODUCCIÓN

El Profesor Francesco D. Busnelli, de la Universidad de Pisa, ha puesto de relieve que una de las escogencias de fondo, en el Derecho Comparado, se presenta entre **dos perspectivas diferentes** <sup>2</sup>: por un lado, la perspectiva individualista anglosajona, en la que se afirma la relevancia prioritaria de la *Privacy*; por otro, el llamado *Civil Law*, donde este derecho de la personalidad es importante, pero no es supremo.

Tradicionalmente, en el Derecho Contractual Comparado, se ha repetido que el Sistema Romano (*Civil Law*) es más rígido que el Anglo-sajón (*Common Law*) en materia contractual.

Por ejemplo, se ha dicho que:

*“la principal diferencia entre los sistemas de Common Law y de*

*Civil Law, por cuanto se refiere a la problemática de la interpretación de los contratos, está constituida por una aplicación mayormente rígida, en este último sistema, del criterio literal”* <sup>3</sup>.

**No compartimos este criterio** bastante generalizado; hay temas donde se revela lo contrario. Uno de ellos es el de la transformación de las circunstancias.

“Los supuestos de *hardship* hacen referencia a acontecimientosocircunstanciasobvenidas (guerras, desastres económicos, disturbios políticos, etc.), igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes.” <sup>4</sup>

1 El presente aporte, elaborado para el libro homenaje al Profesor don Rubén Hernández Valle, constituye una actualización y reformulación específica, desde una perspectiva de Derecho Comparado, de mis artículos: ---La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial, N-4, Junio de 1977. ---La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana. Revista judicial, Corte Suprema de Justicia, N-46; junio, 1989. ---Pacta Sunt Servanda vs. Rebus sic stantibus. Revista Judicial 90, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Publicaciones02.html>

2 BUSNELLI, Francesco D. Quali regole per la procreazione assistita?

3 “La principale differenza fra i sistemi di common law e quelli di civil law, per quanto riguarda la problematica dell’interpretazione dei contratti, è costituita da **un’applicazione maggiormente rigida, in questi ultimi sistemi, del criterio letterale**”. DESIDERIO, Danilo, L’interpretazione dei contratti: un parallelismo con i sistemi di common law”. <http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=854&cat=5>.

4 Ph. Fouchard, “L’adaptation des contrats à la conjoncture économique”, Revue de l’arbitrage, 1979, pp 1979. Cit. p. Sánchez Lorenzo, Sixto A. Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado. [http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK\\_wWfLKS0](http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK_wWfLKS0)

Si confrontamos los sistemas de Derecho Romano (*Civil Law*) y de Derecho Común (*Common Law*), en relación con los problemas derivados de un cambio de circunstancias (o desaparición de “la base del negocio jurídico”, “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”, en expresión de Larenz)<sup>5</sup>, veremos su diverso tratamiento jurisprudencial en dichos sistemas, sin olvidar que también encontramos legislación (*Legislation* o *Statutory Law*) sobre el tema que nos ocupa en ambos.

### **Premisas de Derecho Comparado:**

Recordemos que el Derecho Comparado, más que una rama del Derecho, es un método con el cual se intenta establecer los caracteres comunes y diferentes de un sistema o de un subsistema de ordenamientos como, por ejemplo, el anglosajón, el europeo continental o el Latinoamericano, como fuente de principios de Derecho.

El Derecho Comparado puede ayudar a comprender el conflicto paradigmático entre los países del sistema anglo-sajón (*Common Law*) y los de “tradición romano-canónica” (*Civil Law*), en expresión de John Henry Merryman<sup>6</sup>.

### **El Civil Law**

El Derecho Privado Romano es la base de todo el Derecho Privado posterior, hoy vivo en los Códigos Civiles del mundo, gracias a la unidad conceptual y axiológica del Derecho Romano. “En cuanto descendientes directos de la tradición jurídica romana, los códigos civiles modernos hacen del Derecho Romano, el Derecho viviente más antiguo... ya en tiempos de Norman el Conquistador de Inglaterra era más antiguo que lo que hoy es el Common Law”<sup>7</sup>; el Derecho Romano no es pieza de museo, sino realidad conceptual y axiológica vigente en un nivel supranacional y más allá de los códigos mismos, que ha demostrado resistencia frente a la penetración de tradiciones más empíricas y de menor solidez científica. Tal resistencia se ha explicado por la mayor fuerza de la tradición axiológica y conceptual del sistema<sup>8</sup>, determinando la existencia de una continuidad histórica que fue reconocida por Andrés Bello<sup>9</sup>.

Estas constataciones han permitido hablar igualmente de un Derecho Romano actual de América Latina<sup>10</sup>. Todos los Códigos Civiles latinoamericanos tienen como substrato al Derecho Romano. “América recibió el Derecho Romano a través de España”, ampliamente utilizado por los grandes

5 LARENZ, en su obra titulada “La Base del Negocio” (“*Die Geschäftsgrundlage*”), quien había aceptado la aplicabilidad de la teoría de la base del negocio de OERTMAN, tal como éste la había formulado, en 1921, en su obra titulada “La Base del Negocio”, “*Die Geschäftsgrundlage*”. En español: LARENZ, Karl, Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

6 MERRYMAN, John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 8

7 HERMANN-COMBE-CARBONNEAU, p. 10

8 CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p 141

9 V. CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p. 145 y p. 172

10 CATALANO, América Latina y el Derecho Romano, p. 137

codificadores Bello, Vélez y Freitas<sup>11</sup>. Basta ver las notas de Vélez Sársfield o las bases de Bello.

Se encuentra la base romana en todas partes. “Estos países siguen unidos por un estrecho lazo que les lleva a adoptar los conceptos de la ciencia romana y las clasificaciones y nociones jurídicas aceptadas en común por sus juristas”<sup>12</sup>. “Lo que más llama la atención es la semejanza de los Derechos de América Latina”<sup>13</sup>.

### **El Common Law**

No es la ocasión de desarrollar los caracteres de este sistema. Baste recordar que:

*“En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066). Se llamó **common** (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio, se habla de Common Law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho civil, como el nuestro, donde la principal fuente de Derecho es la Ley”*<sup>14</sup>.

Para comprender el Common Law es esencial entender lo que significa **Stare Decisis** (la regla del precedente). Este es una regla de origen romano que se utilizaba antes de Justiniano. Se usaban las decisiones previas, como precedentes, fuentes de Derecho. “Se introdujo en Inglaterra con la invasión del rey normando Guillermo el Conquistador en 1066”<sup>15</sup>; en la Edad Media se aplicaba como una guía, sin perjuicio de que se desatendiera en los casos de *bad law*. Es de notar que “no había registros oficiales de los casos, los que empezaron a aparecer hasta el siglo XIX”<sup>16</sup>.

“Este principio distingue el Common Law de los “*civil-law systems*”, que dan un mayor peso a los Códigos y a las leyes, así como a las opiniones de los juristas. Según este principio, cuando la Corte ha resuelto una cuestión, la misma cuestión debe ser decidida de la misma forma en otros casos, por la misma Corte y las Cortes inferiores, en esa jurisdicción”<sup>17</sup>.

En los Estados Unidos, la Suprema Corte y las diversas supremas cortes establecen los precedentes y los tribunales inferiores deben seguirlas (en los llamados temas de primera impresión).

“Con ello se limita la libertad de los jueces, salvo argumentos de *good reason*, casos en que la propia Suprema Corte ha “derogado” sus precedentes, por ejemplo en materia de segregación racial, vigentes durante 60 años”<sup>18</sup>.

11 CASTAN, La influencia... p. 107

12 MERRYMAN, op.cit., p. 8

13 DAVID, Tratado de Derecho Comparado, p. 252 y 261

14 <http://traduccionjuridica.es/que-es-el-common-law/>

15 V. ANIBAL TORRES VASQUEZ La jurisprudencia como fuente de Derecho.

<http://www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>

16 V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

17 V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

18 <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stare+decisis>

Esta regla explica, en parte, la reiteración del formalismo literal anglosajón para admitir una revisión del contrato en caso de transformación de las circunstancias.

### **Excesiva onerosidad sobreviniente**

UNO DE LOS TEMAS DONDE ENCONTRAMOS CONFIRMACIÓN DE LA **mayor rigidez del Derecho Anglosajón** es el la excesiva onerosidad sobreviniente (el llamado *Hardship*), o sea: la transformación de las circunstancias existentes a la hora de celebrar el contrato.

En la materia contractual y, específicamente, en relación con la transformación de las circunstancias en los contratos de ejecución sucesiva, **el sistema Anglo-Sajón (Common Law) es más apegado al Pacta Sunt Servanda, más literal, formalista y rígido que el sistema Romano-Canónico**, que es más flexible, en el que se ha abierto paso el **Rebus Sic Stantibus** y se ha admitido que se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida.

Es claro que este instrumento de equidad debe usarse con mucho cuidado, pues hay que evitar que pueda ser utilizado como un pretexto de una de las partes para liberarse de un vínculo contractual que no le resulta conveniente. Son varios los países cuya jurisprudencia ha mantenido

criterios restrictivos para evitar abusos (así en Holanda, Fancia; incluso, en Argentina, donde existe una cantidad importante de fallos en la materia, los tribunales han sido restrictivos <sup>19</sup>.

El autor Sixto A. Sánchez Lorenzo es de la misma opinión sobre la rigidez, en lo que se refiere al Ordenamiento inglés:

*“El Estudio del Derecho comparado revela no sólo diferencias muy acusadas entre los sistemas jurídicos, sino, sobre todo, inconsistencias e inseguridades que hacen muy poco realista un cálculo seguro acerca del régimen jurídico resultante si sobreviene una circunstancia imprevista o poco probable. Las soluciones que proporcionan sistemas más aquilatados, incluso el propio Derecho inglés (énfasis del autor), no son, por lo demás, reconfortantes, particularmente si se tiene en cuenta su rigidez a la hora de admitir una revisión del contrato en caso de excesiva onerosidad”* <sup>20</sup>.

Una posible explicación axiológica es el predominio de la Seguridad Jurídica, en materia comercial, en el *Common Law* sobre la equidad. En aras de la Seguridad Jurídica, encontramos en él una mayor exigibilidad de la voluntad originalmente expresada, a pesar de la transformación de las circunstancias que existían cuando se perfeccionó el acuerdo contractual.

<sup>19</sup> V. [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext)

<sup>20</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado* [http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK\\_wWfLKS0](http://digibug.ugr.es/handle/10481/14630#.VFK_wWfLKS0)

### **Excesiva onerosidad sobreviniente en el sistema Romano-Canónico**

En el siglo XIX predominó la posición de que “los pactos deben de observarse, como dijo Grocio, en su tesis de **Pacta Sunt Servanda**. A la luz del Código Napoleón los contratos deben cumplirse porque tienen fuerza de ley entre los contratantes; el Código Napoleón establece (artículo 1134) que las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre los que las han hecho” <sup>21</sup>.

En Costa Rica el Artículo 1022 del Código Civil sigue esa línea: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”, sin dejar de recordar, el numeral siguiente, que obliga a la equidad.

### **Teoría de la imprevisión**

En el Siglo XX recogieron y estudiaron la Teoría de la Imprevisión los autores franceses: Planiol en su Derecho Civil Tomo II y Ripert en su famosa Obra La Regla Moral de las Obligaciones Civiles y fue analizada asimismo por Bonnetcase, Colin y Capitant. Su regulación actual se encuentra en algunos ordenamientos del llamado “Civil Law”. Estas concepciones subjetivistas, fundamentan la solución en la llamada “imprevisión” que para la doctrina es, más bien, una hipótesis de aplicación especial de la teoría de la base del negocio <sup>22</sup>.

Como antecedente, se cita a WINDSCHEID, como se sabe, voluntarista, quien planteó la teoría de las presuposiciones subjetivas

y las concibió como condiciones no desarrolladas. Para este autor, “además de lo que las partes ponen en el contrato, está lo que ellas presuponen y... si llega a faltar este presupuesto que integra la voluntad contractual el acto celebrado pierde eficacia y las obligaciones que nacen de él dejan de existir por carecer de causa” <sup>23</sup>.

### **Teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente**

Con posterioridad a la revolución real-objetiva, iniciada por Bentham y Ihering, se desarrolló un énfasis mayor en el desequilibrio sucesivo por causas objetivas que en la previsibilidad. Las concepciones objetivistas, por el contrario de las voluntaristas, ponen como fundamento el cambio en la base del negocio, entendiendo como base, las circunstancias conocidas para las partes que determinaron que el negocio se realizara. Para estas concepciones la patología se encuentra en la causa.

Del análisis de diversos ordenamientos del sistema romano, se obtiene la conclusión de la tendencial admisión de la relevancia de la transformación de las circunstancias en la vida de los contratos de ejecución sucesiva.

En **Italia**, el Codice Civile establece:

*“Dell'eccessiva onerosità. Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una*

<sup>21</sup> [http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3\\_Art\\_4.pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf)

<sup>22</sup> V ALTERINI, Atilio, *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 445 y 448

<sup>23</sup> ALTERINI, Atilio, loc.ult.cit

*delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”<sup>24</sup>.*

En el **subsistema latinoamericano**, del cual somos parte, la doctrina de la relevancia de la transformación de las circunstancias estuvo por muchos años en el olvido, debido al auge del liberalismo y del formalismo. Sin embargo, recientemente, se ha venido produciendo (tanto en la doctrina como en las leyes y la jurisprudencia) un renacer de la perspectiva equitativa que tiende a admitir la relevancia de los factores sobrevinientes sobre los contratos<sup>25</sup>.

En **Argentina**, ha habido consenso favorable a la doctrina de la imprevisión<sup>26/</sup> y el propio Código Civil de este país establece en su artículo 1198:

“En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e

imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato”.

Igualmente, el nuevo **Código Civil peruano** de 1984, en el artículo 1440, expresa:

“En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si no fuere posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación es un gran aporte del nuevo Código Civil de 1984 y está inspirada en el elemental principio de la equidad. Lo tradicional es que el contrato nazca para ser cumplido, sin embargo existen situaciones excepcionales que permiten que el contrato pueda ser revisado judicialmente, para evitar la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado de una parte, y se conserva, en suma, aquello que se conoce como el equilibrio contractual. El Art. 1440 del C.C. establece:

“Si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al Juez, que reduzca o que aumente

la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”.

En este Código los elementos del supuesto de la excesiva onerosidad son:

- Que se presente en los contratos de ejecución continuada, periódica y diferida. En los contratos ya ejecutados no se da la excesiva onerosidad.
- Que se dé la excesiva onerosidad por acontecimientos posteriores a la celebración del contrato de carácter extraordinario e imprevisibles, como por ejemplo el alza de materiales, la suba de la mano de obra por un aumento no previsto de sueldos, un proceso devaluatorio o inflacionario, entre otros casos. El hecho extraordinario será aquel que está alejado de lo que frecuentemente sucede como situación normal o corriente, en cambio lo imprevisible está vinculado con lo que ordinariamente puede esperarse, esto es, lo que surge del razonamiento común y corriente de los seres humanos. Ambos conceptos han sido, son y serán discutidos en la doctrina y difícilmente se alcanzará consenso. En todo caso, ambos factores deberán ser evaluados por el Juez.
- La parte perjudicada, tiene el derecho de pedir al Juez la revisión del contrato, para que reduzca la prestación o aumente la contraprestación, a fin de hacer cesar la excesiva onerosidad.

Los efectos de la excesiva onerosidad son:

- Que el Juez la regule equitativamente.
- Si no fuera posible su regulación, el Juez ordenará en forma excepcional la resolución del contrato.
- No es aplicable la excesiva onerosidad a las prestaciones ejecutadas.
- No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación, cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada<sup>27</sup>.

Este Código llega a establecer en su artículo 1444 que “es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad sobreviniente”.

En **Chile**: “Aunque actualmente la doctrina mayoritaria tiende a aceptar la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente sobre la base de los textos legales vigentes, las opiniones se mantienen divididas en cuanto a la conveniencia de la introducción de un texto positivo que la regule... particularmente después de un fallo reciente la Corte Suprema que ha rechazado la aplicación de la referida teoría por no estar expresamente consagrada en el ordenamiento legal y ser contraria a las disposiciones del *Código Civil*”<sup>28</sup>.

En **México** (2010): En el primer bimestre del año 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal añadió diversos párrafos al artículo 1796 del Código Civil y creó el artículo 1796-Bis, 1796 ter, recogiendo la tesis de la posibilidad de modificar las cláusulas de un contrato, si las condiciones económicas que lo fundaron son modificadas por la realidad económica, haciendo que

<sup>24</sup> <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>

<sup>25</sup> Véase por ejemplo el Código Civil de Bolivia de 1975, lo mismo que los diversos textos brasileños, colombianos y uruguayos y, particularmente el Código Civil peruano de 1984

<sup>26</sup> LLAMBIAS, BORDA, GALLI, ORGAZ, FORNIELES, REZZONICO, SPOTA, LEÓN, ALSINA, ATIENZA, COSSIO, MASNATTA, cit. p. ALTERINI, Atlio, op.cit, p. 448

<sup>27</sup> [http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.rodriuezvelarde.com.pe%2Fpdf%2Flibro2\\_parte1\\_cap10.pdf&ei=pzBFVMHDKZPoggTwrYGgBg&usq=AFQjCNEM7OoHcOSS5npEmHRc\\_KaJne8BLA&sig2=Ls7xcESbV-OuOygbMG5CTQ&bvm=bv.77648437,d.eXY](http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.rodriuezvelarde.com.pe%2Fpdf%2Flibro2_parte1_cap10.pdf&ei=pzBFVMHDKZPoggTwrYGgBg&usq=AFQjCNEM7OoHcOSS5npEmHRc_KaJne8BLA&sig2=Ls7xcESbV-OuOygbMG5CTQ&bvm=bv.77648437,d.eXY) V. tamb: ESPINOZA, Evelyn, La Excesiva Onerosidad De La Prestación, <http://rosimver.blogspot.com/>

<sup>28</sup> [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext)

las prestaciones convenidas originalmente resulten excesivamente onerosas en su ejecución <sup>29</sup>.

Estas referencias al Derecho Privado latinoamericano demuestran que el principio de fondo es parte de nuestro sistema.

### **En la Legislación costarricense**

Nuestro Código Civil no tiene una regulación general a favor del principio “Rebus sic stantibus”; más bien, como ocurre con el contrato de obras por ajuste o precio alzado, el Código Civil (en el artículo 1189) se pronuncia pro “Pacta sunt servanda”:

“El arquitecto o empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario, **no puede** pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, y aunque se haya hecho algún cambio o aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario”.

Esta disposición es excepcional en el Código (“*ius singulare*” para este contrato), lo cual permite la interpretación de que en los demás contratos donde no existe esta prohibición sí está permitido el reajuste.

Existen aisladas disposiciones en nuestro país en materia de contratación administrativa.

El Artículo 18 de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995 <sup>30</sup>/ establece:

*“Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.*

*Los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios. La presentación de facturas, por avance de obra cada mes, será obligatoria.*

*En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.*

*Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para*

*garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios. Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, así como la referencia al Reglamento, en cuanto al mecanismo de aplicación”.*

Por su parte, el Artículo 17 de la Ley General de Concesión de obras públicas con servicios públicos, N° 7762, de 14 abril 1998<sup>31</sup> determina que dentro de los derechos del concesionario están:

- b) Ser resarcido íntegramente por la lesión patrimonial causada a la obra o el servicio como consecuencia de la modificación impuesta por la Administración concedente, por razones de interés público.
- c) Solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo.

### **En la Jurisprudencia de Costa Rica**

No puede afirmarse que haya una jurisprudencia consolidada sobre el tema, pero algunos fallos permiten augurar su aplicación más generalizada:

*El TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA en resolución N° 301 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del doce de setiembre del dos mil tres, explicó: Los cimientos y génesis del fenómeno en cuestión*

*se remontan a la doctrina científica alemana, -entre otros LARENZ-, donde se enuncia que la base del negocio jurídico es la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial, de modo que si posteriormente esas circunstancias desaparecen o no llegan a existir, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su no realización, la parte perjudicada por ello tiene un derecho de resolución o de denuncia del contrato. Los citados planteamientos son aceptados e incluso ampliados tanto por la doctrina y jurisprudencia española y la argentina”.*

*EL TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SEC. SEGUNDA en su resolución N°: 509 del 23/11/1994 09 hs. 35 m., manifestó: “Ciertamente los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Así lo establece el numeral 1022 del Código Civil, norma que proviene de la máxima jurídica “pacta sunt servanda”, locución latina que significa que “los pactos han de cumplirse”. Véase: Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1988, página 229. Ahora bien, para atenuar los duros efectos de que los pactos han de cumplirse, encontramos la cláusula*

29 LÓPEZ MONROY, José de Jesús La cláusula “rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión”, UNAM. [http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3\\_Art\\_4.pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_4.pdf)

30 Publicada en el Alcance No. 20 a La Gaceta No. 110 de 8 de junio de 1995

31 Publicada en Alcance No. 17 a la Gaceta 98, de 22 mayo 1998

“**rebus sic stantibus**”, que es “... convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos”. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación...” (Cfr. op. cit., página 53). A esta cláusula responde el inciso 1º del ordinal 1023 del Código Civil, en tanto establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.... Aquí es donde surge la excesiva onerosidad sobreviniente”.

El TRIBUNAL SUPERIOR DE PUNTARENAS, en sentencia N. 924 de 15 y 5 hs de 6 de diciembre de 1990, sostuvo: “La Señora Juez a quo, aunque no lo señala, imprime a su fallo un importante componente axiológico, cuando, al advertir una circunstancia lesiva en el contrato, pretende reducir el mismo a equidad por la vía señalada en el artículo 1023 del Código Civil dirimiendo de esta forma la clásica dicotomía entre las corrientes de pensamiento doctrinario que pugnan por el respeto a la voluntad exteriorizada en los contratos y su antagónica que permite la injerencia del Juez cuando una excesiva onerosidad sobreviniente rompe el equilibrio convencional (Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus) o, en ausencia de circunstancias

sobrevinientes la aplicación de la teoría de la lesividad contractual. No cabe duda que en los tiempos actuales donde la inflación generalizada ha distorsionado todas las expectativas económicas tanto interna como externa, no es posible que un sistema jurídico como el nuestro, de tradición germanico-romanística, pretender el cumplimiento a ultranza de la letra de los contrato”.

No me canso de recordar el voto salvado en la sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA número 000788-F-2005 de las nueve horas del veintisiete de octubre del dos mil cinco, en el que la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández expresa:

“La cláusula “Rebus sic stantibus” y la denominada “teoría de la frustración del fin del contrato” tienen como común denominador: la equidad. En ambos casos la incidencia de un hecho posterior al perfeccionamiento del acuerdo coloca a una de las partes en una situación de evidente desventaja. El Derecho no ignora esta problemática ya que de aceptarse se cohonestaría un lucro indebido. Ha de tenerse presente que las partes, a través del contrato programan sus intereses económicos dirigidos a determinada actividad. La causa como elemento esencial del negocio jurídico señalará el motivo objetivo u objetivado perseguido por los contratantes. De fracasar este propósito es claro que el acuerdo queda vacío de contenido axiológico”.

## Hardship en el Common Law

### En teoría (legislación y doctrina):

También la doctrina ha hablado de “**failure of consideration**” (que me permito traducir como falta de causa justa) para denotar también una causa que ha dejado de existir total o parcialmente.

El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, en su texto 2-615, establece como excusa de cumplimiento la ausencia de condiciones presupuestas<sup>32</sup>. Se ha utilizado, dentro del sistema anglosajón esta doctrina de la “**frustration**”<sup>33</sup>, así como la doctrina de las condiciones implícitas “**implied conditions**” y, al igual que en el sistema romano, se ha usado también la doctrina de la desaparición de la base del contrato: “la deficiencia de algo que estaba en la base del contrato en la intención de ambas partes” (“**a failure of something that was at the basis of the contract in the intention of both parties**”)<sup>34</sup>.

### En la práctica jurisprudencial:

A pesar de lo expuesto, la verdad es que en el Derecho Anglosajón, en la práctica jurisprudencial, la tendencia a tomar en cuenta

las modificaciones de las circunstancias ha sido **restrictiva, literal, formalista y rígida**.

La jurisprudencia anglosajona es abundante en ejemplos de casos de clara excesiva onerosidad sobreviniente que han sido declarados sin lugar. Por ejemplo, un tribunal inglés, cuando fue cerrado el Canal de Suez y los buques debían dar la vuelta al África por el Cabo de Buena Esperanza, consideró que la nueva prestación no era radicalmente diferente de la pactada, pues los gastos adicionales eran “solamente” de un 12.2 % sobre el flete contemplado en el conocimiento de embarque<sup>35</sup>.

En otro caso, donde un distribuidor de leche vio incrementado el costo del producto en un 33%, se dijo que los riesgos de la inflación estaban adjudicados al vendedor<sup>36</sup>. Con base en una comparación de diversos casos se ha afirmado que, “mientras que un aumento de un 1000% por ciento determinaba “impracticability”; menos de un 100% de incremento no excusa el cumplimiento”<sup>37</sup>. He aquí un problema jurídico serio reducido a una arbitrariedad numérica excesiva por las cortes estadounidenses.

Un solitario caso rompió esta tendencia formalista<sup>38</sup>:

32 SMITH AND ROBERSON’S, Business Law, Fifth edition, St. Paul, 1982, Appendix A, p. 24

33 BLACK, Henry, Law Dictionary, West, St.Paul, 1979, p. 534

34 The Restatement recognizes that circumstances existing at the execution of a contract may render performance impracticable or they may frustrate the purpose of one of the parties so as to execute his performance. S.265 – declares a party is discharged from performing his contract where his principal purpose is substantially frustrated by the occurrence of a supervening event. Frustration must be substantial – it is not enough that it has become less profitable or even that he will sustain a loss. S.261 of the UCC declares a party is discharged from performing a contract where a supervening event renders his performance impracticable. Performance may be impracticable bc extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss to one of the parties will be involved.

35 Ocean Tramp Tankers Corp. C/ V= Socfracht 1964, cit. p. EBIN, Deligning impracticability due to increased expenses. University of Florida Law Review, Vol. XXXII, Spring. 1980, n. 3

36 Maple Farms Inc. c/ City School District, 1974, Cit p. EBIN, op.cit., p. 526

37 EBINop.cit., p. 535

38 <http://casebrief.me/casebriefs/aluminum-co-of-america-v-essex-group-inc/>

“... existe un único y aislado caso en la jurisprudencia norteamericana (énfasis del autor), *Aluminium Co. of America (AICOA) v. Essex Group, Inc.*, en adelante el caso *Alcoa*, en que se ha decretado la modificación del contrato en virtud de excesiva onerosidad sobreviniente, constituida en este caso por el abrupto y drástico aumento de los costos de producción de *Alcoa* debido a la crisis energética del año 1973. En primera instancia, la Corte Federal de Distrito falló a favor de *Alcoa*, sosteniendo que había existido error (mistake) en la elección del índice de reajuste y además *commercial impracticability*, esto es, excesiva onerosidad sobreviniente, decretando la modificación del contrato por medio de la sustitución del índice de reajustabilidad pactado por uno nuevo establecido por el tribunal, con el objeto de redistribuir entre las partes las riesgos y pérdidas generados por las nuevas circunstancias y de esta manera reducir los costos de *AICOA* a cantidades tolerables por la empresa... Sin perjuicio del carácter innovador y original de la sentencia del caso *Alcoa* y de la extensa y controvertida bibliografía que generó, la decisión no ha sido seguida como precedente en casos posteriores y (hasta 2010) sólo dos jueces (uno de la Corte Suprema de *West Virginia* y otro de una Corte Federal en *New Jersey*)

han citado el fallo en los fundamentos de sus decisiones<sup>39</sup>.

### **Hardship (excesiva onerosidad sobreviniente) en la Lex Mercatoria**

En la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ha prevalecido la tendencia literalista anglosajona, pues los árbitros se han manifestado muy estrictos en seguimiento del *Pacta sunt Servanda*; a este respecto la jurisprudencia comercial arbitral internacional se separa de los Principios UNIDROIT<sup>40</sup>.

Los Principios, en su texto actual, expresan:

**ARTÍCULO 6.2.2** (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)).

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

39 Momberg Uribe, Rodrigo. LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR LAS PARTES: EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN COMO EFECTO DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOREVINIENTE, Revista chilena de derecho, vol. 37 N° 2, pp.43 - 72 [2010], versión On-line ISSN 0718-3437.

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100003&script=sci_arttext)

40 Al respecto mi trabajo: La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense, en Revista Judicial, 108, junio, 2010.

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

**ARTÍCULO 6.2.3** (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)).

- (1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

A pesar de estas expresiones de “Los Principios”, en relación con el respeto a

la voluntad expresada, los árbitros se han manifestado muy estrictos.

Hay jurisprudencia arbitral (entendida como reiteración de principios en diversos laudos) de la Cámara de Comercio Internacional rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente. Esta tendencia resulta de una aplicación (adicional a la que ya se utiliza en materia de vicios de la voluntad) de las presunciones de apreciación de los riesgos y de competencia profesional<sup>41</sup>. La ausencia de cláusulas de adaptación del contrato en caso de cambio de circunstancias se ha tomado por la jurisprudencia como una voluntad deliberada de las partes de no aceptar alteraciones en la ejecución del pacto, de respetar el principio de sacrosantidad de la ley contractual. Afirman que la presencia de dichas estipulaciones es común en los contratos internacionales de ahí que su ausencia se interprete como una intención de las partes en ese sentido<sup>42</sup>.

En el arbitraje comercial internacional, se ha admitido la modificación del contrato o su resolución, solamente si las partes lo han

41 “...para rechazar el argumento basado en la noción de “frustration”, como para estimar que no se puede tener en cuenta la máxima “*Rebus sic stantibus*”, se desprenden, al menos dos ideas forzosas : la primer la de la preeminencia sobre cualquier otro principio de la norma “*Pacta sunt servanda*” que sólo puede derogarse en casos excepcionales...la segunda idea... es que los prácticos del comercio, por el hecho de presumirse que tienen experiencia en los negocios, están obligados a protegerse por sí mismos, mediante disposiciones contractuales adecuadas, de los acontecimientos que pueden sobrevenir y que sean susceptibles de perjudicar la ejecución del contrato. Por eso, si el contrato no contiene tales disposiciones, no se considera como involuntaria esta laguna y la máxima “*Pacta sunt servanda*” exige que el contrato sea ejecutado como fue concebido inicialmente, con conocimiento de causa, hasta que se demuestre lo contrario” Derains, Yves. Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Gráficas Joaquín Morales. Madrid. p.184., 93; así : 1972, CASO C.C.I. 1990).

“Considerando además que el principio “*Rebus sic stantibus*”, invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene, en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en un contrato. Esta preocupación se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que, en general, las partes conocen los riesgos que pueden sufrir y pueden, por ello, formularlos de manera precisa. Y que, además, los prácticos del comercio internacional deben comprometerse con conocimiento de causa en las operaciones que negocian, y no pueden pretender que no están en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que corren a su cargo” (Caso C.C.I. 2404 de 1975)

42 McLAREN Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

pactado de tal manera <sup>43</sup>. En caso contrario, la presunción es la de que los contratantes no quisieron ninguna ineficacia sobreviviente o transformación de los efectos jurídicos del contrato, en caso de cambio de la base negocial <sup>44</sup>.

“La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de *Pacta sunt servanda* de la manera más rígida” <sup>45</sup>. Esta línea ha sido continuada por la jurisprudencia arbitral reciente, restringiendo la aplicación de los Principios de UNIDROIT <sup>46</sup>.

43 “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAIS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

“En cuanto a la devaluación de la peseta, habrá podido convertir las importaciones de Italia a España en más onerosas, pero no en imposibles” “...sin duda la demandada tenía derecho a prevalerse de la devaluación del mes de noviembre de 1967 para invocar el beneficio del artículo 18 del contrato, en el que se preveía la transformación de la concesión de venta en concesión de producción (en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil) (1972, CASO C.C.I. 1990).

44 “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAIS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

45 RAMIREZ, Ana Lucía, La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses.

46 En relación con la construcción de una carretera en Argelia, el actor, una compañía francesa, entró en una relación contractual con el demandado “1”, una compañía española, cuyos derechos fueron cedidos al demandado “2”, también español. Debido que el actor se atrasó en la realización del trabajo, el demandado le pidió que aumentara los recursos para recuperar el tiempo perdido. El actor explicó que el atraso se debió a las condiciones en Algeria que le impidieron movilizar el personal necesario y el trabajo extra solicitado. Luego se hizo una enmienda al contrato. El trabajo siguió pero atrasado. El demandado reclama penalidad por el atraso y le envió al actor unos títulos de crédito para que los firmara, a lo que el actor se negó. Así, las cosas el actor presentó la demanda arbitral alegando fuerza mayor por el atraso. Reclamó además el pago de unas facturas. El accionado contrademandó para obtener el pago de las penalidades por el atraso. El tribunal no consideró aplicable UNIDROIT en relación con el tema de “hardship” en las condiciones que lo pedía el actor. Examinó los diversos reclamos y estableció las sumas debidas. Los costos fueron divididos a la mitad (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

(continúa en la siguiente página)

## CONCLUSIONES

De lo expuesto puede concluirse:

Que no es cierto que el Sistema Romano de Derecho Comparado sea más rígido que el *Common Law* en materia contractual, como lo suelen expresar algunos autores.

Que, frente a los problemas que suscita de la transformación de las circunstancias, el sistema romano muestra una mayor adaptabilidad a las nuevas realidades que el sistema anglosajón el cual, en este campo, se revela más inflexible. Definitivamente, este es uno de los puntos donde divergen ambos sistemas, el romano-germánico, por un lado

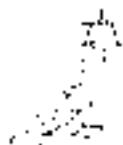
y en el anglosajón (incluida la jurisprudencia arbitral internacional), por otro.

Que, si bien partimos de la existencia de perspectivas diferentes, la confrontación entre los Principios de UNIDROIT y la referida práctica arbitral, nos muestra que, en muchos casos, la divergencia no está tanto en en la legislación y en los principios, (sobre muchos de los cuales hay acuerdo, equidad, buena fe, diligencia, etc.) como en su grado de implementación en los casos concretos de excesiva onerosidad sobreviniente. Este diverso tratamiento ocurre, en la práctica, a partir de una diferencia jerárquica entre los valores seguridad y justicia, en materia contractual.

“El único medio para justificar su aplicación será el de decir que se trata de una “codificación” de los usos existentes y que los Principios de UNIDROIT deben ser aplicados en calidad de usos codificados. Para llegar a esta conclusión será necesario probar que las reglas invocadas por la actora (en particular la de *hardship*, artículo 6.2.1) corresponden a un uso internacional generalmente establecido... Queda excluido que se pueda considerar las disposiciones en materia de *hardship* contenidas en UNIDROIT como usos del comercio. Se trata de lo contrario, de reglas que no corresponden, al menos en el momento actual, a la práctica corriente de los negocios en el comercio internacional y que no serán aplicables sino cuando las partes hagan referencia a ellas” (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

El demandado (turco) había ordenado a una planta de producción de cubitos de azúcar. Debido a que el demandado falló en sus pagos, el actor (holandés) dió por terminado el contrato de venta y pidió compensación e intereses, destacando su intento de mitigar los daños, vendiendo parte del equipo... el demandado alegó su imposibilidad de financiar el pedido debido a cambios económicos imprevistos en el mercado de caña turco de caña de azúcar, en tipo de cambio y costos de energía, etc. y que no había podido obtener financiamiento bancario. El árbitro resolvió que el contrato era eficaz por cuanto el financiamiento no era una condición. Consideró que estos eventos no liberaban al demandado y que ellos eran parte de los riesgos asumidos por éste.

“El criterio decisivo aquí es el principio *pacta sunt servanda*, tal como se expresa en el artículo 1.3. de UNIDROIT... la terminación de un contrato sobre la base del acaecimiento de circunstancias imprevistas (“hardship”, “cláusula *rebus sic stantibus*,”) debe ser admitida solamente en casos extremos y raros...El principio subyacente en el comercio internacional es más bien que las mismas partes asumen sus correspondientes riesgos de cumplimiento de los contratos, a menos que los riesgos hayan sido expresamente distribuidos en el contrato mismo. El artículo 6.2.1. de UNIDROIT establece específicamente que el mero hecho de que un contrato implique mayores dificultades económicas para una de las partes no es suficiente justificación para aceptar un caso de “hardship”... una caída dramática de precios y la diferencia de tipo de cambio no constituyen por sí mismos circunstancias imprevistas y en consecuencia no justifican la terminación del contrato” ( Caso C.C.I. 8486 de 1996, p 69).



Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas  
B. 43104