

**EN BUSCA DE UNA TEORÍA DEL DERECHO EN
EL DESARROLLO ECONÓMICO: EL PROYECTO
DE REFORMA JURÍDICA-USAID-ROCAP.
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Por BORIS KOZOLCHYK

I.—INTRODUCCION

A) Breve historia y descripción del Proyecto de Reforma Jurídica

Este artículo tiene el propósito de resumir los resultados de las investigaciones empíricas sobre la interacción entre instituciones jurídicas y el desarrollo económico, llevado a cabo por el Proyecto de Reforma Jurídica bi-nacional (de aquí en adelante referido como Proyecto Jurídico), realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica durante el período junio 1967 - junio 1969. El Proyecto Jurídico estuvo compuesto por un grupo de abogados costarricenses y norteamericanos, reunidos con el respaldo conjunto de la Agencia Internacional del Desarrollo (USAID), la Oficina Regional de la USAID para Centro América y Panamá (ROCAP) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.⁽¹⁾ El artículo también resumirá algunas de las conclusiones

(*) Derechos de Autor reservados.

(1) Los participantes fueron: por Costa Rica el Decano Carlos José Gutiérrez, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho; Lic. Octavio Torrealba, Profesor de Derecho Comercial; Lic. Rodrigo Oreamuno, Profesor Asistente de Derecho Comercial e Introducción al Derecho; Lic. Fernando Mora, Profesor Asistente de Derecho Comercial; Lic. Harry Zürcher Blen, Profesor Asistente de Derecho Comercial; y Lic. Harry Zürcher Acuña, del Colegio de Abogados. Por los Estados Unidos, Charles Foster Knight, Director asistente del Proyecto Jurídico, Blake T. Franklin, Esq. Universidad de Harvard Escuela de Derecho, en un principio voluntario del cuerpo de paz y con posterioridad bajo contrato con ROCAP, Sr. John M. Finch, B. A. graduado en Relaciones Internacionales y voluntario del Cuerpo de Paz; David A. Gantz, Esq., Universidad de Stanford, Escuela de Derecho bajo contrato con ROCAP; David Loring, Esq., Universidad de Stanford, Escuela de Derecho, bajo contrato con ROCAP; Lorin S. Weisenfeld, Esq., Universidad de Harvard, Escuela de Derecho, becado por Fulbright. El autor agradece la cooperación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y de los diputados de la Asamblea

y sugerencias obtenidas en un seminario de evaluación llevado a cabo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Arizona en Tucson, Arizona (a partir de aquí, denominado Seminario), del 11 al 13 de febrero de 1970.⁽²⁾ Estos resúmenes servirán como base para la formación de puntos teóricos destinados a obtener una mejor comprensión del papel del Derecho en el proceso del desarrollo económico de Costa Rica.

La investigación empírica fue una de las tres actividades llevadas a cabo por el Proyecto Jurídico. Además del trabajo de investigación empírica, el proyecto se interesó en mejorar los métodos de enseñanza en la Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica a través de la preparación de libros de texto a base de doctrina, legislación comparada, jurisprudencia, problemas y casos en el área del Derecho Comercial;⁽³⁾ el entrenamiento de profesores

Legislativa lo mismo que la cooperación de tres Consejeros Legales Regionales Sres. William Skidmore, quien fue el primer impulsador del proyecto, y sus sucesores, los Lcdos., Joseph Grimes y Kent Knowles. Igualmente agradece las sugerencias de Charles Foster Knight, Esq. y de los profesores de la Universidad de Arizona, William E. Boyd, Escuela de Derecho, Donald A. Wells, Departamento de Economía, Jeffrie G. Murphy, Departamento de Filosofía, Phillip E. Hammond, Departamento de Sociología, Edward J. Williams, Departamento de Ciencias Políticas; de mucha utilidad también fueron las atinadas críticas de Lorin S. Weisenfeld, Ramiro Reugifo, Eugenio Revilla, Sally Pasette, Esq., Elaine Billie Kozolchyk y del desaparecido profesor James J. Graham. A él le dedico este artículo.

(2) Presentes en esta sesión estaban por Costa Rica el Decano Gutiérrez, profesor Claudio González de la Facultad de Ciencias Económicas y del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de Costa Rica, y el señor Knight, Esq., del Proyecto Jurídico. De los Estados Unidos, el honorable Clarence A. Booustra, ex-embajador de los Estados Unidos en Costa Rica y Cónsul General de los Estados Unidos en Río, Brasil; el señor Franklin, actualmente con Coudert Brothers, Washington, D. C.; el Sr. Gantz, actualmente con la oficina del Consejero Legal del Departamento de Estado, Washington, D. C., Sr. Arnold J. Schwartz del Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D. C.; Sres. Gilbert P. Verbit y Weisenfeld del Centro Internacional de Derecho, Nueva York. Como participantes de la Universidad de Arizona estaban: Dr. Thomas Weaver, Profesor Asociado de Antropología y Director de la Oficina de Investigación Etnica; Dr. Arthur L. Wood, Profesor Visitante de Sociología; Dr. Donald A. Wells, Profesor Asociado de Economía; Dr. John E. Buehler, Profesor Asociado y Jefe del Departamento de Economía; Dr. James E. Wert, Profesor y Jefe del Departamento de Finanzas; y de la Escuela de Derecho, el Profesor William E. Boyd, el Profesor Robert Emmet Clark, el Profesor Junius Hoffman, el Profesor Boris Kozolchyk y la Profesora Investigadora Asociada, Sally Pasette.

(3) La preparación de los materiales de enseñanza empezó con la recolección de las sentencias más importantes de Derecho Comercial de la Corte Suprema de la Sala de Casación de Justicia de Costa Rica y las Salas de Apelaciones durante el período 1900-1966. El índice de esta colección fue publicada como parte de una edición especial de la *Revista de Ciencias Jurídicas*. Véase KOZOLCHYK, JURISPRUDENCIA MERCANTIL 1900-1966 (Lehmann, San José, Costa Rica 1968). Esta colección de sentencias fue usada como instrumento de enseñanza en conjunto con un texto doctrinario y con legislación comparada, preguntas sobre los tópicos y problemas analíticos, todo reunido en un trabajo de cuatro volúmenes publicado por la Universidad de Costa Rica como KOZOLCHYK Y TORREALBA, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, TEXTO Y MATERIALES DE ESTUDIO (San José, Costa Rica 1968-69).

Las fases de "derecho en acción" del Proyecto de Reforma Jurídica han sido descritas y evaluadas por el Decano Carlos José Gutiérrez en el folleto, *Los Consultorios Jurídicos* (San

y estudiantes para su uso, y la introducción de consultorios jurídicos para el desarrollo de trabajos clínicos o de "derecho en acción".

El papel negativo tradicionalmente jugado por las instituciones jurídicas en el proceso de desarrollo de otros países latino-americanos había sido comprobado en estudios anteriores. En el área de transacciones de crédito, por ejemplo, se encontró que, frecuentemente, el derecho actuaba como un obstáculo a la eficiente utilización de los recursos crediticios en Argentina, Brasil, Chile y México.⁽⁴⁾ El obstáculo ocasionalmente se encontraba en el enunciado mismo de las reglas jurídicas, pero más frecuente y significativamente, en la manera en que las reglas fueron promulgadas, reglamentadas, interpretadas, aplicadas y obedecidas en la sociedad en cuestión.⁽⁵⁾

Estos estudios preliminares, sin embargo, enfocaban el funcionamiento de las instituciones jurídicas como parte de una actividad económica aislada y no como una parte integral del proceso de desarrollo. Este proceso, como puede fácilmente verse, encierra componentes legales y socio-económicos en un estado constante de interacción, sobre todo, por estar sujetos a la consecución de una meta específica o un conjunto de metas. Claramente, por lo tanto, si el derecho en Costa Rica debía ser examinado en su contribución al desarrollo, era necesario observar y evaluar el funcionamiento de las instituciones jurídicas costarricenses no como entidades abstractas sino como utensilios dotados de un propósito económico determinado y substancial.

José, Costa Rica 1968) y en sus tres reportes anuales publicados de la Escuela de Derecho titulados *Informe de Labores* (San José, 1967, 1968, 1969). Para una estimación general del Proyecto de Reforma Jurídica en su época inicial, véase Skidmore, *Technical Assistance in Building Legal Structures: Description of an Experimental AID Project in Central America*. The Journal of Developing Areas 549 (1969). El Sr. Skidmore, con razón, rinde tributo a la visión del Sr. David Bronheim, quien como anterior Delegado Coordinador de la Alianza para el Progreso de Estados Unidos, alentó la implementación de proyectos de infraestructura legal. Fue al Sr. Bronheim anterior Coordinador de la Alianza para el Progreso a quien el Sr. John W. Riehm, anterior Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Metodista del Sur y este autor enviaron el primer bosquejo en el año 1963 de lo que se convirtió en Proyecto de Reforma Jurídica en el año 1967.

(4) Véase particularmente Kozolchyk, *Law and the Credit Structure in Latin America* (RAND Corporation RM-4918 RC, 1966) o una versión condensada en 7 Virginia Journal of International Law 2 (1967).

(5) Los obstáculos que aparecieron en el texto de las reglas se denominaron "normativos" y aquellos que se encontraron en los procesos de promulgación, aplicación, interpretación y obediencia se designaron "institucionales". Véase *Law and The Credit Structure*, supra nota 4, en 39 y 28 respectivamente.

Se escogieron tres tópicos de estudio: el fomento industrial, la formación de capital en las sociedades comerciales y el crédito para el consumidor. Estos tópicos fueron escogidos no solamente por su interdependencia en términos económicos sino también por ser suficientemente representativos de la diversa fisonomía adoptada por las normas jurídicas cuando el derecho esta involucrado en las actividades de desarrollo económico. Por ejemplo, era aparente que una política de fomento industrial exitosa en un país que hasta 1959 [el año en que se promulgó la Ley de Protección y Desarrollo Industrial o la Ley de Fomento Industrial (de aquí en adelante referida como L.F.I.)] había dependido casi exclusivamente del sector agrícola, requeriría del sistema jurídico en cuestión la creación de nuevas instituciones. Y estas instituciones tendrían sin duda que ser impuestas desde arriba por un Estado que carecía de experiencia regulatoria en el área de actividades industriales. Entonces, era del caso preguntar, con mirada retrospectiva, cómo se formaron las instituciones requeridas y cómo funcionaron a la luz del propósito que las creó. En contraste, el derecho sobre formación de capital en las sociedades comerciales en la forma en que aparece recogido en el Código de Comercio de Costa Rica de 1964 (de aquí en adelante denominado C. de C.) y en las leyes tributarias conexas encontraba sustento en una cantidad considerable de previa experiencia regulatoria y comercial acumulada bajo legislaciones precedentes. Su propósito de provocar un cierto tipo de comportamiento social generalizando la adquisición de valores mobiliarios por parte de ahorristas e inversionistas costarricenses requeriría tanto la creación de nuevas instituciones jurídicas como el ajuste y reforma de las pre-existentes. Ya que si bien las sociedades anónimas habían sido usadas en Costa Rica desde principios del siglo XIX, su utilización como medio para la absorción e inversión de ahorros de una gran porción del público formaban parte de un esquema de desarrollo contemporáneo en el cual el C. de C. estaba llamado a jugar un papel importante. Era, entonces, apropiado preguntarse cómo se comportó el C. de C. y cuál fue el comportamiento de la legislación y jurisprudencia complementaria en relación a los propósitos enunciados.

El tercer estudio sobre crédito, enfocando primordialmente las transacciones del consumidor urbano, fue planeado para lograr una descripción detallada de papel del derecho, positivo o consue-

tudinario, en un área donde gran parte de la población costarricense parecía participar en la creación de normas jurídicas. Casi todos los costarricenses conocidos por este autor, en su visita en 1966, aparecieron en una ocasión o en otra como prestamistas, prestatarios o fiadores en una operación crediticia. Por consiguiente, este estudio prometía brindar un panorama detallado del comportamiento de las instituciones jurídicas usadas por las más diversas capas de la sociedad urbana costarricense a los efectos de obtener o proveer crédito. Uno debería inquirir no solo respecto a la efectividad de las normas sino también sobre el papel del derecho consuetudinario en relación a la ley escrita y a sus propósitos de desarrollo.

En breve, cada uno de los tres estudios fue diseñado para proveer un cuadro parcial pero complementario del papel de las instituciones jurídicas en el proceso de desarrollo económico en Costa Rica. El estudio sobre el fomento industrial analizó la forma y la ejecución de un cuerpo normativo creador de instituciones, caracterizado y tipificado como un ejemplo de legislación económica fundamental, mientras que los estudios de formación de capital y de crédito examinaron en detalle varios aspectos del comportamiento de la ley positiva y consuetudinaria en campos donde existían ya experiencia e instituciones jurídicas.

Desde el punto de vista de una teoría general del desarrollo, es obvio que si bien el desarrollo económico es un factor esencial no es el único en propiciar el bienestar de un pueblo. Por lo tanto, una teoría general de desarrollo no puede ignorar el efecto combinado de los múltiples contextos de actividad social, familiar, religioso, político, a la par que económico.

Pero al mismo tiempo es imprescindible percatarse de las características de las instituciones que intervienen en cada contexto. Es por ello que los estudios del Proyecto Jurídico, al enfocar primordialmente el contexto económico, lejos de excluir la importancia del "cuadro general" del derecho en el proceso de desarrollo social de Costa Rica pretenden contribuir a su mejor entendimiento.

B) Criterio de Evaluación del Desarrollo Jurídico: Estado y Grado

Las conclusiones a que se refieren las secciones subsiguientes descansan en un criterio evaluativo del comportamiento de instituciones jurídicas costarricenses. Este criterio no es resultado de tratar de situar el sistema jurídico de Costa Rica dentro de un cierto esquema evolutivo del derecho.⁽⁶⁾ Los criterios para medir el funcionamiento de las instituciones legales son los que emergen primordialmente de su grado de conformidad con las metas de desarrollo económico de Costa Rica.

El grado de conformidad de un sistema legal, rama o institución, por lo tanto, es un concepto relativo que no debe confundirse con lo que los historiadores legales, antropólogos y filósofos han descrito como un estado del desarrollo jurídico, una noción que en términos absolutos trata de localizar el puesto que le corresponde a un sistema jurídico en el tiempo o en la historia de las instituciones jurídicas. Es concebible así, que un sistema jurídico pueda, en cualquiera de sus estados, pasar por varios grados de conformidad y mientras está todavía en un estado determinado, digamos, de derecho "primitivo", según el Decano Pound o del derecho de tribu del Profesor Vinogradoff, puede dar mejor respuesta a las exigencias que se le hagan y así ser más desarrollado que otros.⁽⁷⁾

Teniendo en mente la distinción antes mencionada entre grado y estado de desarrollo, uno no puede descartar el hallazgo de que una o más instituciones jurídicas no estén funcionando como

(6) Para el esquema evolutivo, véase "Outlines of Lectures On Jurisprudence" 34 *et seq.* 5ta ed. (1943) de Roscoe Pound y también "The End of Law as Developed in Juristic Thought". 27 *Harvard Law Review*, 605, 628, (1914). Las etapas de Pound fueron: 1) Derecho Primitivo, 2) Derecho Estricto, 3) Justicia y Derecho Natural, 4) Madurez del Derecho, 5) Socialización del Derecho. Véase 1 VINOGRADOFF, RESEÑA DE JURISPRUDENCIA HISTÓRICA 156 *et seq.* (1920). Las etapas que sugirió el Profesor Vinogradoff fueron: 1) Derecho Totemístico, 2) Derecho Tribal, 3) Derecho Cívico y Urbano, 4) Derecho Medieval, 5) Jurisprudencia Individualista, 6) Jurisprudencia Socialista. Además de las etapas de Pound y Vinogradoff, otras versiones menos graduales o más teleológicas del desarrollo histórico del derecho, tal como la del conocido esquema de Sir Henry Maine, para quien la evolución inexorable se produjo a partir del concepto del *status social* hacia una protección del concepto de *contrato* ("from status to contract"), se usan frecuentemente en la literatura jurídica "desarrollista". Véase, por ejemplo, Scidam "Law and Economic Development in Independent English Speaking Sub Sahara Africa". "Wisconsin Law Review" 999, en 1018-51 (1966). Una influencia semejante es visible en Gallanter, "The Modernization of Law", en "Modernization" 154 (Weiner ed. 1966).

(7) *Id.*

se esperaba en Costa Rica meramente porque las mismas instituciones sufren de una falta de funcionamiento aparentemente similar en una nación mucho más desarrollada económicamente.⁽⁸⁾ Porque, como está implícito en la noción de grado, los criterios para medir el funcionamiento de una institución son primordialmente los que emergen del país cuyo proceso de desarrollo se está examinando.⁽⁹⁾ Y, como se verá en una sección más adelante, funciones similarmente deficientes en dos países de desarrollo económico desigual pueden tener efectos económicos muy diferentes en cada país.

Ahora es necesario esbozar la metodología y terminología usada para evaluar los tres estudios.

C) Metodología y Terminología de Evaluación

Para poder medir el grado de capacidad de respuesta o conformidad de un sistema jurídico con sus metas de desarrollo, uno debe mirar el sistema como un conjunto de instituciones creadas con un propósito dado. El término "propósito" es por lo tanto mucho más inclusivo que "interés jurídico", uno de los conceptos claves de la llamada Escuela de Jurisprudencia Sociológica norteamericana del fallecido Decano Pound. Como lo define Pound, "Interés jurídico es una demanda o deseo que los seres humanos buscan satisfacer sea individualmente o en grupos, el cual, por lo tanto, debe tomarse en cuenta por el ordenamiento de las relaciones humanas...".⁽¹⁰⁾

Como se usa en este estudio, el propósito de un sistema jurídico presupone un tanto de racionalidad y factibilidad. En otras palabras, las metas del sistema jurídico se presume que sean consistentes con los recursos disponibles. Similarmente, el propósito del sistema se presume que incluya el ámbito más completo de necesidades económicas cualquiera que sea la manera en que sean formuladas y percibidas, siempre que su satisfacción por separado,

(8) El término "institución" se usa en este artículo en su sentido más comprensivo. Incluye reglas, principios de interpretación, conceptos, y procesos de formación del derecho en todas sus manifestaciones.

(9) El término "primordialmente" se emplea para calificar el standard *ad hoc* de evaluación puesto que la presente interdependencia cultural y económica de las naciones es tal que aún las categorías conceptuales aparentemente más autóctonas no son inmunes a la influencia extranjera.

(10) Véase Pound, *supra* nota 6, en 96.

o conjuntamente con otras, pueda ser considerada como una acción tendiente al desarrollo.

La razón para usar un concepto más amplio que el de interés jurídico es que el subdesarrollo económico es caracterizado de manera frecuente, precisamente por la inhabilidad de la sociedad en cuestión para percibir, formular o presentar demandas, a pesar del hecho de que existan necesidades de desarrollo de carácter verdaderamente social.⁽¹¹⁾ Esto quiere decir que la capacidad de respuesta o conformidad con las metas de desarrollo no deben medirse solamente por el criterio del número total de demandas satisfechas al menor costo social, sino además, con un criterio que toma en consideración la calidad y el potencial de desarrollo económico de las demandas.⁽¹²⁾ También quiere decir que la capacidad de respuesta debe medirse no solamente ante demandas formuladas, sino también ante varios otros tipos de deseos de acción social, especialmente aquéllos susceptibles de convertirse en demandas de desarrollo bajo circunstancias propicias. De acuerdo con ello, los siguientes términos se han usado en nuestra evaluación de la capacidad de respuesta de las instituciones jurídicas de Costa Rica:

1) una demanda, definida como un reclamo expreso o articulado de acción jurídica, para obtener la cual un grupo u organización social ejerce presión activa;

(11) Véase desde un punto de vista legal constitucional, STONE, HUMAN LAW, AND HUMAN JUSTICE 282 *et seq.* (1968); desde el punto de vista de instituciones políticas, véase Eisenstadt, *Problemas de las Burocracias Emergentes en Áreas en Desarrollo y en Nuevos Estados*, en INDUSTRIALIZATION AND SOCIETY 159, 166-67 (Hoselitz and Moore eds. 1968). Véase también para las implicaciones económicas de una imagen de grupo de presión, HIRSCHMAN, THE STRATEGY OF ECONOMIC DEVELOPMENT pág. 12 (1961).

(12) El requerimiento de que la demanda tenga un potencial de desarrollo toma en cuenta dos objeciones diferentes al punto de vista utilitario —pragmático según el cual la función del derecho es satisfacer tantas demandas o reclamos *de facto* como sea posible sin quebrantar la estructura social. Una objeción planteada por STONE, *supra* nota 11, en 284, distingue claramente entre las demandas de los planificadores del desarrollo y aquellas de la mayoría de la población de una sociedad subdesarrollada que pueden ser, en un país como la India, totalmente extrañas o inconsistentes con el desarrollo económico. La segunda objeción es aparente, entre otros escritos, en GALBRAITH, THE NEW INDUSTRIAL STATE pág. 22 ss. (1967): Muchas de las demandas de la sociedad se originan en los grandes productores de mercancías y servicios y sus agencias de propaganda. Al requerir que la demanda tenga un potencial de desarrollo económico, se asume que solamente aquellas demandas que tengan probabilidades de contribuir a mejorar el standard de vida de la comunidad en su totalidad deben ser satisfechos. El standard utilitario-pragmático, sin embargo, se retiene en parte porque se parte de la premisa que la meta principal del sistema jurídico en el desarrollo económico es la satisfacción del mayor número posible de demandas *con potencial de desarrollo*.

2) una aspiración, definida como un deseo generalizado de acción jurídica, que se diferencia de la demanda por no estar articulado, o estarlo vagamente, y que por tanto no es objeto de presión activa por parte de un grupo u organización social;

3) una expectativa, definida como una aspiración específica o determinada. La expectativa es un deseo de acción social que al igual que la aspiración no está apoyada por una presión activa, pero que a diferencia de ella se encuentra articulada claramente en términos de la cantidad, calidad y duración de la acción deseada. Así, cuando un grupo de hombres de negocio hace presión para que se otorgue un cierto tipo de incentivo fiscal o se permita la construcción de una sociedad comercial determinada, sus esfuerzos se denominarán una demanda; mientras que si un segmento de la población desea más crédito para comprar aparatos caseros, pero tal deseo no se formula como un reclamo de acción jurídica respecto al costo o la disponibilidad de crédito, será denominado una aspiración. Por otro lado, si los presuntos inversionistas pueden hacerse oír sobre los porcentajes de ganancia que desean en sus inversiones en valores mobiliarios, su deseo (aún inarticulado como una demanda) será denominado una expectativa.

4) Finalmente, el término propensión será usado para describir una actitud, que si bien no se ha configurado como una demanda, aspiración o expectativa, podría fácilmente convertirse en una de ellas o degenerar en una conducta contraria o violatoria de la normativa vigente, una vez que el grupo o individuo haya sido expuesto al estímulo correspondiente. Así, en el ejemplo precedente, una sociedad o un grupo que arriesga sus ahorros en juegos de azar o en negocios aleatorios, podría decirse que tiene una propensión a invertir en valores comerciales una vez que se cumplan las pre-condiciones propias para su adquisición. La propia sociedad o grupo, sin embargo, también puede tener la propensión a realizar actos ilícitos cuando se halle ante la obligación de pagar impuestos, sobre las ganancias de su inversión, que consideren elevados.

Debe enfatizarse que la categoría más apta a ser trasladada a acción jurídica inmediata es sin duda la demanda. También es claro que puesto que reflejan deseos específicos o determinados, las expectativas tienen mayores posibilidades de convertirse en

demandas que las aspiraciones. Consecuentemente, al evaluar el comportamiento de las instituciones jurídicas costarricenses, debe preguntarse no solamente cómo han respondido a las demandas interpuestas sino también hasta qué punto el sistema jurídico ha permitido o alentado la formulación de expectativas y cómo ha manejado las propensiones. Cuando se contesten estas preguntas, será apropiado preguntar, al discutir los elementos de una teoría del derecho en el desarrollo económico, qué puede hacerse para mejorar el comportamiento del sistema. Volvamos ahora nuestra atención hacia los estudios en forma individual.

II.—LA LEY DE FOMENTO INDUSTRIAL DE 1959

A) Rasgos Básicos

El primer estudio⁽¹³⁾ se concentra sobre la ley N° 2426 de 3 de setiembre de 1959 de Protección y Desarrollo Industrial, también conocida como la Ley de Fomento Industrial (L.F.I.) y que estuvo en vigor en Costa Rica durante una década, hasta la adopción del Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales a la Industria en 1969. Entre los objetivos principales de esta ley, como se expresó en el primer artículo están los siguientes:

“... Contribuir a la diversificación y fortalecimiento de las actividades económicas del país, procurando canalizar el ahorro nacional, y atraer inversiones procedentes del exterior para crear nuevas fuentes de ocupación mejor remuneradas”⁽¹⁴⁾

Además, hay otros objetivos implícitos, tales como:

- a) estimular la producción interna de materias primas;
- b) el crecimiento del ingreso nacional;
- c) mejorar la balanza de pagos;
- d) lograr una mayor eficiencia en la industria local;

(13) Se llevó a cabo por los señores Lorin S. Weisenfeld y David A. Gantz y se publicó en la Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, en el N° 14 correspondiente a diciembre de 1969 (de aquí en adelante referido como Estudio de Industrialización). En su versión final se espera publicarlo en la primavera de 1972 como parte de un volumen intitulado “Derecho en el Desarrollo Económico, la Experiencia Costarricense”.

(14) Véase Artículo 1 de la L.F.I.

- e) mejorar la distribución geográfica de la industria en Costa Rica; y
- f) disminuir los precios al consumidor.⁽¹⁵⁾

Con el fin de obtener esos objetivos, la ley provee la concesión por el gobierno de Costa Rica a las industrias clasificadas ya sea como “nuevas” o “establecidas”, de una serie de exoneraciones y beneficios fiscales después de la aprobación de una solicitud y la firma de un contrato con el Estado.⁽¹⁶⁾ El artículo 16 de la ley define como industrias nuevas a las que producirán ar-

(15) Artículos 17, 19 y 47 de la L.F.I.

(16) Artículo 19.—El Poder Ejecutivo podrá conceder a las plantas industriales que sean clasificadas como industrias nuevas, los siguientes beneficios:

- a) Franquicia aduanera del 99% sobre materiales de construcciones que se necesiten importar, para construir el edificio de la fábrica, sus dependencias y obras necesarias así como viviendas anexas para sus trabajadores, previa presentación de planos y presupuestos debidamente aprobados por el INVU, cuando de viviendas para trabajadores se trate. Para obtener dicha franquicia aduanera, el o los interesados, deberán presentar ante la Comisión Consultiva y de Coordinación para el Fomento Industrial, planos de las obras a realizar, con detalle de los materiales e implementos que se van a consumir, debidamente aprobados y firmados por un ingeniero civil o arquitecto incorporados;
- b) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de motores, maquinaria, herramientas, equipo y accesorios que se requieran para la fabricación de los productos en la planta industrial beneficiaria por esta ley, así como de los instrumentos de laboratorio necesarios para la investigación, fabricación y control de esos productos;
- c) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de combustible y lubricantes, excepto de la gasolina, que sean necesarios para producir energía o para utilizarse en cualesquiera otros fines indispensables en la producción de la planta industrial. Esta franquicia cubrirá también las industrias ya establecidas en casos muy calificados y a juicio del Ministerio de Economía y Hacienda. La franquicia aduanera a que se refiere este inciso, se podrá otorgar, para generación eléctrica, solamente en el caso de que dicha energía no pueda ser suministrada adecuadamente, por los servicios establecidos. No se dará franquicia aduanera a la importación de combustible y lubricantes destinados a equipo de transporte;
- d) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de materias primas, productos semielaborados o materiales que entren en la composición o en el proceso de elaboración del producto;
- e) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de empaques y envases que requiera el producto terminado;
- f) Exención de impuestos territoriales durante cinco años. Asimismo, se podrá exonerar de los impuestos municipales que se cobren a las instalaciones industriales, si así lo aprueba, previamente, la Municipalidad del lugar donde se localizaren;
- g) Exención de impuestos fiscales del 100% durante la primera mitad y del 50% durante la segunda mitad del plazo que le sea concedido a la planta industrial que pesan sobre el capital invertido y sobre las utilidades obtenidas, en la misma para disfrutar de los demás beneficios que concede esta ley. Con respecto a los impuestos municipales, que se cobren sobre el capital invertido, su concesión estará condicionada a lo dispuesto en el último párrafo del inciso anterior;

tículos no producidos antes en el país, o que si se producen, lo sean en una cantidad inferior al 10% de la demanda local. Todas las otras industrias son definidas como "establecidas".

Dependiendo de si el solicitante está clasificado como una industria nueva o como una industria establecida, puede ser exonerado del pago de aforos en la importación de materia y artículos semi terminados por un período de 10 años.⁽¹⁷⁾ Además, la Comisión Industrial, órgano del Ministerio de Industrias responsable de la administración de la ley, puede dar exoneraciones para la importación de una más amplia lista de materiales y productos. Puede también eximir del pago de impuestos territoriales, sobre la renta, los aumentos de capital y de gravámenes a la exportación.⁽¹⁸⁾ Adicionalmente, otros Ministerios del Gobierno de Costa Rica pueden otorgar al solicitante protección arancelaria especial contra la competencia extranjera y darle asistencia técnica, fianzas para préstamos y otros incentivos fiscales.⁽¹⁹⁾ El criterio con el cual estos considerables beneficios han sido administrados, según el artículo 17 de la L.F.I., son los siguientes:

Artículo 17: Los beneficios de esta ley, y el plazo durante el cual se otorgarán a una planta industrial, serán determinados tomando en cuenta el grado y número en que concurren los siguientes factores:

- a) El aporte al ingreso nacional y la forma en que se distribuirá entre los factores de producción;
- h) Exención del pago de impuestos de exportación sobre los artículos producidos por la planta industrial beneficiaria de esta ley, en los casos que sea necesario, para permitir la competencia del producto en el mercado externo; e
- i) Exención del monto que le corresponda, por concepto del Impuesto sobre la Renta, por aquella parte de las utilidades que la empresa reinvierta en mejoras, tanto en la propia industria como en viviendas para sus trabajadores, y que compruebe debidamente ante la Tributación Directa.

El uso de materia prima o productos semielaborados nacionales será factor de primordial importancia en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo.

Artículo 20.—El Poder Ejecutivo podrá conceder a las plantas industriales que sean clasificadas como industrias establecidas, solamente las exenciones contenidas en los incisos a), b), d), e), h), e i), del artículo anterior en un 90%.

(17) En el caso de nuevas industrias, la exoneración puede cubrir hasta el 99% y en los casos de las industrias establecidas hasta el 90%. Véase artículos 19 y 20, *supra* nota 16.

(18) Artículos 15, 19 y 20 de la L.F.I.

(19) Artículos 5, 7, 10, 11, 12 de la L.F.I.

- b) Las materias primas o productos terminados o semiterminados nacionales que utilice así como aquellos para cuya futura producción en el país sea un estímulo;
- c) El mercado que pueda asegurar para una actividad agrícola;
- d) Sus efectos sobre la balanza de pagos;
- e) El plan financiero, la cuantía de las inversiones, su distribución y la participación que tenga en la empresa el capital costarricense;
- f) La eficiencia del equipo, mercado que abastecerá, repercusiones sobre la ocupación y cualesquiera que concurren a determinar la conveniencia económico-social de la industria;
- g) Localización de la industria; para este propósito serán tomadas en cuenta las facilidades ofrecidas por la zona en la cual la actividad está localizada y especialmente que la electricidad sea suplida, sin intermediarios, por el Instituto Costarricense de Electricidad o las municipalidades...

De acuerdo al mismo artículo, el peso de estos factores será establecido en el reglamento que el Poder Ejecutivo expida a este efecto.*

B) Factores en la Promulgación de la L.F.I.

El estudio de la historia legislativa de la ley de 1959 se remonta hasta otra ley de 1940, que si bien estuvo en vigencia técnicamente hasta 1959 había tenido poca importancia práctica.⁽²⁰⁾ La ley de 1940 trató de aumentar las actividades industriales otorgando exenciones de impuestos y de derechos de importación de bienes de capital, aceite diésel y lubricantes, siempre que las nuevas industrias usaran un mínimo del 75% de materias primas locales,

(*) Ley El Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales N° 3142 del 29 de julio de 1963.

(20) Ley que favorece el establecimiento de Industrias totalmente Nuevas, N° 36 de Dic. de 1940.

como resultado del alto requerimiento de materias primas nacionales, pero debido a los porcentajes de ganancia en las empresas agrícolas, sobre todo en el cultivo del café, muy pocos industriales solicitaron los beneficios de esta ley. La reducida actividad industrial que existía en Costa Rica en los primeros años de la década del 50 era básicamente del tipo de sustitución de importaciones o ensamble, estimulada, como en casi todos los países latinoamericanos, por la escasez de productos creada por la Segunda Guerra Mundial, y justificada política y económicamente por las recurrentes dificultades en la balanza de pagos.⁽²¹⁾ De ahí que no es de sorprenderse que la primera propuesta sería de sustituir esta ley, hecha en 1953, provino precisamente del mismo pequeño grupo de propietarios promotores del tipo de industrias de ensamble o de sustitución de importaciones ya organizados como Cámara de Industrias de Costa Rica. Los relativamente pocos miembros de la Cámara de Industrias de Costa Rica en los primeros años de la década de los 50 no estaban solos en su predilección por la industrialización como la principal política para acelerar el desarrollo económico. La Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL) había endosado los puntos de vista de uno de sus economistas de más influencia, Raúl Prebisch, quien en su "manifiesto" de 1949 dijo:

"... En otro tiempo, antes de la gran depresión, el desarrollo de los países latinoamericanos era estimulado desde afuera por el constante aumento de las exportaciones. No hay razón para suponer, al menos por el momento, que esto ocurrirá al mismo grado, excepto bajo circunstancias excepcionales. Estos países ya no tienen alternativa entre la expansión de sus exportaciones y la expansión interna a través de la industrialización. La industrialización ha llegado a ser el medio más importante de expansión..."⁽²²⁾

Estas palabras y su tono nacionalista fueron de mucha influencia entre el grupo creciente de técnicos y entre los políticos

(21) El Profesor Albert Hirschman, en su excelente artículo, *The Political Economy of Import Substituting Industrialization in Latin America*, (*La Economía Política de Industrialización Sustitutiva de Importaciones en Latino-América*, 82 *The Quarterly Journal of Economics* (1968)), menciona dos impulsos adicionales de la industrialización; sustitutiva de importaciones el crecimiento gradual de los ingresos y la política de desarrollo deliberado. Estos dos factores y, especialmente el último, se hicieron sentir a la hora de promulgar la L.F.I.

(22) *THE ECONOMIC DEVELOPMENT OF LATIN AMERICA AND ITS PRINCIPALS PROBLEMS* (1950), citado por Hirschman, *supra* nota 21, en 2.

de izquierda en Costa Rica. De los partidos políticos costarricenses el de mayor influencia recientemente en el país es el Partido de Liberación Nacional (PLN), muchos de cuyos jefes favorecían sustancialmente el punto de vista de Prebisch y de la CEPAL.

El proyecto de Ley de Fomento Industrial preparado por la Cámara de Industrias en 1953, en agudo contraste con la ley de 1940, debe estímulo financiero y tarifaria protección a las nuevas industrias sin tomar en cuenta su grado de dependencia económica de las materias primas domésticas.⁽²³⁾

Aunque la influencia política y económica de la Cámara de Industrias, en comparación con la de los cultivadores y exportadores de café, era todavía pequeña en 1953, creció en importancia cuando los precios del café empezaron a caer drásticamente en el mercado mundial y el proceso de integración económica regional se empezó seriamente. La exportación de café, que al final de la década de los cincuenta llegaba a más del 50% del total de los ingresos de exportación de Costa Rica, produjo ganancias mucho menores cuando los precios decayeron de 58 centavos por libra en 1953 a 43 centavos en 1958. Mientras tanto, cuando el primer tratado importante creando un Mercado Común Centroamericano (M.C.C.A.) fue firmado en junio, 1958,⁽²⁴⁾ Costa Rica se encontró en desventaja económica como miembro del mercado por carecer de una ley de fomento industrial que le permitiera competir con las otras naciones centroamericanas. Porque si a consecuencia de los programas de fomento industrial más atractivos de las otras naciones éstas podían establecer industrias cuyos productos tuvieran libre comercio en la región, Costa Rica hubiera perdido las ventajas inherentes a tener una industria particular operando en su suelo, y hubiese adquirido un balance de comercio desfavorable con respecto a los países exportadores de la región.

Por lo tanto, la atmósfera económica y política, parecía propicia para hacer una campaña encaminada a obtener la promulgación de una ley de Fomento Industrial. La campaña se inició en febrero de 1955, al mismo tiempo que comenzó la preparación

(23) Véase Estudio de Industrialización, en 4-5.

(24) Véase Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Centro Americana, 454 U.N.T.S. 47 (1963). Este Tratado se firmó en 1958, pero se hizo efectivo para Nicaragua, El Salvador, y Guatemala el 2 de junio de 1959; para Honduras el 22 de abril de 1960; y para Costa Rica el 23 de setiembre de 1963.

de otro esbozo de L.F.I. por varias oficinas gubernamentales y por el entonces Presidente de la Cámara de Industrias. Sus cuatro años de campaña fueron reveladores tanto de su pericia como negociador como de los muchos factores involucrados en estimular y moldear la promulgación de legislación económica fundamental en Costa Rica. De sumo interés, es notar que la oposición por grupos de presión económicos como la Cámara de Agricultura y la Asociación Costarricense de Representantes de Casas Extranjeras (esencialmente un grupo de importadores de productos de consumo), no fue un factor importante una vez que la ley fue presentada a la Asamblea.

La Cámara de Agricultura difícilmente podía argumentar en contra de la industrialización con base a los ingresos provenientes del café, toda vez que estos habían decaído drásticamente. En ausencia de otras cosechas más productivas, una actitud flexible hacia las posibles oportunidades industriales parecía ser un curso de acción aconsejable para muchos grandes propietarios rurales. Los representantes de casas extranjeras eran, por su parte, el grupo económico que podía ser más afectado por la aprobación de la L.F.I. Una cantidad substancial de las futuras manufacturas en Costa Rica podía darse a costa de los productos y materiales importados por ellos. No obstante su oposición, la cual tuvo un fuerte inicio en años anteriores a la presentación de la L.F.I. en una serie de debates de prensa con los industriales, se había debilitado considerablemente al momento en que la ley llegó al Plenario del Congreso.⁽²⁵⁾ Y, una vez que pareció probable la aprobación de una ley de fomento industrial que posibilitase la competencia de Costa Rica con los otros países Centroamericanos, la Cámara de Agricultura y los Representantes de Casas Extranjeras carecieron de la necesaria disposición o preparación para el esfuerzo de definir y limitar los alcances de la ley. Por otra parte, fueron muy importantes en la aprobación de la ley, la inercia burocrática, las

(25) El Estudio de Industrialización, pág. 19, cita la siguiente carta de aviso publicada en los tres periódicos principales de San José el 8 de enero de 1957:

Atención Legisladores: Recibimos con agrado una ley justa, balanceada y esbozada científicamente, que estimule la industria Costarricense; pero consideramos la ley así llamada para el fomento Industrial una fuente de evasión de los de aduana e impuesto sobre la renta, en contra de nuestros principios Constitucionales, de la libertad de comercio y del funcionamiento de las instituciones autónomas y los hospitales de la nación, para el beneficio de un pequeño y selecto grupo y en contra del consumidor, del agricultor y del ganadero (versión libre del original).

arcaicas reglas de trabajo de las comisiones legislativas y de los debates de Plenario, y finalmente la falta de mecanismos legislativos para obtener y dar la necesaria información técnica y socio-económica.

Los proponentes del proyecto rápidamente tornaron la inercia burocrática (a niveles ejecutivos y legislativos) a su favor. Primero, buscaron la cooperación de varios funcionarios y oficinas gubernamentales en la preparación del proyecto, cooperación asegurada por las reglas más elementales de cortesía en Costa Rica. Más tarde, estos funcionarios se verían confrontados con la difícil escogencia de tener que admitir públicamente que ellos no habían hecho su trabajo de revisión y crítica, o aceptar el producto terminado suministrado por la Cámara de Industrias como un "esfuerzo conjunto".⁽²⁶⁾ La Constitución de Costa Rica prohíbe la reelección consecutiva y por ello impide la acumulación de experiencia legislativa por uno o varios diputados.⁽²⁷⁾ Las comisiones estaban formadas por tres diputados nombrados con base a sus preferencias y afiliaciones políticas, en vez de por sus conocimientos y experiencias específicas. No existía personal técnico auxiliar para los trabajos de investigación de la comisión.

Eventualmente, la diligencia notoria de la Cámara de Industrias en redactar y volver a redactar el proyecto condujo a un procedimiento de trabajo por el cual la formación del texto reflejaba por sobre todo los esfuerzos de los representantes de dicha Cámara. De acuerdo a la reconstrucción de las sesiones por el señor Weisenfeld.

"... el comité se reunió solo una vez (y)... terminó transfiriendo sus sesiones del edificio de la Asamblea a las oficinas de la Cámara de Industrias, donde habían más servicios y mayores comodidades y donde la información necesaria para apoyar el proyecto estaba en el archivo... Por lo tanto, solamente tuvieron que reunirse tres veces porque la Cámara de Industrias, muy ansiosa en colaborar, ya había

(26) En una ocasión, esta práctica parece haber tenido un resultado contraproducente cuando el Ministro de Agricultura e Industria al recibir inesperadamente un borrador de la Cámara de Industrias pudo responder con otro borrador gubernamental. En la armonización de los dos proyectos, sin embargo, los intereses de la Cámara de Industrias parecen haber estado bien provistos. Sobre este punto véase Estudio de Industrialización, en 14.

(27) Artículo 107 de la Constitución de Costa Rica, *Constitución Política de Costa Rica*, Asamblea Legislativa, Imprenta Nacional (1967).

preparado cuatro esbozos, cada uno más cercano a sus puntos de vista que los anteriores...".⁽²⁸⁾

De la misma manera, la Cámara de Industrias sacó provecho del procedimiento anárquico que permitía hacer proposiciones totalmente nuevas en el Plenario de la Asamblea, abriendo de esta manera las puertas a consideraciones frecuentemente subjetivas e irrelevantes y evitando que las más serias objeciones fueran objeto de un estudio de mayor profundidad.⁽²⁹⁾ Lo más importante, fue la falta de información técnica y socio-económica sobre los efectos de las varias proposiciones hechas y la aceptada imposibilidad de obtener tal información a tiempo (un hecho que para algunos de los diputados justificó su aceptación de las sugerencias de la Cámara de Industrias.⁽³⁰⁾ La falta de información, fue también, frecuentemente usada por los proponentes de la ley como una cortina de humo contra las oposiciones y objeciones que amenazaban alterar el proyecto. Fue por ello que una proposición para restringir los beneficios de la ley sólo a las industrias que usaran por lo menos el 50% de materias primas nacionales nunca fue discutida por los diputados a pesar del hecho de que en las palabras del señor Weisenfeld:

(28) La reconstrucción en el texto principal se tomó de la transcripción de la presentación hecha por Lorin Weisenfeld durante el Seminario de la Universidad de Arizona. Comentando sobre el estudio de Weisenfeld y su presentación oral, el Profesor Williams dijo, "... Estoy asombrado con la amabilidad y la intimidad de todo este proceso...". Agregó después que el proceso de la Asamblea Costarricense bien pudo haber sido afectado en su falta de un debate productivo por características tales como la informalidad y esmerada cortesía que, bajo otras circunstancias, hubieran sido admirables. Apuntó Williams que irónicamente Costa Rica estaba en la situación envidiable de tener que crear e institucionalizar lo que en otros países y bajo otras circunstancias han degenerado en vicios del proceder político.

(29) Por ejemplo, el debate sobre una propuesta para ampliar un artículo sobre educación vocacional para proveer una escuela vocacional en la ciudad natal de uno de los diputados tomó más de dos días. Igualmente, un farmacéutico político absorbió una porción considerable del debate sobre la composición de la Comisión Industrial, tratando de que se le diera un lugar permanente en la Comisión a un farmacéutico o representante de la industria farmacéutica debido al "alto grado de adelanto farmacéutico ya alcanzado en Costa Rica". Véase Estudio de Industrialización, en 48-50.

(30) Algunas de las declaraciones hechas por varios diputados al Sr. Weisenfeld son particularmente sorprendentes: "... Nosotros nos abocamos al desarrollo industrial con los ojos cerrados, sabiendo que los resultados serían buenos...". "... Nosotros sabíamos que la Cámara de Industrias había trabajado de cerca con el Gobierno en la preparación del texto, y nos sentíamos seguros al confiar en su criterio...". Uno de los diputados que manejaron la ley en el plenario de la Asamblea declaró: "... Varios diputados me han confesado a mí que ellos votaron por la ley (una enmienda a la ley) sin considerar su importancia...". El otro diputado encargado de manejar el asunto más importante, confesó que "La mayoría de los diputados votaron sin entender las implicaciones del asunto". Véase Estudio de Industrialización, en 98-103.

"fue directamente al meollo del asunto. Planteó el problema de si el Estado tenía la intención de fomentar toda industria sin tomar en cuenta su contribución a la economía nacional o su costo al Tesoro Nacional, o si el fomento estatal debía limitarse a aquellas industrias que dependían substancialmente de materias primas nacionales".⁽³¹⁾

Es de mencionar que esta proposición no fue hecha por un diputado que representaba a un grupo de presión determinado, sino por uno descrito en el estudio como un personaje independiente,

"orgulloso de que en los grandes temas del día sus creencias periódicamente discrepaban del sentir común...".⁽³²⁾

Más aún, las objeciones más serias inevitablemente involucraban ideologías partidistas, sin tomar en cuenta lo alejada que estaba la discusión de los puntos legales y socio-económicos planteados por el proyecto. Así, la discusión sobre el control de precios y la regulación de los monopolios que podría haber sido con mayor facilidad objeto de legislación separada, y la proposición de que el Estado actuase como garante de los préstamos a industriales, absorbieron mucho más tiempo que el que se dedicó a la discusión sobre las exoneraciones de impuestos que se otorgaban a las nuevas industrias, las cuales constituían el punto principal de la ley. Por otro lado, la Asamblea nunca discutió prioridades industriales ni cómo sacar mayor ventaja de los recursos y capacidades de la Nación, ni tampoco se combatió la idea o presunción de que era necesario otorgar exoneraciones de aforos y otros impuestos. En resumen, la ley no fue objeto ni siquiera de un análisis rudimentario sobre sus posibles costos y efectividad.

Podría argumentarse que la ausencia de una clientela política electoral discernible fuera el motivo de que algunas discusiones se convirtieran en asunto de debate exhaustivo y otras no (aunque en muchos casos la clientela electoral no fuera real sino más bien el sentimiento de fidelidad de un diputado hacia un punto abstracto

(31) *Id.*, en 102.

(32) *Id.*, en 56.

o doctrinario de su ideología).⁽³³⁾ Y, puesto que la sustitución de importaciones todavía no había adquirido sus enemigos políticos, se pudo haber llegado a la conclusión de que no se podía esperar aún una argumentación opuesta a la misma en la Asamblea Legislativa. Sin embargo, esta explicación respecto a la ausencia de un proceso más efectivo de interrogación crítica y argumentación opositora ignora el hecho de que en la raíz de las decisiones económicas importantes existe invariablemente una ubicación de tipo político y, por ello, si el proceso legislativo en Costa Rica hubiera contado con los medios para hacer patentes al pueblo y a sus diputados, las escogencias político-económicas inherentes en la propuesta, la ley inevitablemente hubiera reflejado una mayor conciencia de sus posibles efectos.

Es cierto, por otro lado, que existían entidades fuera de la Asamblea Legislativa, como el Ministerio de Hacienda y el Banco Central, que podían haber contribuido con información de mayor importancia o con preguntas de más contenido.⁽³⁴⁾ Sin embargo, el estudio señala con certeza la incapacidad de la Asamblea Legislativa para obtener la clase de información que debía haber sido suplida por expertos o técnicos especializados.

Al utilizar hábilmente estos factores, los proponentes de la L.F.I. ayudaron a dramatizar una de las características más significativas en el proceso legislativo costarricense de aquel entonces, —la ausencia de lo que puede ser descrita como una “elaboración conflictiva”. Esta falta determinó que en el texto de la L.F.I. aparecieran conceptos claves sin ser definidos, ni hubiera criterios

(33) Un comentario perceptivo de un diputado con respecto a la naturaleza de la ley fue expresado durante un debate:

“...Me parece a mí que esta ley cambiará la estructura total socio-económica del país, o la tratará de cambiar. Automáticamente, vamos a tener que enfrentar una serie de problemas, el mayor de los cuales será el de cambiar los conceptos fijados en las mentes de todos los Costarricenses... No podemos enmarcar nuestras discusiones en términos de conceptos económicos feudales, porque, en realidad, estaríamos hablando otro idioma del que usa esta Ley de Fomento Industrial”.

Id., en 56.

(34) A pesar de que el Banco Central de Costa Rica envió un memorándum detallado a la Asamblea proponiendo reducciones sobre beneficios disponibles, incluyendo exenciones a las industrias establecidas, la eliminación o reducción del porcentaje de exoneración de derechos de aduana y la promulgación de nuevas leyes de ingresos para compensar las pérdidas debidas al fomento industrial, su efecto sobre los diputados fue marginal principalmente debido a la falta de contactos personales posteriores a su envío.

Id., en 46-48.

o líneas de guía para su definición por vía administrativa de reglamentación. Las consecuencias de estas definiciones se verán en la sección siguiente.

C) Efectividad de la L.F.I.

El estudio de David A. Gantz sobre el impacto de la L.F.I. investigó hasta qué punto las metas expresas y objetivos implícitos de la L.F.I. fueron logradas en los 10 años que siguieron a la promulgación de la ley.

Medir el impacto de la L.F.I. dentro de la estructura industrial de Costa Rica resultó difícil debido a la falta de estudios de información estadística confiables y también a la presencia de factores extrínsecos e imponderables, tales como el M.C.C.A. (Mercado Común Centroamericano). Poniendo a un lado las consideraciones regionales, algunas indicaciones brutas de actividad industrial dan un cuadro favorable para el período 1960-1968. El promedio de crecimiento en el sector industrial de la economía de Costa Rica entre 1960 y 1968 fue aproximadamente de 21% por año, comparado con una tasa de 9% para el producto doméstico en bruto.⁽³⁵⁾ En forma similar, el sector industrial fue responsable por casi el 20% del producto doméstico en bruto. La inversión nueva realizada bajo la ley fue estimada en \$ 113 millones (el 70% de la inversión total en nuevas firmas o líneas de producción), y el empleo industrial fue estimado en 16.000 hombres.⁽³⁶⁾

Pero por otra parte la evaluación de la contribución de la L.F.I. al aumento de la productividad, a la mejor distribución de los ingresos y al descenso de los precios al consumidor, indica que sus efectos en estas áreas fueron insignificantes. El desempleo en lugar de reducirse o estacionarse se volvió más agudo después de los primeros cinco años de la promulgación de la ley.⁽³⁷⁾

(El desempleo fue estimulado por uno de los grados más altos de crecimiento de población en el mundo —4% por año). Desde 1965 hasta 1967 el cuadro del balance fiscal y de comercio

(35) *Id.*, en 138 ss. Las estadísticas del texto fueron suplidas por la Oficina de Planificación.

(36) *Id.*

(37) *Id.*

exterior era bastante negativo.⁽³⁸⁾ Lo que es más, cuando el cuadro comercial, fiscal y de empleo empezó a mejorar notablemente en 1968, el motivo más frecuente citado no fue el industrial, sino el resurgimiento masivo del cultivo del banano.⁽³⁹⁾

En vista de la información parcial arriba mencionada, fue necesario examinar en detalle la naturaleza de la estructura industrial de Costa Rica, evaluando su tamaño, su eficiencia, la balanza comercial y los gastos fiscales. En Costa Rica existían pocas firmas grandes o productoras de mercancías importantes. La mayor inversión fue de ocho millones de dólares, correspondientes a la única refinería de petróleo existente. Fuera de esto, sólo unas pocas firmas invirtieron más de un millón de dólares cada una. Este último grupo representó aproximadamente un tercio de la inversión local bajo la ley.⁽⁴⁰⁾ Este grupo produjo una suma substancial de productos intermedios, tales como aceite y gasolina, fertilizantes, cemento, harina, sustancias químicas, etc. Les seguía en tamaño la industria cuya inversión variaba entre \$ 150.000 a un millón de dólares. En este segmento, se ubicaban unas 70 firmas que representaban un 40% de la inversión total bajo la L.F.I. y producción una variedad amplia de productos intermedios y para el consumo.

El tercer grupo, con una inversión que fluctuaba entre \$ 1.000 y \$ 150.000 por firma, excedía de 200 firmas y se dedicó a la producción de productos de consumo. En total, menos de 85 firmas (en las categorías grande y mediana) representaban más del 70% del total de la nueva inversión bajo la ley, y más de 200 pequeñas industrias representaban el resto.⁽⁴¹⁾ No es raro que entre las pequeñas industrias, por ejemplo, se encontrara el tipo en que las "materias primas" consistían de sorgo estampado y vidrio cor-

(38) En 1965, el Gobierno de Costa Rica, contra un ingreso total de 417.9 millones de colones, gastó 592.4 millones con un déficit de 120.5 millones. En 1966, el ingreso fue de 514.3 y los gastos 686.3, con un déficit de 172.0 millones de colones. En 1967, el ingreso fue 538.7 contra un gasto de 751.4, con un déficit de 212.7 millones de colones. Debe notarse, sin embargo, que los últimos dos déficits reflejaron los efectos de una catástrofe nacional, la erupción del Volcán Irazú. Durante estos mismos tres años, las estadísticas sobre el comercio extranjero muestran un balance negativo de 66.4%, 43.0% y 46.9%, respectivamente. *Id.*, en 175-77.

(39) Durante el Seminario de la Universidad de Arizona, el Profesor González de la Universidad de Costa Rica calculó que el empleo para trabajadores había alcanzado el nivel de 15,000 hombres de un nivel anterior de menos de 5,000 en menos de tres años.

(40) El Estudio de Industrialización, en 142 *et sequ.*

(41) *Id.*

tado o fabricado. La producción de motocicletas es característica del tipo de industria de ensamble en Costa Rica, que se describe como sigue por el Sr. Gantz:

"Sólo la pintura de marcos y guardabarros y el ensamblaje final se hace localmente. No se usan componentes producidos local ni regionalmente, en parte debido a que cada firma insiste en hacer muchos modelos diferentes. Una, la más grande, produce 900 unidades al año con menos de 10 operarios y arma varios modelos diferentes de las tres marcas. Ningún productor regional puede producir componentes en volúmenes tan bajos; el valor local agregado es, consecuentemente, menor que el 15%".⁽⁴²⁾

Las "materias primas" y las "partes componentes" que necesitan estas industrias beneficiadas gozan de una exoneración casi total de derechos y están protegidas contra la competencia extranjera por tarifas que frecuentemente llegan al 100% ad valórem.

Después de un estudio exhaustivo de las economías de escala, valores agregados⁽⁴³⁾ y precios comparativos al consumidor, llevado a cabo para los tres tipos de industrias, el Sr. Gantz llega a la siguiente conclusión:

"...Por lo tanto la nueva estructura industrial de Costa Rica es una combinación tanto de mejora como de deterioro. Algunos sectores constituyen una definitiva mejoría económica; otros, evidencian beneficios netos menos ciertos. Un tercer grupo desgraciadamente grande ha sido perjudicial para el país...".⁽⁴⁴⁾

Tras esta conclusión era necesario preguntarse hasta qué punto los resultados obtenidos fueron la consecuencia de una legislación defectuosa y hasta qué punto podrían haber sido remediados por una administración más alerta y activa.

(42) *Id.*, en 165.

(43) Las definiciones de valor agregado usado por el Sr. Gantz son las siguientes: El *valor agregado de producción* es la diferencia entre el valor del producto final y el costo del material invertido; el *valor agregado local* es la diferencia entre el valor del producto final y la suma de todos los gastos de insumos importados, incluyendo materias primas importadas, componentes, capital, promoción y similares. *Id.*, pág. 148.

(44) *Id.*, págs. 166-67.

El estudio concluye que la responsabilidad de los resultados defectuosos de la ley debe compartirse igualmente por sus redactores y por sus administradores. Por un lado, ni la L.F.I. ni su reglamentación proveían los medios que permitían a administradores sin experiencia hacer uso máximo de los incentivos disponibles. Clarificando implícitamente el campo del Artículo 17 de la L.F.I. (ver *supra* sección II., A.) y facilitando su aplicación, el Artículo 28 del Reglamento contenía una lista de factores determinantes, tales como:

"A) el ahorro de divisas extranjeras que permita la sustitución de importaciones por productos que producirán las industrias de exportación; B) relación entre el valor de las materias primas, artículos semi-elaborados y terminados nacionales y el valor del producto final... C) la contribución al ingreso nacional medida a través del rendimiento por hora hombre de trabajo, tomando como base para la comparación el rendimiento promedio de las actividades industriales del país..."⁽⁴⁵⁾

Conspicuamente ausente del texto de los factores determinantes estaban las cifras, fórmulas o guías que pudieran haber dado una base más clara para decidir cuál porcentaje de valor agregado, por ejemplo, era deseable o tolerable, o cuál era un ahorro significativo de divisas extranjeras por tipo de industria o por artículo. Como podría predecirse antes de su promulgación, términos tales como "significativo", "importante", "necesario", "conveniente", y "básico" cuando se usaron en la práctica administrativa en relación a solicitudes para beneficios de fomento industrial, sin experiencia adjudicativa previa al respecto, se convirtieron en meras racionalizaciones para decisiones favorables a solicitudes que no probaban más que su viabilidad o capacidad financiera o la posibilidad de obtener ganancias.⁽⁴⁶⁾ Esto explica por qué aproximadamente 800 de las 900 solicitudes recibidas por la Comisión Industrial obtuvieron decisiones favorables.

Una actitud igualmente permisiva es aparente en las resoluciones de la Comisión Industrial sobre los derechos de nuevos

(45) Véase Artículo 28 en Apéndice II al Estudio de industrialización.

(46) Para ilustraciones del uso del criterio de viabilidad financiera, véase *id.*, en 231-32.

solicitantes a beneficios otorgados a industrias establecidas. El artículo 33 de la L.F.I. prevé que a todos los posibles productores de un producto dado, debe dárseles beneficios iguales, bajo las mismas condiciones, "si el tamaño del mercado permite el funcionamiento de varias plantas".

Tal y como fue interpretado por la Comisión Industrial en algunas de sus resoluciones la carga de la prueba sobre la falta de saturación del mercado no recaía sobre el nuevo solicitante, sino sobre la industria beneficiada.⁽⁴⁷⁾ En otras palabras, era obligación de la industria establecida probar la saturación.⁽⁴⁸⁾

D) Evaluación

La promulgación de la L.F.I. fue esencialmente el resultado de aceptar las demandas de la Cámara de Industrias. La precisa naturaleza de estas demandas no fue claramente percibida por los legisladores. Algunos diputados, de buena fe, interpretaron estas demandas como equivalentes a una transformación radical de la naturaleza de la sociedad costarricense, de agrícola a industrial. Otros, sin embargo, más realista o sabiamente entendieron que no eran más que la petición de incentivos generosos para actividades que solamente de manera muy general podrían ser consideradas como industriales. Las demandas de la Cámara de Industrias no chocaron con contra-demandas comparables por parte de los intereses agrícolas o de los importadores para reforzar su situación económica. Ni tampoco fueron formuladas las aspiraciones de un sector substancial de la población de Costa Rica, incluyendo a aquellos que iban a ganarse la vida como trabajadores industriales, sus aspiraciones, por no ser demandas, no tuvieron la menor oportunidad de asegurarse un lugar prominente en la L.F.I. y en su administración. Ellos simplemente no abrigaban ninguna expectativa respecto a la L.F.I. En contraste, estaban las expectativas de los redactores de la Ley, reforzados por la propensión de la mayoría de los solicitantes de beneficios a invertir en las empresas

(47) Para un sumario de estas resoluciones, véase *id.*, en 250-55.

(48) Además de las dificultades intrínsecas de la palpable saturación del mercado en vista de un siempre creciente público consumidor, la prueba estaba también sujeta, en muchos casos, a una medición regional y extra regional y no solamente a la nacional.

de mayor y más rápida ganancia y de los administradores de la ley a escoger los procesos adjudicativos menos conflictivos, o sea, los métodos de administración más permisivos. Pero sería solo parcialmente cierto concluir que el texto de la L.F.I. y su administración fueron distorsionados solamente por la falta de representación de las presuntas demandas de la mayoría del pueblo de Costa Rica. En el fondo fue una falta de percepción de lo que estaba en juego para el país lo que determinó que muchos de los diputados permanecieran en silencio o aceptaran las demandas de los industriales. Lo que más faltó en la Asamblea Legislativa fue un proceso descrito anteriormente como de "elaboración conflictiva". El foro de tipo periodístico probó ser un sustituto inadecuado para la discusión inteligente dentro del marco legislativo. La administración de la L.F.I. también fracasó cuando no fueron usados criterios verdaderamente productivos para otorgar los contratos y supervisar su operación. Una vez más la falta de contraargumentación válida se hizo aparente en el proceso jurídico de administración de la ley. Podría argüirse que el Ministerio de Industrias no tenía el personal ni los recursos necesarios para imponer un nivel más riguroso de evaluación de solicitudes; sin embargo, aún si el dinero y el personal hubieran existido, la institucionalización del rigor no habría sido posible sin un drástico cambio de actitud administrativa. Además, ante la ausencia de un mecanismo institucionalizado de contraargumentación y crítica, habría tenido mucho más sentido imponerle la carga de la prueba del tamaño del mercado a los solicitantes de beneficios y no requerir de las industrias establecidas la prueba de saturación del mercado. Sin ninguna norma concreta que permitiera medir la diligencia de los inversionistas, y sin contraargumentación institucionalizadas, ningún progreso real se podía esperar en el desarrollo de conceptos legales claves, tal como "el inversionista de diligencia modelo" o conceptos auxiliares tales como "saturación del mercado" o "valor agregado", conceptos que constituyen el verdadero lenguaje técnico jurídico de una ley de fomento industrial".⁽⁴⁹⁾

(49) Durante el Seminario, este autor preguntó a algunos participantes Costarricenses si el sistema jurídico de Costa Rica estaba mejor equipado en la actualidad para efectuar la adjudicación judicial del fomento industrial que lo que estaba en el año 1959. El Profesor González contestó que ocho meses de sesiones del Consejo Centroamericano en 1969 fueron dedicados a la discusión del significado jurídico de "valor agregado" con el propósito de su inclusión en un futuro tratado. Su conclusión fue que aún tras este largo período de discusión, muchos puntos de vista demostraban una falta de conocimiento, tanto de las implicaciones económicas como de

III.—EL DERECHO Y LA FORMACION DE CAPITAL EN SOCIEDADES COMERCIALES

A) Introducción

El estudio sobre el derecho y la formación del capital en sociedades comerciales enfoca principalmente uno de los mecanismos más comunes y tradicionales para la atracción y la inversión de ahorros en sociedades occidentales: la suscripción y compra de acciones en la sociedad anónima.⁽⁵⁰⁾

B) La Redacción de los Artículos del Código

En contraste con la L.F.I., las reglas del Código de Comercio sobre sociedades comerciales no pasaron por el estudio de comisiones de la Asamblea Legislativa o por debate en el plenario. El Código de Comercio de 1964 fue esencialmente el trabajo de un pequeño grupo de abogados practicantes y un juez en quienes la Asamblea Legislativa había delegado su trabajo. Ellos consultaron otros códigos contemporáneos, tratados y revistas de derecho comercial y utilizaron las lecciones de su experiencia profesional. Cuando pensaron que tenían un producto elaborado lo presentaron a la Asamblea y ésta, después de oír la opinión de juristas calificados sobre los méritos técnicos o jurídicos del proyecto, aprobó el Código.

El Código de 1964 sustituyó un cuerpo legal anterior que estuvo en vigencia aproximadamente 100 años. El campo de regulación de ambos códigos sobre la actividad comercial es bastante exhaustiva y abarca casi todos los aspectos de la vida de los negocios en Costa Rica, desde las reglas sobre la condición de comer-

las legales en el uso del término. Algunos de los participantes de los Estados Unidos apuntaron las dificultades aún presentes en los Estados Unidos al tratar de definir términos tales como "monopolio". El Profesor González y este autor respondieron sugiriendo que había una gran diferencia entre no poder establecer el significado de un término jurídico como resultado de circunstancias cambiantes a su alrededor, y no tener ninguna base de trabajo para la definición de un término a la hora de usarlo por primera vez en un contexto esencial al funcionamiento de la Institución.

(50) Los principales autores del Estudio de la Formación del Capital en Sociedades Comerciales (de aquí en adelante denominado como Estudio de Formación de Capital) son los señores David A. Gantz, Blake T. Franklin y este autor. Parte del trabajo estadístico, entrevistas y escritos preliminares fueron hechos por el señor David A. Loring.

ciante y su contabilidad hasta las marcas de fábrica y los contratos comerciales, desde sociedades comerciales hasta títulos valores. Al adoptar el Código de 1964, la Asamblea Legislativa implícitamente sustituyó muchas de las reglas, conceptos, y mecanismos existentes por otros más a tono con los presentes criterios de redacción del Código de Comercio y con "las necesidades comerciales presentes".⁽⁵¹⁾

Reemplazar un Código viejo por uno nuevo es un trabajo bien arduo y requiere mucho tiempo. Solamente el comprender el significado de las nuevas reglas y conceptos requiere enorme concentración y precisión de esfuerzo. Y una vez que el significado de las nuevas reglas ha sido establecido es necesario comparar su ámbito y efectos con las reglas que están en vigencia. Si la reforma propuesta es deseable, la regla y sus implicaciones conceptuales deben de ser reanalizadas para asegurar la consistencia entre lo nuevo y el remanente de lo anterior. No es de sorprender, por lo tanto, que en la lucha para obtener los más altos criterios técnicos y la más impecable consistencia lógica, el codificador frecuentemente deja de tomar en cuenta los hechos y problemas del acaecer comercial que lo rodea. Y al redactar, por ejemplo, el capítulo de sociedades comerciales, puede perder de vista el hecho de que el sistema de contabilidad comercial y teneduría de libros no guarda la debida relación con las prácticas mercantiles, o no responde a las necesidades fiscales o de prueba mercantil. Mas al punto, el codificador es bien susceptible a perder de vista las demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones con las que no ha tenido contacto en el curso de su profesión o actividad jurídica.

C) Los Objetivos de Los Codificadores

En sus comentarios de introducción al C. de C. de Costa Rica de 1964, la comisión redactora expresó sus objetivos respecto a la regulación de las actividades de las sociedades comerciales en un lenguaje que puede ser sintetizado como sigue:

1. Las reglas de formación y funcionamiento de las sociedades comerciales deben ser suficientemente flexibles para que sus

(51) N. VALLE PERALTA y H. ZURCHER ACUÑA, CODIGO DE COMERCIO Y SUS REFORMAS (2ª edición, San José 1967), Introducción en IV, V.

varias formas se adapten a las necesidades económicas y estén a tono con el desarrollo técnico, administrativo y financiero;

2. La sociedad Comercial debe funcionar como un instrumento de desarrollo económico;
3. La eficiencia y el funcionamiento de las sociedades comerciales se fomentan dándole fuerza y apoyo a las funciones de dirección;
4. La administración de las sociedades comerciales debe encaminarse a servir como vehículo de formación de capital.⁽⁵²⁾

En un artículo publicado durante el mismo período, uno de los miembros de la Comisión, el Profesor Napoleón Valle Peralta, dio información más detallada sobre el tipo de sociedad comercial (Sociedad Anónima) tenida en mente por la Comisión:

- a) La sociedad anónima por su naturaleza no es adecuada para formar pequeños negocios; está reservada para llevar a cabo grandes empresas que requieran fuerte capital inicial y que abarque su objeto, negocios de alto vuelo, pero no es tampoco como muchos equivocadamente creen que sirve tan solo al capitalista, pues precisamente es todo lo contrario, la sociedad anónima por su organización está llamada a formar grandes capitales mediante el aporte de pequeñas sumas.
- b) Y no faltará quien diga que los dividendos que esa empresa rinda no excederán probablemente de lo que por concepto de intereses o réditos puedan obtenerse mediante la colocación del capital sin correr riesgo alguno. A eso debe observarse que la compra de acciones no la hace el inversionista halagado por el dividendo que pueda obtenerse, aún cuando si los negocios tienen buen desarrollo, tales dividendos subirán desde luego, pero como queda dicho, no es eso propiamente el atractivo de la inversión. El incentivo en esta clase de empresas está en el mayor valor que las acciones van adquiriendo a medida que el objeto de la com-

(52) *Id.*, en VIII-X.

pañía se va desarrollando y desde luego las reservas van en aumento haciendo más fuerte el patrimonio de la sociedad".⁽⁵³⁾

En breve, los objetos de los codificadores eran proporcionar tipos flexibles de sociedades comerciales que cubrieran toda la gama de las actividades del desarrollo económico. La sociedad anónima a su vez era vista como un instrumento de formación de capital, fuente de su propio crecimiento y de la plus-valía de la inversión de cada accionista, más que una fuente de rentas o entradas periódicas a través de la distribución de dividendos substanciales.

D) Demandas, Aspiraciones, Expectativas y Propensiones

Respecto a inversiones en valores mobiliarios, la visión predominante del derecho de sociedades anónimas obtuvieron los codificadores costarricenses de su práctica profesional. La práctica de los mercantilistas en Costa Rica, incluyendo la de los Codificadores, solo excepcionalmente tiene que ver con los problemas de la sociedad anónima "abierta" o "pública" ya que éstas son virtualmente inexistentes en Costa Rica, sino con los problemas de sociedades pequeñas o de tamaño mediano, "familiar" o "amistoso".⁽⁵⁴⁾ El ejercicio del derecho de sociedades anónimas de tipo familiar en Costa Rica se caracteriza por una constante búsqueda de "flexibilidad" jurídica. A veces la flexibilidad buscada es para otorgarle mayor libertad de acción a los promotores y accionistas mayoritarios. En otras ocasiones, tiene el propósito de obtener métodos más fáciles para la creación y disolución de sociedades. En la mayoría de los casos esta flexibilidad jurídica no es más que un vehículo para minimizar la responsabilidad tributaria de la sociedad.

Una demanda de mayor flexibilidad en los asuntos de la sociedad anónima familiar, como le fue planteada al Codificador Costarricense por los ejecutivos de empresas, al igual que por sus abogados y contabilistas,⁽⁵⁵⁾ bien podía ser antitética a la demanda

(53) Valle Peralta, *La Sociedad Anónima*, Revista de Ciencias Jurídicas 221-22 (Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho 1963).

(54) Las características de estas asociaciones serán descritas en la Sección III. F.

(55) Véase el Preámbulo al *Decreto Ejecutivo N° 48* de 20 de junio de 1955, creando una Comisión Especial para la Revisión de Leyes Comerciales, y también véase las Actas de Debates de la Ley N° 2797 de 4 de agosto de 1961, donde se incluye la participación de ciertos comerciantes importantes, abogados y contabilistas.

de mayor liquidez y negociabilidad de las acciones y bonos emitidos por tales sociedades si esta demanda alguna vez fuera expresada por el público inversionista. Por ejemplo, los accionistas mayoritarios bien podrían demandar mayor flexibilidad a través del uso de sus acciones al portador así como a través de la imposición de un secreto y discreción absolutos en los libros y archivos de la sociedad, mientras que el público inversionista bien podría demandar el derecho a determinar quiénes son los principales accionistas y cuál es la situación financiera exacta de la sociedad en cuestión.

Ninguna demanda se articuló o se presentó por el público inversionista en Costa Rica. Sin embargo, era aparente la aspiración de gran parte de la clase media y alta costarricense, a encontrar inversiones seguras y productivas en otras áreas que la de los bienes raíces.⁽⁵⁶⁾

Igualmente importantes para el estudio fueron los resultados obtenidos por William R. Lassey.⁽⁵⁷⁾ Después de hacer una distinción entre las propensiones a asumir riesgos en sus negocios por parte del público inversionista costarricense el señor Lassey concluyó que:

"La información indica una substancial receptividad al cambio de conducta de inversión entre una proporción grande de la población costarricense, accionistas y no accionistas por igual. Esta propensión al cambio es generalmente más marcada en los niveles educacionales más altos... Los valores colectivos en Costa Rica aparentemente permiten la posibilidad de innovación y desarrollo en una nueva actividad; de lo contrario, hubiera habido una aceptación mucho más limitada "de compra de acciones" como una actividad legítima".⁽⁵⁸⁾

(56) En entrevistas conducidas por el autor con abogados de San José con clientela de las clases media y alta, apareció que del 15% al 25% de su trabajo de oficinas se dedicaba a localizar, colocar y supervisar inversiones de clientes. Además, varios representantes en Costa Rica de fondos mutuos de Estados Unidos y Europa reportaron un gran aumento en las ventas de sus acciones.

(57) En un estudio reciente intitulado *Communication, Risk and Decision making in Costa Rica*, tesis de la Universidad del Estado de Michigan (1967), en *ii et sequ.*, el Sr. Lassey, que estaba primordialmente interesado en la teoría de comunicaciones y desarrollo económico, obtuvo su información de dos muestras una sacada de inversionistas de una sociedad costarricense de mucho éxito, la *Industria Nacional de Cemento, S. A.*, y la segunda de la población total adulta de Costa Rica, contrastando sus respuestas "para poder determinar la base principal de inversión en una empresa industrial nueva".

(58) *Id.*, en 118.

Además, el señor Lassey estableció expectativas de percepción de dividendos y éstas resultaron ser mucho más modestas que las asumidas por el profesor Valle, uno de los redactores del Código. Solamente un 8% de los accionistas esperaba un rendimiento de más del 12%; el 16% esperaba un rendimiento del 8 al 12%; un 17% esperaba un rendimiento del 7% o menos.⁽⁵⁹⁾

El señor Lassey no probó que una parte substancial de las clases media y superior de Costa Rica aspirara a ser accionista en compañías costarricenses. Lo que él probó definitivamente es que había una propensión (usó el término "orientación") en gran parte de la población a invertir en valores corporativos o mobiliarios. Además, su estudio suministra información muy valiosa sobre los factores que inducen a los costarricenses a adquirir estos valores. La combinación de recomendaciones de parientes y amigos basadas en su propia experiencia (8.5% y 6.9% respectivamente) fueron de mucha mayor influencia en la adquisición que los incentivos proveídos por la información y propaganda en los medios de comunicación colectiva usada en las campañas de venta de acciones (periódicos 2.4% y radio 0.08%).⁽⁶⁰⁾

En resumen, las metas legislativas expresadas por los codificadores parecían acordes con las aspiraciones de segmentos de las clases alta y media costarricenses interesadas en encontrar inversiones locales seguras y rentables. Pero estas metas no eran necesariamente consistentes con las demandas de mayor flexibilidad societaria formuladas por ejecutivos de sociedades comerciales, abogados y contabilistas. Estos grupos, es importante destacar, no estaban contrapuestos ni tenían distinta composición social ya que los ejecutivos de sociedades, abogados y contabilistas también se

(59) *Id.*, en 87.

(60) *Id.* 89. Las conclusiones del Sr. Lassey podrían verse como en contradicción con los resultados de una encuesta sociológica sobre prácticas de crédito conducida por la Dra. Renate Rausch en 1968-1969, *infra* Sección IV. B, en la que apareció que los deudores de Costa Rica con mayor frecuencia preferían servir como fiadores a sus compañeros de trabajo que a sus parientes o amigos, así posiblemente indicando cierta desconfianza en estos últimos. Aunque esta sea la interpretación más válida (y existen suficientes indicios para interpretar el comportamiento del fiador como necesario en un ambiente donde los compañeros de trabajo son los fiadores más aceptables y donde el contar con fiadores aceptables es muy importante en la obtención del crédito, las conclusiones de Lassey y Rausch aún serían compatibles porque los amigos y parientes son una influencia efectiva, especialmente cuando el presunto inversionista sabe o tiene motivo para saber que su amigo o pariente había invertido en acciones de cemento o hubiera invertido si tuviera el dinero. Para una discusión de la encuesta de Rausch véase *infra* Sección IV. C.

contaban entre el grupo de los presuntos o actuales inversionistas. Sin embargo las demandas que fueron satisfechas por el C. de C. fueron las formuladas por individuos y grupos actuando en su condición de representantes de sociedades familiares y no en su capacidad de presuntos inversionistas.

E) El Comportamiento del Derecho de las Sociedades Comerciales

El artículo 17 del C. de C. enumera las sociedades comerciales autorizadas por el Derecho costarricense:

- a) Sociedad en nombre colectivo;
- b) sociedad en comandita simple;
- c) sociedad de responsabilidad limitada;
- d) sociedad anónima.

Está ausente de esta lista, sin embargo, una de las más importantes formas de hacer negocios en Costa Rica, la Sociedad de hecho o sociedad irregular.

La sociedad de hecho puede constituirse por accidente o intencionalmente debido a que el criterio para otorgar el status de *jure* a la sociedad mercantil en el Derecho Costarricense es básicamente formal. Mutatis mutandi si la sociedad no ha llenado los requerimientos de 1) redactar sus estatutos, 2) registrarlos y 3) publicarlos de la manera prescrita, no se considera regularmente constituida.⁽⁶¹⁾ Por lo tanto, un simple olvido o descuido provocará la irregularidad de la compañía.⁽⁶²⁾ En contraste, el status de la sociedad de hecho es frecuentemente el producto de la intención de las partes y de su calificación judicial.⁽⁶³⁾

(61) Artículos 22, 23 del C. de C.

(62) Los autores de derecho comercial latinoamericanos frecuentemente distinguen entre la sociedad irregular que se configura cuando una sociedad regularmente constituida en muchos de sus aspectos, carece de alguna formalidad especial requerida para su constitución, y la *sociedad de hecho (de facto)*, donde la naturaleza social se deriva simplemente del hecho de que varias personas, generalmente sin escritura ni acto o contrato de constitución y funcionamiento llevan a cabo una o más negociaciones de tipo permanente juntos, dividiéndose ganancias y pérdidas. Véase, entre otros, MALAGARRIGA, DERECHO COMERCIAL 675 (Buenos Aires 1963).

(63) Las siguientes son ilustraciones típicas de la categorización de *de-hecho* por los tribunales de Costa Rica:

- a) Un farmacéutico profesional es empleado por una pareja no profesional que compra una botica, pero necesita el grado profesional del farmacéutico (licenciado en Farmacia) más

La importancia económica de las sociedades comerciales de hecho en Costa Rica puede ilustrarse con la siguiente información extraída de un Censo de Industrias finalizado en el año 1964.⁽⁶⁴⁾

De 899 sociedades comerciales manufactureras, 256 (23%) eran sociedades de hecho. Las sociedades de hecho excedieron en gran número a las sociedades colectivas (19) y a las sociedades anónimas (95). La única clase de sociedad comercial "regular" que sobrepasaba el número de compañías de hecho era la sociedad de responsabilidad limitada (527). Y en otras actividades no manufactureras, tales como la crianza de ganado y exportación, la sociedad de hecho resultó ser la forma predominante.⁽⁶⁵⁾

Así, el tipo de sociedad comercial de hecho ha estado llenando la necesidad económica de un tipo menos formal que el configurado en el C. de C. como la sociedad en nombre colectivo. Las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple han decrecido drásticamente en número mientras que las sociedades comerciales de hecho han ido en aumento.⁽⁶⁶⁾ Sin embargo, ni los tribunales ni el C. de C. han proveído reglas de tipo general que ayuden a resolver las múltiples disputas en torno al nacimiento,

de lo que necesita sus conocimientos o su inversión de capital. Para el propósito de obtener la licencia o permiso municipal, el farmacéutico debe aparecer como uno de los dueños, mientras que para propósitos de ganancias y pérdidas, aparece solamente como trabajador de medio tiempo. Véase *Montero Gómez v. Nigro Borbón*, Sentencia de la Sala de Casación del 2 de diciembre de 1949; Segundo Semestre en 939.

b) Varios productores de banano compran un tranvía de carga en el cual puedan transportar sus bananos y los de los otros productores, repartiendo los gastos, ganancias y pérdidas sobre las operaciones del tranvía (carro de línea). Véase *James Price y Otros v. Cleland Seaton*, Sentencia de la Sala de Casación del 24 de agosto de 1932; Segundo Semestre en 374.

c) Un marido le transfiere bienes de su propiedad a su esposa para evitar embargo por acreedores (en el derecho de familia de Costa Rica, la Sociedad legal de ganancia les aparece en el momento de la disolución del matrimonio por anulación, divorcio o muerte y no antes, excepto cuando esté claramente estipulado por los cónyuges). La Corte Suprema de Costa Rica impone la categorización "socio de hecho" sobre la propiedad matrimonial y así permite la vinculación. Véase *Reimers y Cía. v. Sajem Sacre*, Sentencia de la Sala de Casación del 9 de marzo de 1932; Primera Sesión, en 287.

(64) Esta información se tomó del Censo de Industrias Manufactureras de Costa Rica de 1964.

(65) La razón de este predominio es que las regulaciones de exportación requieren que los productores llenen ciertas cuotas por lo que para ellos es conveniente asociarse en una base más o menos permanente con otros productores para llenar la cuota de exportación requerida. Dirección General de Estadísticas y Censo, III Censos de Industrias Manufactureras, 1964 (Ministerio de Industrias y Comercio, San José, 1967).

(66) Esta información fue suministrada por la Oficina de Tributación Directa sobre el número absoluto de sociedades comerciales que pagan impuestos para el período 1963-67.

funcionamiento y disolución de las compañías irregulares y de hecho. Tácitamente los tribunales han seguido un cierto criterio en su aplicación de reglas: una sociedad de hecho o irregular será regida, en aspectos jurídicos que no se desprendan directamente de su irregularidad, por reglas aplicables a la sociedad regular a la que más se asemeje.⁽⁶⁷⁾ Consecuentemente emerge una paradoja significativa: las reglas establecidas en el C. de C. para aplicarse a la operación de sociedades en nombre colectivo constituidas regularmente, (no más de 30 en las listas de contribuyentes en 1967) ganan su efectividad al aplicarse a las operaciones de las 600 ó más sociedades de hecho irregulares.⁽⁶⁸⁾

Cabe concluir entonces que los pequeños comerciantes que utilizan variantes irregulares o de facto de la sociedad en nombre colectivo no llegaron a articular demandas de flexibilidad jurídica comparables a las que formularon los empresarios, abogados y contabilistas conectados con la sociedad anónima familiar. Las expectativas de los pequeños comerciantes, reflejadas en sus usos y costumbres mercantiles tampoco fueron satisfechas por el legislador.

F) La Sociedad Anónima Costarricense

1.—Propiedad y Control

La Sociedad Anónima costarricense es predominantemente del tipo familiar o cerrado. De más de 700 sociedades anónimas en la lista de contribuyentes de 1967, sólo una veintena tenían más de 50 accionistas.⁽⁶⁹⁾ Más del 93% de todas las sociedades tenían menos de 5 accionistas cada una.⁽⁷⁰⁾ Las compañías de múltiples accionistas en Costa Rica podían ser divididas en dos subgrupos, uno que podía ser descrito como "amistoso" y el otro como "semi-

(67) Véase sentencias citadas *supra* nota 63.

(68) *Supra* nota 66.

(69) Las investigaciones estadísticas conducidas por el señor David A. Loring ayudaron a refinar la información arriba mencionada como sigue: Los haberes combinados del mayor accionista en cada una de las 175 sociedades de la muestra, a la hora de su formación representaron el 59% del capital de la compañía; el 77% de las sociedades de la muestra a la hora de su formación solamente tenían dos accionistas (el mínimo legal); el 10% tenían 3; el 6% tenían cuatro; el 7% tenían 5 ó más accionistas.

(70) *Id.*

público”.⁽⁷¹⁾ Las sociedades anónimas amistosas tienen desde 25 a 200 accionistas, “pero todos, o casi todos los accionistas son los amigos, parientes o contactos comerciales del grupo promotor y controlador”.⁽⁷²⁾

Las sociedades anónimas semi-públicas pueden ser descritas como aquellas en las que un número grande de accionistas “no tienen relación familiar o social con la mayoría de los accionistas y no tienen interés financiero en el negocio más allá de la expectativa de dividendos o ganancia de capital”.⁽⁷³⁾ La gran mayoría de las sociedades anónimas costarricenses, sin embargo, todavía están en la etapa que describió el profesor A. A. Berle Jr. como inicial o de propiedad y control familiar. Casi todas las demás pertenecen a la segunda etapa que, según Berle, es de control efectivo bien por un individuo o por un grupo. Muy pocas, si acaso existen, han llegado a la tercera etapa de control administrativo o gerencial.⁽⁷⁴⁾

2.—Tributación y formación de Capital

Los libros de las sociedades anónimas en Costa Rica se cierran el 30 de setiembre, el final del año fiscal. Poco después de esta fecha, tan pronto como los accionistas mayoritarios o sus gerentes terminan de examinar el balance social o el estado de ganancias y pérdidas de sus compañías, los abogados de sociedades anónimas en San José se enfrascan con la tarea de crear nuevas sociedades anónimas y reorganizar las viejas. El motivo de la febril actividad jurídica yace en el carácter progresivo de los impuestos sobre la renta.⁽⁷⁵⁾ Los impuestos sobre la renta oscilan desde el 10% sobre los primeros ₡ 3.000 (US\$ 480) hasta un porcentaje de 30% sobre todas las entradas tributarias mayores de ₡ 500.000 (US\$ 75.000).⁽⁷⁶⁾ Aunque la tasa progresiva es gradual en un prin-

(71) Véase estudio de formación de capital en pág. 20.

(72) *Id.*

(73) *Id.*, en pág. 22, y también la tabla III donde están enumeradas las 14 compañías semipúblicas más importantes en Costa Rica.

(74) A. A. Berle, G. C. Means: *The Modern Corporation & Private Property* 69 *et seq.* (1933).

(75) Ley N° 837 del 20 de diciembre, 1946, y sus reformas. Un recargo se puso en efecto en 1967-68 por la ley N° 3860 del 23 de abril de 1967, pero no cambió básicamente la estructura del impuesto.

(76) *Id.*, y los artículos 14 y 17 de la ley N° 837 del 20 de diciembre de 1946.

cipio, aumenta considerablemente a cierto nivel y una entrada de ₡ 95.000 (US\$ 13.500), por ejemplo, está sujeta a un porcentaje del 20% del impuesto. Por lo tanto es posible que una sociedad anónima pueda reducir su obligación fiscal de manera sustancial dividiendo sus ganancias entre varias entidades satélites. Los gastos de incorporación, a su vez, son bastante bajos en Costa Rica, las formalidades para la creación de compañías, incluyendo sus requerimientos mínimos de capital, como hemos visto se flexibilizaron en respuesta a las demandas de los grupos de hombres de negocios. De la misma manera, es posible constituir una sociedad en el término de un día o dos al costo de no más de \$ 30. Cómo estas sociedades anónimas pueden retroactivamente atribuirse ganancias y pérdidas realizadas con anterioridad a su existencia es un asunto que pertenece al reino de la magia notarial.

La marcada influencia del impuesto a la renta sobre el volumen y la velocidad de la formación de la sociedad anónima está ilustrada por el hecho de que en un período mayor de 5 años de 1963 a 1967, apareció que octubre era el mes favorito para constituir sociedades, con 403 registradas, una cifra que era casi el doble de la del mes de setiembre (264), el mes que le seguía en popularidad.⁽⁷⁷⁾

Como pasa con el impuesto sobre herencia y donaciones son progresivos, empezando con el 1% de impuesto sobre los primeros ₡ 5.000 (US\$ 740) y subiendo en 12 escalones hasta 9% que es el tipo para sumas mayores de ₡ 1.000.000 (US\$ 143.000).⁽⁷⁸⁾ Además, la ley es muy amplia en su alcance e impone una pena sobre un número virtualmente ilimitado de transacciones supuestamente realizadas con la intención de evadir los impuestos a través de donaciones inter vivos.

Así, casi todas las transacciones simuladas o transacciones cuya intención expresa sea inconsistente con su verdadera motivo de evadir o evitar el pago del impuesto tienen una pena por medio de un impuesto sobre donaciones.⁽⁷⁹⁾ Pero la prueba de la simulación es muy difícil. Aún la determinación preliminar de la titu-

(77) Véase estudio de formación de capital, en 17 *et seq.*, resumiendo la investigación estadística de David A. Loring.

(78) Véase artículo 5° de la Ley N° 10 de 23 de diciembre de 1937.

(79) *Id.*

laridad puede verse frustrada por la naturaleza de las acciones al portador, cuya propiedad no aparece registrada a no ser en la suscripción original. A la luz de las ventajas inherentes a esta práctica, los abogados costarricenses de sociedades anónimas admiten que un número muy sustancial de las que se crean cada año responde a los propósitos de evadir los impuestos sobre donaciones o herencias.

Por otra parte, las reglas sobre tributación no han sido muy alentadoras respecto a la formación de capital de sociedades anónimas por medio de la reinversión de sus ganancias. En primer lugar, los dividendos hasta hace poco tiempo no eran gravables por se a quien los recibe, lo cual fomenta la práctica del pago de dividendos altos cuando el accionista individual puede pagar menos impuestos que la sociedad, al pasar las ganancias de un nivel tributable más alto aplicable a las ganancias totales de la sociedad anónima, a un nivel más bajo aplicable a la ganancia individual del accionista.⁽⁸⁰⁾ De acuerdo con la Ley de Reforma Tributaria N° 4961 del 10 de marzo de 1972, los dividendos distribuidos a los socios están gravados con una tasa fija del independiente del impuesto sobre la utilidad declarada por la Sociedad respectiva, que soporta una diferente tasa. En segundo lugar, las leyes y reglamentos respecto a la depreciación de bienes definitivamente desalientan el reemplazo de bienes de capital y la reinversión resultante al permitir sólo el método de depreciación en línea recta sujeto a una amortización lenta y anti-económica.⁽⁸¹⁾

Las leyes tributarias, por lo tanto, actúan como un contra-incentivo a la formación de capital de la sociedad anónima, fomentando altas tasas de distribución de dividendos y pagos de aguinaldos exagerados en lugar de la reinversión de capital que indudablemente podía haber ayudado a financiar el mayor crecimiento

(80) Véase artículo primero del impuesto de Tributación, *supra* nota 75.

(81) Véase tabla de depreciación emitida por la Oficina de Tributación Directa de 1952 (todavía en vigencia en 1969), en QUESADA, LEYES USUALES SOBRE IMPUESTOS DIRECTOS 67 (San José, 1969).

De acuerdo a esta tabla, las tasas de depreciación anual varían, en el caso de maquinaria del 5% al 10%. El único método de depreciación permitido por la ley es el de la línea recta. *supra* nota 75, Artículo 837.

de la sociedad anónima.⁽⁸²⁾ Las sociedades comerciales, por lo tanto, atraen solo una pequeña porción de los ahorros privados en Costa Rica.⁽⁸³⁾

3.—Dirección, Derechos de Minorías y Formación de Capital

Tradicionalmente, la dirección de empresas ha sido regulada en Costa Rica, como en casi todas las leyes sobre sociedades comerciales en Latinoamérica, con base en un principio expreso o tácito, de acuerdo con el cual los poderes no expresamente conferidos son retenidos por los accionistas.⁽⁸⁴⁾ Además los poderes de los accionistas de elegir y reemplazar los directores y gerentes son considerados por muchos de los autores y legisladores de la misma manera dog-

(82) Las distribuciones en efectivo sobre base de pagos de dividendos como porcentaje de las ganancias netas (después de pagado el impuesto), se encontraba entre el 25% y el 85%, y cuando los promedios generales se tomaron sobre un período de cinco años, se distribuía el 57% de todas las ganancias, después de que todos los impuestos habían sido pagados. Un pago de dividendo del 70% era muy usual en la sociedad anónima promedio costarricense. El Sr. Loring trató de establecer una correlación entre el control de la junta directiva y el pago de dividendos al contado en las sociedades costarricenses. En entrevistas conducidas con 11 directores de sociedades encontró que entre más alto era el porcentaje de acciones controladas por miembros de la Junta, más alto el pago al contado de dividendos. Si hubiera confirmación de esta tendencia entre un número mayor de compañías ello apuntaría hacia un serio problema orgánico del crecimiento de la sociedad anónima costarricense, porque indicaría que entre menor el número de socios con control, menos la oportunidad de crecimiento a través de re-inversión de ganancias. Véase estudio de Formación de Capital, en 3 *et. seq.*

(83) Las figuras comparativas usadas por el Sr. Gantz fueron las siguientes: Mientras que las sociedades comerciales eran las responsables por el 77% de todos los ahorros no gubernamentales en los Estados Unidos en 1965, durante el período de 10 años que terminaba ese año, las sociedades comerciales costarricenses nunca representaron más del 42% de los ahorros anuales no gubernamentales y muy a menudo podían ahorrar no más del 15% de los ahorros no gubernamentales. Los datos de ahorros costarricenses fueron obtenidos por el Sr. Gantz de un documento no publicado del Banco Central de Costa Rica. Las figuras comparativas de Estados Unidos se tomaron de GALBRAITH, EL ESTADO INDUSTRIAL 37 (1967).

(84) La forma en la cual muchos miembros de la comunidad mercantil y jurídica de Costa Rica perciben el papel de los administradores de sociedades comerciales está claramente reflejada en el caso de Rodríguez Carazo v. Ferretería Rodríguez, S. A., Sentencia de la Sala de Casación del 23 de mayo de 1945; Primer semestre 297, 305 en el que la Corte Suprema de Costa Rica tuvo que aclarar que:

"... Es indudable que la acción conjunta de los gerentes que requiere la escritura de constitución de la Sociedad, es para los actos que puedan comprometerla o que impliquen responsabilidad para ella, pero es ilógico que los actos corrientes administrativos que se originan en el desempeño del cargo de gerente, como el escribir una carta a nombre de la Sociedad para aceptar un beneficio hecho a ésta, se fuera a estimar que rebasan los límites del mandato..."

mática.⁽⁸⁵⁾ Aunque el C. de C. no se adhiere expresamente a este principio los tribunales costarricenses probablemente seguirán las reglas propuestas en los artículos 168 y 268 del C. de C. de Honduras, que prevén que una asamblea general de accionistas, presumiblemente con o sin causa justa, en cualquier momento puede remover directores y gerentes. Este principio se defiende por la doctrina predominante con base a su congruencia con la naturaleza plenipotenciaria de la asamblea de accionistas.⁽⁸⁶⁾ Quienes así piensan pierden de vista, sin embargo, el hecho de que la dirección profesional y eficiente de empresas no será atraída hacia aquellas sociedades anónimas donde su poder esté orgánicamente maniatado y donde ella puede ser suprimida arbitrariamente en cualquier momento.

En comparación con la situación de la dirección profesional de empresas la de los accionistas en minoría parece ser todavía peor, bajo el C. de C. Por ejemplo, para poder convocar una asamblea de accionistas en la que pueda ser oído, la minoría de los accionistas debe estar representada por lo menos por el 25% de las acciones.⁽⁸⁷⁾ No se ha regulado el voto acumulativo, y la vigilancia de los asuntos internos de las sociedades anónimas se deposita en un "comité de vigilancia" por lo general inexistente e inefectivo. Similarmente, el recurso de la minoría de accionistas contra las decisiones de la junta directiva está severamente limitado por reglas en exceso flexibles respecto a las convocatorias y por la falta de acción directa a nombre de la sociedad al igual que por la ausencia de derechos efectivos de retiro y de un mercado viable de valores.

La situación precaria del accionista minoritario frecuentemente ha sido responsable de una decisión contraria a una inver-

sión, cuando, desde un punto de vista estrictamente financiero, la inversión parecía atractiva.⁽⁸⁸⁾

4.—Intermediarios y Formación de Capital

Debe tomarse en cuenta que uno de los factores de más influencia "externa" sobre los costarricenses adquirentes de acciones de sociedad anónima⁽⁸⁹⁾ lo es el incentivo suministrado por la compra o recomendación de los amigos y parientes del inversionista. Estos "intermediarios" pueden actuar desde un punto de vista jurídico en una escala descendente de responsabilidad personal como comisionistas, corredores o meramente como gestores o intermediarios informales. Probablemente mucha de la persuasión realizada por parte de amigos y parientes de los inversionistas de la Industria Nacional de Cemento S. A. se realizó de manera informal.⁽⁹⁰⁾ Sin embargo, es clara la conclusión de que el proceso de formación de capital de sociedades anónimas en Costa Rica puede beneficiarse mucho de la institucionalización de la función de los "amigos" o "parientes" en el negocio de la "persuasión" para la adquisición de valores. El C. de C., por una parte, ha facilitado la intermediación en ventas de acciones y bonos al no requerir formalidades especiales de un comisionista y corredor, ya que es solamente el corredor "jurado" quien debe probar que tiene una cierta cantidad de entrenamiento y educación comercial, más integridad moral, para que se le permita ejercer su profesión.⁽⁹¹⁾ Pero, por otro lado, a los corredores que no sean jurados, no se les otorga una base jurídica adecuada para el cobro de sus comisiones.⁽⁹²⁾ Además, el C. de C. específicamente prohíbe la participación de los corredores jurados en sociedades anónimas, con lo que se dificulta

(88) En entrevistas con inversionistas costarricenses y de países centroamericanos, apareció que había una aprehensión generalizada con respecto a la falta de participación de las minorías de accionistas en las decisiones de la sociedad, particularmente en las de la sociedad anónima en la declaración de dividendos. Muchos accionistas minoritarios particularmente en Guatemala, se quejaron sobre una política deliberada de no declarar dividendos para obligar a la minoría de los accionistas a vender sus acciones. En estas entrevistas, véase Estudio de Formación de Capital, en 29 *et seq.*

(89) Véase *supra* Sección III D.

(90) Para una distinción en torno a la naturaleza de los incentivos de adquisición véase *supra* nota 60.

(91) Artículos 273, 274, 296 y 297 del C. de C.

(92) Artículo 298 del C. de C.

(85) Sobre este punto, véase generalmente GOMEZ, SURVEY OF THE OF LATIN AMERICAN BUSINESS, INSTITUTE ON PRIVATE INVESTMENTS ABROAD 410 (1959). Véase más específicamente sobre el derecho Costarricense, KOZOLCHYK Y TORREALBA, Tomo IV CURSO DE DERECHO MERCANTIL, LA SOCIEDAD ANONIMA (San José 1969), at 98 *et seq.*

(86) Véase, entre otros, MALAGARRIGA, *supra* nota 62, en 481-82; MANTILLA MOLINA, DERECHO MERCANTIL 408-17 (18ª Edición, México 1966).

(87) Artículo 159 del C. de C.

enormemente incluso la creación de firmas de corredores con esa forma.⁽⁹³⁾

Las reglas desalentadoras no provienen solamente de las fuentes legislativas. La propia Corte Suprema recientemente formuló una de las reglas más disuasivas para el futuro de las actividades de los corredores en Costa Rica. En el importante caso *Picado Guerrero v. Rojas Días*,⁽⁹⁴⁾ la Corte Suprema hizo a un corredor responsable por los daños sufridos por un comprador de un grupo de bonos falsificados muy hábilmente, tanto así que ni los mismos expertos bancarios a quienes se les preguntó si podían determinar la validez de los bonos, por el corredor y por el cliente, pudieron determinar si los bonos eran válidos. Al darle la razón al actor, quien era el comprador de los bonos y al propio tiempo uno de los abogados de más sagacidad y pericia del país, la Corte Suprema sostuvo que el corredor había actuado como "un agente comisionista" en la venta de bonos, garantizando así su legitimidad.

5.—La Suscripción Pública de Acciones

Para poder obtener un cuadro más completo de los factores que produjeron el éxito o el fracaso de la venta de acciones por medio de suscripciones públicas en Costa Rica, se examinó la historia de 8 suscripciones que constituyen más o menos la mitad del total de las ventas públicas intentadas desde la promulgación del C. de C. hasta 1969. Se encontró que ninguna suscripción pública fue enteramente exitosa y que, con una o dos excepciones, ninguna sociedad anónima cuyas acciones fueran suscritas en gran parte públicamente tuvo una historia financiera exitosa después de la colocación de sus acciones.⁽⁹⁵⁾

En general, los resultados de la investigación se pueden resumir como sigue:

- a. En los casos en que el público ha sido garantizado de una rentabilidad segura por una entidad suficientemente respon-

(93) Artículo 312 del C. de C. que también prohíbe al corredor jurado adquirir por su propia cuenta los objetos o mercancías involucradas en sus transacciones de corredor.

(94) Sentencia de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, 10 de junio, 1965; Primer Semestre en 1050, 1090-92.

(95) Véase Estudio de Formación de Capital, en 50-72.

sable (en un caso, una agencia gubernamental y, en otro, una compañía financiera privada muy solvente), parece haber habido un número suficiente de compradores de las acciones o títulos de crédito, incluyendo entre los inversionistas a miembros de la clase media tales como los empleados gubernamentales de nivel intermedio y trabajadores de cuello blanco.⁽⁹⁶⁾

- b. Los temores de los accionistas minoritarios (expresados en la Sección III, F, 3 supra) resultaron justificados en algunas casos de maniobras claramente fraudulentas por promotores e intereses mayoritarios.⁽⁹⁷⁾
- c. En el deseo de atraer capital de inversión y allanar temores de una política de no distribución de dividendos, los promotores frecuentemente comprometen a la naciente sociedad anónima a una política de dividendos que muy rápidamente puede destruir la estabilidad de la estructura de su capital. En efecto, el señor Gantz encontró varios casos de descapitalización inicial paralizante.⁽⁹⁸⁾
- d. Dado el fracaso general de las suscripciones de acciones, la confianza pública en la adquisición de valores societarios, con la excepción de muy pocas compañías, está en un nivel muy bajo. De hecho, en Costa Rica, como en Nicaragua, los miembros de la clase media con medios para adquirir acciones, muy frecuentemente se refieren a sociedades anónimas "semi-públicas" o "amistosas", como trampas para el inversionista incauto ya que "...si la oportunidad de inversión fuese tan buena como la describen los promotores-accionistas ellos se la hubieran dejado para sí...".⁽⁹⁹⁾

El cuadro final, por lo tanto, es uno en el cual el factor clave de la liquidez de los títulos en venta, producto de la confianza que siente el adquirente respecto a su rentabilidad y a la posibilidad de su disposición o re-venta en forma rápida y económica, no existe. Esto es, por supuesto, un mal augurio para el

(96) *Id.*, págs. 52 y 70.

(97) *Id.*, págs. 58-59.

(98) *Id.*, págs. 57 y 62.

(99) *Id.*, entrevistas.

futuro de las suscripciones públicas en Costa Rica, porque a medida que pasa el tiempo y la aprehensión del presunto inversionista aumenta el influjo de fracasos sucesivos, las expectativas de liquidez también aumentarán, haciendo más y más difícil acudir al público inversionista.

G) Evaluación

Es bien aparente que el derecho de sociedades comerciales costarricense no ha podido regularizar la formación de sociedades comerciales de facto o irregulares, ni tampoco ha podido cumplir con el objetivo de canalizar inversiones hacia valores líquidos y rentables. Lo que ha logrado el derecho de sociedades es flexibilizar aún más la creación y manejo de sociedades anónimas de tipo familiar, tal como fue demandado por ejecutivos de empresas y sus abogados y contabilistas. Estas demandas de acción jurídica han resultado anti-téticas con el propósito de fomentar la mayor circulación de títulos mobiliarios, puesto que debido a la generalizada desconfianza en la gestión privada se requiere un más alto grado de supervisión estatal que la que normalmente estarían dispuestos a tolerar los accionistas mayoritarios en la sociedad anónima familiar. De ahí que al no exigir, por ejemplo, una capitalización más efectiva y sólida, al igual que al no proteger debidamente los derechos de los accionistas minoritarios, y no reforzar la posición de administradores profesionales e intermediarios en el proceso de colocación de acciones, el codificador mercantil y los tribunales costarricenses han contribuido a la falta de liquidez que caracteriza actualmente la tenencia de la mayoría de los títulos mobiliarios en Costa Rica. Por otra parte el legislador fiscal en vez de alentar el crecimiento de la sociedad anónima ha promovido su uso como vehículo de evasión fiscal influyendo además en su periódica descapitalización.

En resumen, el derecho de sociedades comerciales costarricense no sólo ha incumplido su cometido expreso, sino también ha permanecido insensible a las legítimas aspiraciones de muchos pequeños comerciantes y actuales y presuntos inversionistas en títulos mobiliarios. Al igual que sucedió con la redacción de la L.F.I. ni los pequeños comerciantes ni los presuntos inversionistas intervinieron en el proceso de redacción de reglas jurídicas. De la misma manera, sus derechos no fueron protegidos en forma adecuada por organismos administrativos ni por los tribunales.

IV.—EL CREDITO AL CONSUMIDOR Y EL DERECHO

A) Introducción

El Estudio sobre el crédito al consumidor se centra sobre los factores socio-económicos y jurídicos que influyen en la disponibilidad, costo y utilización del crédito al consumidor en San José.⁽¹⁰⁰⁾ Con el propósito de resumir un conjunto de materiales muy exhaustivos, la presente sección se dividirá en tres partes. La primera resumirá los resultados de la investigación sociológica en torno a las actitudes respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados de San José.⁽¹⁰¹⁾ La segunda, reseñará los objetivos legislativos en la regulación de las operaciones relacionadas con el crédito al consumidor. La tercera describirá las prácticas de varias fuentes de crédito al consumidor y evaluará el funcionamiento de las instituciones jurídicas usadas por estas fuentes.⁽¹⁰²⁾

B) El Asalariado como Usuario del Crédito

1.—Descripción

Como se mencionó antes,⁽¹⁰³⁾ la presencia del crédito al consumidor en San José se le hace patente incluso a quien visita la ciudad por vez primera. Muchas tiendas anuncian sus precios, mencionando los pagos iniciales, primas o enganches y no la tota-

(100) El principal autor del Estudio del Crédito al Consumidor, Sr. Charles Foster Knight, describió la operación de las varias fuentes de crédito al consumidor, desde la tienda de empeño de crédito de "último recurso", hasta aquellas que financian directa o indirectamente la adquisición de artículos de consumo y la operación de instituciones jurídicas usadas por estas fuentes en cada tipo de transacción. (Esbozo preliminar publicado en julio de 1969 en forma mimeografiada. De aquí en adelante referido como Estudio de Crédito). Para poder facilitar la evaluación del papel de estas instituciones, se llevaron a cabo estudios adicionales. Uno de estos estudios lo constituyó una encuesta sociológica de las actitudes con respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados en el área metropolitana de San José, bajo la supervisión de la Dra. Renate Rausch del Depto. de Sociología de la Universidad de Costa Rica (Esbozo preliminar publicado en julio de 1969 como parte del Estudio de Crédito). Los estudios restantes analizaron el funcionamiento de instituciones jurídicas seleccionadas, tales como el *Registro de Prendas* y el *Apremio Corporal*. Estos Estudios llevados a cabo inicialmente por el Sr. John M. Finch son parte del texto preliminar del Estudio sobre Crédito.

(101) Véase *supra* nota 100.

(102) *Id.*

lidad del precio. Las compañías financieras de tipo familiar y comercial aparecen, como por magia por toda la ciudad, ofreciendo crédito rápido y accesible. Los prestamistas usureros pueden verse en los días de pago, muy atareados, cobrando los intereses de deudores, que con gran frecuencia son sus propios compañeros de trabajo. No debe causar ninguna sorpresa, por tanto, el hecho de que un estudio de mercado reciente encontró que el 76% de los 350,000 habitantes de San José, gastaba aproximadamente un 20% más de lo que ganaba cada mes.⁽¹⁰⁴⁾

Debido a que el estudio de las características de la utilización del crédito por parte de toda la sociedad costarricense urbana estaba más allá de los recursos del Proyecto Jurídico, se decidió concentrar la investigación sobre un grupo representativo de los beneficiarios del crédito al consumidor, el deudor asalariado urbano.⁽¹⁰⁵⁾ De más de 50,000 trabajadores asalariados descritos en el Registro de la Administración del Seguro Social de Costa Rica, fueron seleccionados 400 al azar para poder formar una muestra estratificada de acuerdo con cinco grupos de asalariados.⁽¹⁰⁶⁾ El nivel educacional de los entrevistados probó ser muy alto: sólo una persona en todo el grupo no había tenido educación escolar; cerca del 40% habían estado en segunda enseñanza y aproximadamente un 10% había realizado estudios universitarios. Similarmente parecía haber un alto grado de estabilidad de empleo. De la muestra total, más del 70% habían permanecido en el mismo puesto por más de un año.⁽¹⁰⁷⁾ Mano a mano con la estabilidad del empleo estaba la de residencia: el 58% de la muestra había vivido en el mismo lugar por un período de más de 5 años.⁽¹⁰⁸⁾

Los entrevistados contemplaban el futuro de sus empleos con un optimismo grande pero al propio tiempo infundado. Menos

(103) Véase introducción a este artículo.

(104) M. Romero, *Estudio del Mercado de Seguros en el Area de San José*, pág. 11, estudio no publicado de la sección de Económica de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (1963).

(105) La investigación clasificó al deudor asalariado de San José de acuerdo con su nivel de ingresos y describió, entre otras características, su educación, hábitos de gasto, estabilidad de empleo, clases de residencia, expectativas de salario o sueldo y preferencias por las diferentes fuentes del crédito. Véase Investigación en 1-3.

(106) *Id.*, en 7, 9.

(107) *Id.*, en 12, 13, 23.

(108) *Id.*

del 5% de la muestra no esperaba un aumento de más del 10% en sus sueldos durante el período de los dos a cinco años siguientes.⁽¹⁰⁹⁾

Aproximadamente un tercio de los demandados esperaban recibir aumentos en los sueldos hasta de un 60% sobre sus salarios actuales durante el mismo período.⁽¹¹⁰⁾ A pesar del optimismo expresado, era bastante aparente que un gran número de los entrevistados tenían que pedir dinero prestado, trabajar tiempo extra o tomar otros empleos para poder satisfacer sus necesidades básicas, tales como alimentación, techo, educación, cuidado personal y salud. Por ejemplo, 57 de 87 entrevistados (aproximadamente un 15% de la muestra total), respondieron que ya sea "ocasionalmente" o "frecuentemente" los gastos de alimentación no se cubrían con las sumas disponibles para los gastos mensuales, y 34 de los 87 entrevistados (aproximadamente 9% de la muestra total) dijeron que frecuentemente sus necesidades de alimentación excedían sus entradas mensuales y tenían que dejarlas insatisfechas.⁽¹¹¹⁾ Para estos entrevistados, por lo tanto, el crédito se convertía en un vehículo vital en la satisfacción de sus necesidades básicas.⁽¹¹²⁾

El porcentaje más alto de deudores se encontró en el grupo con entradas de \$ 250 - \$ 300 (U.S.) mensuales, con un 90% de las familias catalogadas en este grupo obligado al pago de abonos mensuales.⁽¹¹³⁾ El acreditamiento regularizado o a plazos, sin embargo, parecía empezar por el nivel de entradas de \$ 100 al mes: el porcentaje más bajo de los deudores que pagan cuotas mensuales se encontró entre el grupo de familias con entradas de menos de \$ 100 por mes.⁽¹¹⁴⁾

Las preferencias respecto a las fuentes de crédito reflejaban la influencia de consideraciones de tipo económico. Los bancos

(109) Ninguna razón económica fue alegada con respaldo a este optimismo. *Id.*, en 15.

(110) *Id.*

(111) *Id.*, tablas 31-34.

(112) De toda la muestra, el 23% de los demandados utilizaron el dinero prestado para compras de comestibles, el 25% para ropa y el 42% para seguros y necesidades médicas. *Id.*, Tabla 34.

(113) La categorización de grupos de ingresos usada en el texto es debida al hecho que sólo, según un cálculo bruto, el 15% de todos los trabajadores asalariados ganan más de \$ 100 al mes. *Id.* pág. 13 y 14.

(114) *Id.*

oficiales y las cooperativas de crédito que, por regla general, cobran intereses bajos sobre préstamos personales y no acostumbra ejercer mucha presión para el cobro, se encontraban entre las fuentes preferidas, seguidas por "compañeros de trabajo", "parientes", "tiendas de ropa", "amigos", "compañías financieras", "pulperías", "casas de empeño y compra venta" y "prestamistas".⁽¹¹⁵⁾ Como demuestra más adelante el estudio de las transacciones de crédito al consumidor, estas preferencias de los deudores muy acertadamente reflejaban los costos actuales para obtener crédito, lo mismo que la presión en métodos de cobro.⁽¹¹⁶⁾ Es significativo, además, en un país donde las relaciones familiares son todavía muy estrechas y donde la amistad, como regla general, implica todavía un profundo lazo emocional, encontrar que los usuarios del crédito estaban más anuentes a firmar pagarés como fiadores para sus "compañeros de trabajo" que para sus "amigos" y "parientes".⁽¹¹⁷⁾ Una explicación de este comportamiento podría ser que los entrevistados se encontraban en una mejor posición para evaluar la capacidad de pago de sus compañeros de trabajo, por trabajar juntos, que la de familiares que trabajaban para otro patrono. Esta explicación, sin embargo, le atribuye cierta posibilidad de escogencia al fiador o co-deudor asalariado de la que él normalmente carece. La explicación, posiblemente más exacta, es que dado que el tipo de fianza "del compañero de trabajo" es una de las formas de garantía más usadas en Costa Rica, los entrevistados al garantizar a sus colegas simplemente estaban tratando de asegurarse de que si ellos necesitaban la fianza de su compañero de trabajo en un futuro ésta no le sería negada en cumplimiento de un deber de reciprocidad.

La percepción de los deudores de los factores inspiradores de confianza y por tanto generadores del crédito con los diversos prestamistas igualmente indicaba una aguda conciencia del papel desempeñado por factores económicos. Las recomendaciones de amigos o aún la amistad con el prestamista mismo, estaban catalogadas en un plano inferior en cuanto a su influencia frente al récord de cumplimiento en los pagos y la entrada mensual y su excedente presupuestal.⁽¹¹⁸⁾ En respuesta a preguntas tales como,

(115) *Id.*, Tablas 22-27.

(116) Véase *infra* secciones IV. D.

(117) Véase Tabla de Investigación 23.

(118) *Id.*, Tabla 23.

"si usted de repente entrase en posesión de una suma grande de dinero que le permita pagar o cancelar sus obligaciones X, Y, y Z. (contrastando los gastos en una escala declinante de sensualidad), ¿cuál pagaría primero?", las contestaciones fueron, en la mayoría de acuerdo los casos, racionales en el sentido económico del término. Alimentación, techo y obligaciones educacionales serían pagadas primero y sólo después de haber pagado esas obligaciones se aplicaría el dinero restante a otras cosas de naturaleza más sensual, tales como gastos de licor y fiestas.⁽¹¹⁹⁾ La recreación apareció enumerada como un gasto mensual únicamente por una cuarta parte de los entrevistados y solamente entre aquéllos que reportaron un alto porcentaje de sus gastos como empleados en actividades de diversión (10% o más de sus gastos) aparecieron actividades tales como "tragos con los amigos" como financiadas con la ayuda de crédito.⁽¹²⁰⁾

La imagen proveída por el deudor asalariado en Costa Rica como la de un consumidor prudente y responsable, un hombre "económico", que contempla la transacción crediticia en una forma racional y calculadora de costos, aparentemente contradecía dos hipótesis sostenidas por este autor. La primera mantenía que aquel sector sustancial de la población masculina costarricense cuya propensión hacia actividades sensuales, tales como consumo de licor y aventuras sexuales era patente, probablemente ignoraría o descartaría las consideraciones de tipo económico cuando se tratase de satisfacer su sensualismo.⁽¹²¹⁾ La segunda hipótesis postulaba que este segmento de la población de deudores trataría de preservar su acceso al financiamiento de su sensualidad por encima de todas sus otras obligaciones de crédito. La primera hipótesis por tanto pretendía describir el comportamiento de un hombre no económico, mientras que la segunda hipótesis describía el comportamiento de un hombre cuyo proceder era económico solamente en cuanto soporte a su sensualismo. La segunda hipótesis también sugería que una clase dada de obligaciones de crédito, por ejemplo,

(119) *Id.*, en 20-22.

(120) *Id.*

(121) Esta hipótesis fue respaldada por el hecho de que las esposas de deudores asalariados a menudo acudían al lugar de empleo el día de pago para tratar de prevenir que se gastara el sueldo en algún bar cercano. En una de las más tradicionales y populares canciones folklóricas costarricenses se invita al interlocutor a que disfrute de su guaro "...hasta que amanezca el día".

aquellas con un cociente de sensualidad más alto era probable que fueran más fácilmente cobrables que otras obligaciones con un cociente de sensualidad más bajo.

De hecho, sin embargo, ninguna de las hipótesis resultó contradicha por los resultados de la investigación y por la imagen resultante de un deudor acorde con las características de un hombre económico. Las dos hipótesis y la investigación contenían descripciones totalmente válidas del comportamiento de muchos deudores josefinos, pero este comportamiento variaba en las diversas fases o etapas de la transacción crediticia.

Los datos obtenidos del estudio de crédito al consumidor confirmaron que los acreedores ciertamente guiaban sus criterios de crédito por el mismo tipo de consideraciones económicas percibidas como cruciales por los deudores en la encuesta sobre el crédito, obligando de esta manera a los presuntos deudores a presentar, por lo menos, la apariencia de un comportamiento económico racional.⁽¹²²⁾ Apareció también que, en lugar de considerar las obligaciones de crédito con un alto cociente de sensualidad como fáciles de cobrar, los acreedores les atribuían un riesgo mucho mayor que al financiamiento de obligaciones del tipo alimenticio y de techo.⁽¹²³⁾ No obstante, también era cierto que entrevistas a fondo con muchos de los propios deudores de la encuesta revelaron que ellos dedicaban una cantidad sustancial de su presupuesto familiar, incluyendo dinero proveniente del crédito, a actividades sensuales.

La apariencia de racionalidad económica brindada en la encuesta no era necesariamente engañosa o contradictoria respecto a los gastos económicamente irracionales efectivamente incurridos debido a que cada imagen era el resultado del contexto en que se llevaba a cabo la actividad. Si el contexto era el de una búsqueda o evaluación de fuentes de crédito, pesando los términos y condiciones del mismo, tal como estaba implícito en la encuesta, la actividad descrita no podía menos que reflejar un contenido económico. Consecuentemente, el mismo deudor podía perfectamente haber actuado irracionalmente en un sentido económico en uno o más puntos de la transacción de crédito, por ejemplo, cuando tomó la decisión de incurrir en un gasto sensual costoso y dar la

apariencia de racionalidad económica cuando buscaba la fuente de crédito que financiaría ese gasto.

2.—Conclusiones

Es importante subrayar que el comportamiento aparente en los diferentes contextos de utilización del crédito no tiene las mismas consecuencias económicas. La decisión de llevar a cabo gastos económicamente irracionales, motivados por consideraciones sensuales, es de mayor importancia económica que la decisión de buscar el crédito que financie este gasto en una forma económica racional. Esta última es solamente un medio de implementar la decisión anterior. Una decisión económica irracional, a su vez, es, por su propia naturaleza, no susceptible de ser influenciada o desalentada por consideraciones económicas racionales, tales como contra-incentivos de costos elevados. Cuando estos hechos se consideran en conjunto con los resultados de la encuesta sobre las propensiones de los deudores, se puede predecir que cualquier regla jurídica cuyo propósito sea desalentar a los deudores urbanos de Costa Rica en usar el crédito en una forma no económica o alentar sus ahorros, se enfrentará con una tarea bien difícil. En primer lugar, si los gastos contemplados son para actividades sensualmente atrayentes al consumidor, no será fácil disuadirlo por medio de contra-incentivos económicos. En segundo lugar, puesto que el deudor asalariado urbano es demasiado optimista respecto a su potencial de ingresos, él tiende a asumir más obligaciones de las que puede atender. Estas obligaciones se respaldan no por un nivel de ingresos más alto sino por la estabilidad de empleo y de residencia. Pero la propia estabilidad de empleo y residencia fomenta el uso más generalizado por los acreedores del embargo como un vehículo de consecución del pago periódico, lo que a su vez tiende a perturbar el ciclo de endeudamiento a través de perennes novaciones o "adecuaciones" de deudas.

Aparecería, entonces, que para lograr llevar a cabo cambios sustanciales en el uso del crédito al consumidor en San José, se requiere un serio reordenamiento de los valores sociales y de las correspondientes actitudes frente al consumo. De considerarse deseable tal reordenamiento, se impone el uso del proceso educa-

(122) Véase, por ejemplo, los resultados respecto al crédito de pulperías. *Id.*, en 5-6.

(123) *Id.*

cional como principal método de cambio de conducta social; el derecho no podría rendir otra función que la de coadyuvante.

C) Regulación del Crédito. Sus objetivos y Rasgos Básicos

Por otra parte, si al derecho se le deparase la función de lograr implantar condiciones equitativas en cuanto al uso del crédito, los juristas enfrascados en tal tarea no podrían contar con la expresión de demandas o aún expectativas por parte de los deudores josefinos que sirviesen de guías para la nueva normativa. Como indica la encuesta, los deudores asalariados de San José apenas si han expresado lo que no es más que una aspiración de acceso más fácil al crédito bajo las mismas condiciones y términos existentes.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica ha tratado durante los últimos 20 años de proveer una mayor disponibilidad de crédito para ciertos sectores de la economía. La nacionalización de los depósitos bancarios de 1948, por ejemplo, se llevó a cabo primordialmente debido a que “el propósito de ganancia de la banca privada estaba impidiendo el flujo del crédito que tenía prioridad para el desarrollo, tal como el destinado para actividades agrícolas e industriales”.⁽¹²⁴⁾ En forma similar los redactores del C. de C. de 1964, al suprimir la tasa de interés máximo del código anterior, argumentaron que con el establecimiento de un sistema de libertad de tipos de interés, una gran cantidad de capital encontraría su camino hacia el mercado crediticio de Costa Rica, y este suministro actuaría como un “regulador” de tipos de interés. Además, asumió el codificador que la competencia refrenaría las prácticas abusivas en los préstamos y cobros, reduciría los tipos hasta un nivel razonable y eliminaría a muchos usureros del mercado.⁽¹²⁵⁾ Más recientemente, en 1969, una ley que creó un Banco Obrero (**Banco Popular y de Desarrollo Comunal**) fue específicamente promulgada para facilitar préstamos de bajo costo para las clases media y de entradas más bajas.⁽¹²⁶⁾

(124) Decreto Ley N° 71 de 21 de junio de 1948.

(125) C. de C., en XII *et seq.*

(126) Decreto Legislativo N° 4351 de junio de 1969, creando el Banco Popular.

Como podía esperarse de políticas tan contradictorias, la implementación legislativa se llevó a cabo por distintos cauces. Por un lado, se sujetó al Sistema Bancario Nacional a un método de regulación muy detallado, de “topes”, que hacía distinción entre créditos preferenciales y no preferenciales.⁽¹²⁷⁾ Los créditos preferenciales, o los considerados más productivos para la economía, se dividieron en tres categorías: agricultura, ganadería e industria. Los créditos no-preferenciales en dos categorías: comercial y otros (incluyendo actividades tales como electrificación, servicios, inversiones, construcción de viviendas y crédito personal al consumidor). Cada año, el Banco Central determina la asignación de crédito en cada una de las categorías. La asignación se reparte proporcionalmente entre los cuatro bancos que operan como bancos comerciales, y cada uno puede dar crédito hasta el límite permitido en cada categoría. Las tarifas de interés cobradas por estos bancos también son reguladas por ley, lo mismo que el límite de préstamo por prestamista individual.⁽¹²⁸⁾

Al crédito otorgado por organismos privados, por otro lado, se le permitió operar prácticamente sin restricciones de cantidad o calidad; no se impuso ningún límite sobre préstamos agregados o por cliente, ni regulaciones sobre los tipos de préstamos o garantías admisibles. Al igual que con respecto a las reglas sobre la formación de capital de sociedades anónimas,⁽¹²⁹⁾ las que regulan las transacciones de crédito fueron fuertemente influenciadas por la demanda de mayor flexibilidad de operación formulada por los grupos de prestamistas privados. La flexibilidad demandada por estos intereses comerciales también se reflejó en las reglas del C. de C. encaminadas a otorgarle mayor efectividad y liquidez a ciertos contratos y títulos de crédito. De esta forma, la factura comercial, cuando estaba debidamente firmada por un comprador de mercancías, se convertía en título ejecutivo que permitía utilizar un juicio sumario de cobro, sujeto únicamente a un número limitado de defensas perentorias.⁽¹³⁰⁾ De manera similar, las reglas referentes

(127) Véase Ley N° 1130 de 28 de enero de 1950 y Ley N° 1552 de 23 de abril de 1953 creando el Banco Central y la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional N° 1644 del 26 de setiembre de 1953.

(128) *Id.*

(129) Véase *supra* Sección III D.

(130) Artículo 460 del C. de C.

a la circulación de títulos de crédito, tales como la letra de cambio, el pagaré y el cheque, fueron revisadas para darle mayor vigor a los derechos de los tenedores legítimos o de buena fe.⁽¹³¹⁾

La más clara ilustración de protección al acreedor se encuentra en la regulación del contrato de prenda mercantil. Si el deudor prendario no puede pagar la suma adecuada o consignar la prenda en debida forma ante el tribunal, él queda sujeto a apremio corporal y puede ser enviado a prisión por un período de hasta dos años.⁽¹³²⁾ Como era de esperarse con tales medidas, el legislador no le dedicó mucha atención a la protección de los derechos del deudor.⁽¹³³⁾

Al concluir esta sección, es importante notar un efecto sorprendente de la regulación de las transacciones de crédito en Costa Rica. Por un lado, es indudable que el derecho sobre transacciones de crédito en Costa Rica ha sido tradicionalmente un derecho favorable a los intereses del acreedor. Por el otro, hasta muy recientemente no existían instituciones jurídicas para la financiación del inventario del comerciante;⁽¹³⁴⁾ no había prenda flotante ni nego-

(131) *Id.*, Artículos 741, 743 y 811 especialmente sobre los derechos del endosatario de un título valor.

(132) *Id.*, Artículo 568 y Artículos 1002, 1003 del Código Civil de 1888 (San José 1966) (el Código Civil de aquí en adelante referido como C. C.).

(133) En especial, la inembargabilidad de ciertas mercancías y porciones de salario. *Id.*, Artículo 984 del C. C. y Ley N° 4418 del 22 de setiembre de 1969; y Artículos 38 y 39 de la Constitución que prohíben el encarcelamiento por deuda civil, pero véase *infra* Sección IV E. 4 en el texto de este artículo. El Artículo 289 del Código Penal de Costa Rica del 21 de agosto de 1941 (San José 1950) (de aquí en adelante denominado como C.P.) permite a los tribunales establecer cuáles tipos de interés son exorbitantes con relación al poder de negociación de las partes. Además, el artículo 289 del C.P. sujeta al prestamista a juicio si ha ocultado el verdadero tipo de interés. Una investigación de las sentencias dictadas en apelación revela, sin embargo, que en un período de más de treinta (30) años no se han invocado estas normas más de seis veces y no con mucho éxito contra los acreedores. Véase: Sentencias de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, *Andrade Blanco*, 1º de octubre de 1935, II semestre pág. 690; *Aumard y Massoulet v. Royo Gólcher*, 19 de diciembre de 1935, II semestre pág. 1427; *Prado Blanco* 24 de marzo de 1937, I semestre pág. 618; *Bertsch Lessing*, 26 de diciembre de 1941, II semestre pág. 1238; *Barrantes Herrera*, 21 de mayo 1937, I semestre pág. 958; *Balmaceda Zamora v. López Piedra* N° 59 de 26 de mayo de 1935, I semestre pág. 1274. El estudio del Sr. Knight concluyó que una razón por la cual no se invoca esta disposición es que los prestamistas generalmente piden a sus prestatarios que firmen cheques postdatados o certificados de prenda en blanco como garantía de los préstamos y se teme que los instrumentos, puedan usarse para establecer acciones de índole penal contra el prestatario. Así, si el prestatario denuncia la usura podría exponerse a una acusación más seria que la de usura. Véase Estudio sobre Crédito, pág. 10.

(134) No fue sino hasta 1969 que algunos bancos y compañías financieras empezaron a financiar la adquisición del inventario del comerciante mediante la negociación de títulos sin recurso o sin acción de regreso contra el endosante.

ciación de facturas comerciales sin recurso (o sin acción de regreso) contra el vendedor-endosante. Así, mientras los derechos de los comerciantes contra sus clientes recibían una evidente protección jurídica, aquéllos que financian la adquisición del inventario comercial por el comerciante, aparentemente no confiaban en esta protección para salvaguardar sus derechos sobre la mercadería almacenada o vendida o sobre el producto de tales ventas incorporado a facturas o a pagarés, letras o cheques. Además, el sistema de Banco Central no ha hecho depender como en los Estados Unidos de Norteamérica y en otros países Latinoamericanos, la creación de dinero privado por los bancos de la naturaleza auto-liquidante de la transacción subyacente. En otras palabras, la banca central en Costa Rica todavía no ha tratado de regular la creación de dinero "privado" (sobre todo por bancos privados y financieras) tomando en cuenta la cantidad y la calidad o liquidez (cobrabilidad) de la emisión.

D) Fuentes de Crédito al Consumidor

1.—Casas de Préstamo o Empeño —Oficial y Privada

El Monte Nacional de Piedad, de aquí en adelante denominado MNP, fue la primera fuente de crédito al consumidor examinada en este estudio. Esta casa de empeño oficial, creada en 1901, fue esencialmente concebida como una institución filantrópica con el propósito de proveer préstamos pequeños a las clases trabajadoras.⁽¹³⁵⁾ Se estableció como una sociedad de capital mixto (público y privado), y se estimuló a los trabajadores para que compraran acciones, para beneficiarse del ingreso de dividendos y de los bajos intereses cobrados sobre préstamos a los accionistas.⁽¹³⁶⁾

El MNP se dedica a dos tipos de transacciones de crédito garantizado. La primera está garantizada con objetos muebles propiedad del prestatario, cuya posesión se transfiere por la duración del préstamo y cuya propiedad se pierde, en caso de incumplimiento. La segunda clase de garantía es provista por el sueldo del deudor,

(135) Decreto Legislativo N° 4 del 15 de enero de 1901.

(136) *Id.*

que se sujeta a deducciones y a la posibilidad de embargo a favor del MNP.⁽¹³⁷⁾

La prueba de la existencia del préstamo para el prestatario es una boleta que especifica la cantidad prestada y el número de la prenda. La mera posesión de la boleta le da derecho al tenedor a pedir la devolución de la prenda previo el pago del principal y de los intereses adeudados. En caso de incumplimiento, la garantía es vendida en subasta pública, y el precio de venta se destina a cubrir la deuda pendiente. El excedente, caso que exista, se le devuelve al deudor, o, si él no puede ser hallado, se mantiene en un fondo aparte, que si no se reclama en un cierto período de tiempo, pasa a ser propiedad del MNP.

Si el préstamo se garantiza con el sueldo del prestatario el procedimiento es más complicado. En primer lugar, sólo los empleados públicos pueden disponer de esta garantía, y ciertos grupos de estos empleados están excluidos. Por ejemplo, a los empleados de nombramiento puramente político automáticamente se les niega préstamos sobre su sueldo durante el año de elecciones, dada la posibilidad de la pérdida de sus puestos. En segundo lugar, el prestatario manifiesta su acuerdo en que el gobierno le retenga, en cada pago de sueldo, la cantidad específica y, por lo tanto, debe obtener la necesaria autorización, así como las firmas de cuatro fiadores. Al MNP se le permite también deducir de la suma convenida, los cargos por intereses, generalmente el 2% de interés simple por mes o un 20% sobre un préstamo de diez meses. Además del préstamo y la autorización de retención, el prestatario y sus fiadores firman conjuntamente un pagaré asumiendo responsabilidad solidaria por la cantidad y los intereses adeudados en el préstamo.

La tasa del 2% por mes hace que el MNP sea una de las fuentes institucionales de crédito más baratas en Costa Rica, lo que motiva su popularidad, en especial para los prestatarios de sumas no mayores de \$ 150 que es en el presente el límite de préstamo establecido.

Así, la suma de \$ 200.000 que es el volumen anual de actividades del MNP no es indicativa de la demanda de crédito, sino

(137) Véase Decreto Ejecutivo N° 686 del 24 de agosto de 1946. Este decreto y el Decreto citado *supra* nota 135 constituyen la base normativa principal para operaciones del Monte Nacional de Piedad.

de los recursos muy limitados del MNP. La limitación de recursos es, en gran parte, el resultado del predominio de accionistas privados en la junta directiva del MNP. Ellos han dictado la práctica de pagar dividendos substanciales, una práctica que, como se discutió anteriormente, era característica de muchas sociedades anónimas familiares en Costa Rica.⁽¹³⁸⁾

Las casas de empeño privadas operando ya sea como casas de empeño propiamente dichas o como casas de compra y venta, manejan un volumen combinado de negocios que es más de cinco veces el del MNP.⁽¹³⁹⁾ La casa de empeño propiamente dicha opera bajo licencia y supervisión del Gobierno. Esta circunstancia es responsable de su pequeño número así como de la existencia de más de 90 casas de compra-venta que, en efecto, no son más que casas de empeño disfrazadas.⁽¹⁴⁰⁾

Los préstamos en casas de empeño propiamente dichas se dan por sumas que frecuentemente llegan al 50% del valor del mercado estimado de la garantía, a un costo de 10% al 15% mensual, y, como en el MNP, los intereses se descuentan por adelantado. La boleta y el procedimiento de cobro también es bastante similar al del MNP.

En las casas de compra y venta, sin embargo, el instrumento en el cual se incorpora el préstamo es apenas vagamente reminisciente de la boleta del MNP debido al deseo de disfrazar lo que verdaderamente es un préstamo, haciéndolo aparecer como una compra del tendero con subsecuente reventa al cliente prestatario.⁽¹⁴¹⁾ El cliente recibe un talón o tiquete con un número impreso, talón que el prestatario debe presentar para poder reclamar su prenda. En efecto, como no hay ninguna promesa expresa de reventa, este talón solamente hace constar la existencia de una obligación moral del tendero hacia el prestatario, permitiéndole a éste último la

(138) Véase *supra* Sección III F. 2. en enero de 1969, el M.N.P. tenía 413 accionistas. Un reporte de Auditoría por la Oficina de Contraloría terminado en enero de 1967 (Informe de la Intervención Practicada en el Monte Nacional de Piedad, Enero, 1967, Departamento de Auditoría e Inspecciones Contraloría General de San José, 1967), determinó que los pagos de dividendos del MNP promediaron 21.6% del valor nominal de acciones durante el año corriente 1966. Sobre este punto, véase Estudio de Crédito, notas 5, 7 y 22.

(139) *Id.*, en 36 *et seq.*

(140) *Id.*

(141) *Id.*, en 38-41, con fórmulas anexas.

compra de la prenda al precio acordado. El costo del crédito en casas de compra-venta refleja la gran necesidad de crédito inmediato que tiene el prestatario y se ha estimado que muchas veces tiene un costo en exceso del 20% mensual.⁽¹⁴²⁾

2.—Prestamistas

El término "prestamista" en Costa Rica puede aplicarse a un pariente, vecino, amigo, compañero de trabajo, extraño o hasta a "la viejilla de la esquina", como resultado de sus actividades ocasionales o permanentes. Aproximadamente 75.000 de los 350.000 habitantes que hay en San José deben dinero en forma continua a uno u otro tipo de prestamista.⁽¹⁴³⁾ Estimados globales del volumen de transacciones hechas por prestamistas en 1969 lo sitúan entre 3 y 7 millones de dólares, que es más de 10 veces lo prestado por el MNP y casi igual a lo prestado por el Sistema Bancario Nacional bajo el rubro de préstamos personales.⁽¹⁴⁴⁾

Como regla general, un prestamista que no esté familiarizado con el estado financiero del prestatario pedirá a éste que le dé una constancia de su patrono indicando el sueldo, estado de empleo y autorizaciones de deducción y embargos. Además, los prestamistas profesionales requieren no solamente la firma del prestatario, sino también la de varios fiadores. La garantía de un prestamista, depende, por lo tanto, de su habilidad de embargar los bienes del prestatario y de los fiadores y, aún más que de los bienes, del embargo de sus salarios. El límite superior del préstamo es por consiguiente determinado por el resultado de sumar las porciones de los salarios del prestatario y de los fiadores que no están sujetas a deducciones o embargos.⁽¹⁴⁵⁾

Los instrumentos jurídicos usados por los prestamistas son los pagarés y los contratos de prenda. Sin embargo, cada uno de estos instrumentos sufre ciertas "adaptaciones" en la práctica cre-

(142) *Id.*

(143) *Id.*, en 48.

(144) *Id.*

(145) Puesto que la parte del sueldo que puede ser embargada está limitada a todos los efectos prácticos al 12.5% del sueldo mensual del prestatario, el prestamista debe poder embargar varios sueldos simultáneamente para obtener una garantía equivalente a la totalidad de la deuda. Sobre esto véase *supra* nota 133 *id.*, en 50 *et. seq.*

diticia, destinadas a aumentar la efectividad del proceso de cobro. Por ejemplo, algunos pagarés no muestran fecha de vencimiento o se hacen por una suma mucho mayor que la cantidad verdaderamente adeudada (frecuentemente una y media veces la suma adeudada). La prenda es a menudo ejecutada describiendo bienes ficticios, para que en el caso de incumplimiento, el prestatario pueda verse sujeto a una orden de apremio, encarando así un posible encarcelamiento.⁽¹⁴⁶⁾ De manera similar, a los prestatarios a menudo se les pide que emitan cheques contra cuentas inexistentes para que en caso de falta de pago el acreedor pueda amenazar con una acción de estafa o fraude. Los intereses cobrados sobre préstamos por los prestamistas callejeros llegan a veces hasta el 650% por año, pero más a menudo oscilan entre 60% y 120% al año.

3.—Pulperías (Tiendas de abarrotes)

El procedimiento para otorgar crédito en las pulperías de San José, en gran medida refleja su origen rural. Por ejemplo, cuando se extiende el crédito, el instrumento en el cual se registra la transacción es frecuentemente una libreta que guarda el dueño de la pulpería. La utilización de los apuntes del pulpero como prueba de la deuda parece haber sido el resultado no tanto de la confianza depositada en el mismo por su cliente sino de conveniencia, ya que el pulpero, hasta muy recientemente, era uno de los pocos hombres de pueblo capaces de llevar una contabilidad rudimentaria. Los clientes que aún usan las libretas en la Costa Rica rural son típicamente trabajadores pagados en una base diaria o semanal y que han vivido cerca de la pulpería por un largo período de tiempo. La libreta, sin embargo, está muy lejos de ser un medio efectivo de cobro en un procedimiento judicial. A lo más, es una prueba documental refutable de la existencia de una deuda, y que sólo da lugar a un juicio ordinario con múltiples excepciones

(146) El Sr. Knight describe el uso de prendas regulares, lo mismo que de prendas ficticias (en blanco), pero encuentra que el uso de estas últimas ha ido aumentando como resultado de los riesgos jurídicos relacionados a un sistema incierto de registro y de determinación de prioridades (véase *infra* Sección IV., E. 4). Véase *Id.*, en 52. Concluye que la amenaza de sanciones criminales no se deriva solamente del desacato a la autoridad que se cree cometido por el deudor que no puede presentar el bien dado en prenda en los juicios prendarios sino también de una acción de fraude contra el deudor por haber ofrecido bienes ficticios en garantía en violación del Artículo 282, Inciso 4 de C.P. de Costa Rica.

perentorias y dilatorias.⁽¹⁴⁷⁾ De las 1.000 pulperías urbanas que hay aproximadamente en San José, sólo aquéllas en las áreas donde hay un nivel relativamente bajo de movilidad de población o donde existe una fuerte competencia entre pulperos, extienden crédito permanente con base en una "libreta"; conforme aumenta la movilidad de la población o decrece el poder de negociación de los clientes, el crédito de libreta se vuelve más escaso.

De acuerdo con un cálculo del Consejo Nacional de Producción, el crédito de pulperías en San José se ha reducido del 50% de las ventas brutas a menos del 25% durante los últimos 15 años.⁽¹⁴⁸⁾

Virtualmente, cada una de las pulperías entrevistadas indicó que la mayoría de sus clientes al crédito estaban atrasados en sus pagos y, en efecto, describieron la práctica crediticia como un sistema rotativo: los clientes hacen pagos relativamente regulares cada semana o cada 15 días, pero en vista de las compras subsiguientes, el saldo pendiente queda más o menos igual. Los esfuerzos para que los clientes firmen algún documento legal que pudiera permitir un procedimiento de cobro más efectivo que el respaldado por la libreta han encontrado una fuerte oposición por parte de los clientes. Sin embargo, reflejando el decreciente poder de negociación de los clientes, el uso de la factura firmada ahora es mucho más aparente que antes de la promulgación del C. de C.

4.—Ventas al por menor a plazos

De acuerdo con entrevistas con dueños de tiendas de departamentos, casi las dos terceras partes de todas las ventas al detalle se hacen con base al crédito.⁽¹⁴⁹⁾ Las ventas a plazos de muy alto valor por unidad están garantizadas primordialmente en San José por la **prenda mercantil o prenda sin desposesión**. Durante las épocas de mayor actividad comercial, es corriente que una tienda

(147) El artículo 267 del C. de C. establece el principio general de que los libros de contabilidad hacen prueba contra sus dueños. Pero cabe preguntarse, quién es el dueño de la libreta cuando ésta queda en posesión del cliente quien ocasionalmente es quien también hace las anotaciones.

(148) Véase Estudio de Crédito, capítulo de Pulperías pág. 2 y particularmente nota 3.

(149) *Id.*, Capítulo de Tiendas al Menudeo, en 13 *et seq.*

de venta de artículos eléctricos envíe docenas de certificados de prenda mercantil para ser inscritos en el Registro en Prendas.

El contrato de prenda mercantil en Costa Rica, como su contraparte en los Estados Unidos de Norteamérica, a la par que le asegura al vendedor o al prestamista un derecho de privilegio para hacerse pago con el valor de las mercancías, le permite al comprador adquirir titularidad sobre las mercancías compradas.⁽¹⁵⁰⁾ Sin embargo, a diferencia del "Uniform Commercial Code" (U.C.C.) (Código Uniforme de Comercio) de los Estados Unidos, el C. de C. costarricense requiere que el contrato o el certificado de prenda mismo, en vez de su escueto resumen, ("financing statement" en la terminología del U.C.C.), sea inscrito en el **Registro de Prendas** para prevalecer contra terceros adquirentes, acreedores o síndicos en la quiebra.⁽¹⁵¹⁾ Como la inscripción, de acuerdo al reglamento vigente, consiste en realizar una transcripción literal del contrato de prenda, y éste generalmente consta en un documento largo, no es extraño que el proceso de inscripción dure varios meses. Es cierto que mientras se lleva a cabo la inscripción permanente funciona un registro temporal por medio de un índice de archivo ordenado con los nombres de los deudores. Estos índices, que por la naturaleza muy rápida de las transacciones crediticias sobre bienes muebles son los más frecuentemente consultados por los acreedores, han demostrado ser muy inciertos. No es raro, por ejemplo, encontrar prendas mercantiles ejecutadas por partes que ya no tienen titularidad sobre los objetos o las mercancías.⁽¹⁵²⁾ Además, las prioridades de derechos, aún entre prendas de primero y segundo grado no pueden determinarse fácilmente debido a las inseguridades de un sistema de registro múltiple.⁽¹⁵³⁾ Estas son las razones por

(150) Véase Artículos 537-39 del C. de C. de Costa Rica y comparar con el U.C.C. de los Estados Unidos, Sección 9.102 (2).

(151) *Id.*, comparar el Artículo 554 del C. de C. de Costa Rica requiriendo que el contrato se inscriba cuando permanece el bien dado en prenda en posesión del deudor con el U.C.C. SS 9-302 (1) y 9-303.

(152) La inadecuada publicidad Registral se determinó a través de una serie de pruebas del funcionamiento de las inscripciones en el índice de deudores. En muchos casos las inscripciones no aparecieron en el índice sino hasta después de que se habían celebrado las transacciones subsecuentes.

(153) Además de las inscripciones temporales y permanentes en el Registro Central, las partes pueden también inscribir sus derechos en registros subsidiarios dentro de la provincia de San José. El registro cantonal está sujeto a la inscripción definitiva en el Registro Central, pero también puede ayudar a perfeccionar una garantía prendaria de rango inferior a la inscrita con posterioridad en el Registro Central, haciendo posibles así remates que pueden impedir que

las cuales, los comerciantes no confían en el registro de prendas como una fuente adecuada de garantía y los financistas de negocios al por menor raras veces descuentan facturas o títulos valores cuya principal garantía es de índole prendaria. La función de garantía correspondiente al registro de prendas en el sistema crediticio costarricense ha sido en parte reemplazada por la amenaza de una prisión por deudas.

Además de las prendas, a los deudores se les pide que firmen pagarés, avalados por uno o más fiadores y más recientemente también se ha comenzado a usar la factura comercial. Sin embargo, el mayor número de mecanismos de cobro no parece haber fomentado los pagos a tiempo de las obligaciones. Más de 2.000 cobradores se emplean a diario en San José con el propósito de hacer "recordatorios" periódicos a los deudores.⁽¹⁵⁴⁾ De acuerdo con el gerente de una de las agencias crediticias más grandes de Costa Rica, sólo una tercera parte de los compradores al por menor pagan sus obligaciones de crédito a tiempo. Otra tercera parte, "al estilo tico", paga en un período de siete a noventa días después de la fecha debida. De la restante tercera parte morosa él estima que un 30% paga después de recibir cartas amenazantes o visitas, mientras que el otro 70% tiene que ser demandado para poder obtener pago.⁽¹⁵⁵⁾

Relacionada con la práctica de pagos lentos está la tendencia a renovar o adecuar plazos casi automáticamente al solicitarlo el prestatario. El retraso y la novación están tan ampliamente extendidos en el mercado crediticio que mientras la duración fijada de un contrato a plazo promedio está en la vecindad de 30 meses, la duración real es de 40 o más meses.⁽¹⁵⁶⁾

5.—Bancos, Cooperativas y Compañías Financieras

Como un tipo de crédito "no-preferencial", el crédito al consumidor es más caro en el Sistema Bancario Nacional que los

el acreedor de primer grado haga efectivo su crédito. Sobre este punto, véase III KOZOLCHYK y TORREALBA, *supra* nota 3 en 28-53 y Sentencia N° 747 por el Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, San José, 23 de octubre de 1967, lo mismo que la sentencia N° 216 del Juzgado Primero Civil de 7 de marzo de 1968, reportado *id.*, en 92-95.

(154) Estudio de Crédito, *supra* nota 149, pág. 28.

(155) *Id.*, pág. 29.

(156) *Id.*

créditos "preferenciales" tales como los préstamos agrícolas o industriales. El crédito "personal", una categoría que incluye préstamos al consumidor, cuesta aproximadamente un 13% incluyendo comisiones, comparado con el 9% - 12% de costo de créditos preferenciales. Tomando en cuenta lo que cuesta obtener crédito de otras fuentes, estas tasas son muy razonables; sin embargo, el crédito al consumidor del Sistema Bancario Nacional es poco accesible, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de la creciente demanda de crédito de 1965-1969, la asignación de crédito "personal" durante los 2 últimos años permaneció invariable.⁽¹⁵⁷⁾

El crédito comercial para el comerciante al detalle es todavía más difícil de obtener en el Sistema Bancario Nacional. Durante los años recientes, los bancos comerciales oficiales han dejado virtualmente de efectuar descuentos sobre efectos comerciales. La poca accesibilidad y la lentitud en el financiamiento del consumidor y pequeño comerciante del Sistema Bancario Nacional ha hecho que esa función sea asumida por compañías financieras y por cooperativas. Las compañías financieras tuvieron su comienzo a principios de 1950, cuando estaba en vigor una ley contra la usura que imponía un impuesto de 100% sobre entradas por intereses en exceso del 8% anual. Este impuesto obligó a las compañías financieras a simular sus préstamos para evitar el pago del impuesto. Con la abolición del impuesto sobre el interés y el establecimiento de un sistema de tipo libre, el número de las compañías financieras se triplicó y su volumen de préstamos creció en proporciones geométricas.⁽¹⁵⁸⁾ Aproximadamente el 60% del capital financiero de estas compañías se invierte en crédito para el consumidor, principalmente en préstamos de menos de US\$ 700.⁽¹⁵⁹⁾

Los préstamos de las compañías financieras tienen un monto promedio entre US\$ 200 y \$ 300, y a diferencia de las casas de

(157) 55.2 millones de colones en 1965 versus 55 millones de colones en 1969; sobre esto véase Tabla 2, Memoria Anual, Banco Central de Costa Rica 1968, reproducida *id.*, pág. 5, sección del Sistema Bancario Nacional.

(158) En 1956, una totalidad de cinco compañías financieras tenían un capital de préstamo combinado de menos de \$700,000. En 1969, en la época de conclusión del Estudio de Crédito, habían 45 compañías financieras con un capital estimado de más de \$25 millones. Una gran parte de este capital ha venido de inversionistas Norte Americanos y Europeos que buscaban el beneficio de una ganancia anual de más del 20% en su inversión. Véase *id.*, Sección de Compañía Financiera, en 59 *et seq.*

(159) *Id.*, en 63 *et seq.*

empeño y prestamistas callejeros exigen pagos en abonos quincenales o mensuales. Los tipos de intereses sobre estos préstamos fluctúan entre 1.5% y 3% por mes, sin incluir cargos de gastos y comisiones, pero el verdadero costo del crédito en dichas compañías durante 1969 promedió un 70% por año.⁽¹⁶⁰⁾

En contraste, las cooperativas de ahorro y préstamo cobran un 12% anual pero la demanda de préstamos es tal que un creciente número de miembros de tales cooperativas de ahorro y préstamo se ven forzados a buscar crédito en otras fuentes.

Tres formas de garantía son las más usadas por las compañías financieras. Los préstamos por sumas entre US\$ 70 y US\$ 400 se garantizan con pagarés avalados, al menos, por dos fiadores. Los préstamos intermedios, entre US\$ 400 y US\$ 1200, se garantizan con un pagaré con los fiadores necesarios y por una prenda sobre propiedad del deudor. Los préstamos por sumas mayores de US\$ 1200 se garantizan con pagarés y fianzas y con hipoteca sobre bienes raíces. El elemento de la fianza es esencial en el crédito otorgado por las compañías financieras porque el préstamo se garantiza, casi invariablemente, con los sueldos de los solicitantes y de sus fiadores, para que, en caso de morosidad, la compañía pueda seguir un juicio sumario simultáneamente contra su cliente y sus fiadores.⁽¹⁶¹⁾

La gran demanda de crédito permite una selección muy cuidadosa de sus solicitantes, un hecho reflejado en los altos porcentajes de pago y recuperación.⁽¹⁶²⁾ El setenta por ciento de sus prestatarios hacen sus abonos a tiempo, y aproximadamente un 28% pagan después de ser amenazados con una demanda. Así, sólo un 2% del crédito extendido es considerado como deuda incobrable.

Las ganancias de este negocio se han hecho tan notorias que un grupo de financieras ha creado una asociación con el pro-

(160) *Id.*

(161) Véase *supra* nota 145.

(162) Las compañías financieras juzgan a los empleados del sistema judicial y a las maestras y profesoras de escuelas públicas entre los solicitantes menos dignos de crédito. A los anteriores se les temía como deudores debido a su aparente propensión a redactar e incoar demandas y embargos ficticios de manera de quedar inmunes al cobro. A los últimos se les achacaba una propensión a "sobre extenderse en sus obligaciones". Véase Estudio de Crédito, Capítulo de Compañías Financieras, pág. 63.

pósito de mejorar su imagen pública y de defender sus intereses ante la amenaza de la regulación por entidades gubernamentales.

E) El Comportamiento de Instituciones Jurídicas

1.—Introducción

El gran aumento en el suministro de crédito por compañías financieras fue sin duda el resultado de abolir las reglas contra la usura por el C. de C. en 1964. En contra de las expectativas de los codificadores, sin embargo, los tipos de interés en vez de bajar a niveles más razonables de los que estaban en vigor en 1964 permanecieron más o menos iguales o subieron un poco.⁽¹⁶³⁾

Durante el Seminario de la Universidad de Arizona se les preguntó a los economistas por qué motivo una gran afluencia de capital de préstamos no bajó el tipo de interés dado que el costo de la vida había permanecido estable durante el período 1964-1968 y que la entrada per cápita del josefino había subido moderadamente. Casi todos los economistas estuvieron de acuerdo en que un motivo importante fue el exceso de demanda sin satisfacer que se puso de manifiesto una vez que se pudo disponer de la nueva y amplia fuente de crédito.⁽¹⁶⁴⁾ Este punto de vista se confirmó por las estadísticas de la balanza comercial que mostraron un aumento grande en la importación de bienes durables para el consumidor durante ese período. Una parte sustancial de esta demanda, como sugirió uno de los participantes, fue creada por el propio suministro de crédito.⁽¹⁶⁵⁾ Además, como también se ha hecho aparente en el proceder de los prestamistas norteamericanos, los prestamistas costarricenses a todos niveles no compiten reduciendo sus tipos de interés, sino dando condiciones de pago más favorables.⁽¹⁶⁶⁾ Interactuando con estos factores económicos, el

(163) Para estadísticas comparativas, véase USAID, Hoja de Información, Costa Rica, Revisión Nº 228, Tabla 5 (abril 1968).

(164) Particularmente el Embajador Clarence E. Boonstra y los Profesores Donald Weils, John Beuhler and James Wert de la Universidad de Arizona, Depto. de Economía.

(165) Profesor Donald Wells.

(166) Sobre este punto, véase Nugent, *The Loan Shark Problem*, (El Problema de los "tiburones" del préstamo) 8 *Law and Contemporary Problems* 12, 13 (1941) (El Derecho y sus Problemas Contemporáneos) y para una discusión del problema del consumidor para financiar tarifas, véase Juster and Shay, *Consumer Sensitivity to Finance Rates*: (Sensibilidad del Con-

comportamiento de las instituciones jurídicas también ha contribuido al alto costo del crédito al fomentar el uso de métodos de garantía riesgosos y por lo tanto ineficientes. Esto se ilustrará describiendo algunos de los rasgos más típicos del comportamiento de las instituciones jurídicas.

2) Dualismo Institucional

Las fuentes crediticias no oficiales tales como compraventas, prestamistas callejeros y compañías financieras tienden a usar instrumentos jurídicos "extraoficiales". El formato de estos instrumentos generalmente reflejan la influencia del prototipo oficial. Así, las boletas del MNP han sido el prototipo de las usadas por las casas de empeño privadas y por las compraventas, de la misma forma que los pagarés, cheques y certificados de prendas usados en la calle y por las compañías financieras se asemejan a los instrumentos usados en los préstamos de los bancos oficiales. El contenido obligacional de estos instrumentos, sin embargo, difiere marcadamente en una escala descendente de oficialidad. Entre menos aprobada o regulada oficialmente la fuente de crédito, mayor la probabilidad de que se altere la estructura obligacional del prototipo para cobrar interés más alto y obtener mayor garantía de tipo personal sobre el prestatario. Por lo tanto, existe una semejanza mucho menor entre la boleta usada en el MNP y las compraventas, que entre la boleta usada en casas de empeño propiamente dichas y en el MNP. Por el mismo motivo, el uso del cheque con fecha adelantada (postdatado) y del cheque en blanco, así como certificados de prenda en blanco, aumenta a medida que uno se acerca al nivel de operaciones de los prestamistas callejeros.

La transformación o desnaturalización del instrumento generalmente priva al prestatario de algunos de los derechos sustan-

sumidor a los tipos de Interés) *An Empirical and Analytical Investigation* (national Bureau of Economic Research 1964) (Una investigación Empírica y Analítica —Oficina Nacional de Investigación Económica 1964). Estos autores sugieren que el consumidor que sólo tenga acceso a un crédito racionado es insensible a los tipos de interés en los Estados Unidos. Los consumidores "racionados" se definen como aquellos cuyas deudas promedio pendientes son por cantidades menores que las que ellos preferirían deber. Véase también Curran, *Legislative Controls as a Response to Consumer Credit Problems*, American Bar Foundation pág. 18 et seq. (1968). (Controles Legislativos como Respuesta a los Problemas de Crédito al Consumidor).

tivos (esenciales) proporcionados por el prototipo oficial.⁽¹⁶⁷⁾ Una boleta emitida por una casa de compraventa, por ejemplo, no es como una boleta del MNP, prueba del derecho de liberación de la prenda, previo pago del monto debido. La boleta del compraventa elimina la prueba escrita de tal derecho al tratar de disfrazar o simular la naturaleza de la transacción. En forma igual, un contrato de prenda en blanco o un cheque contra una cuenta no existente expone al deudor a la posibilidad de encarcelamiento. La balanza de derechos y obligaciones, acciones y excepciones entre el acreedor y el deudor se inclina así mucho más hacia el lado del acreedor.

Esta inclinación es el resultado claro de la gran desigualdad entre el poder de negociación de las dos partes, como lo prueba el hecho que los deudores más necesitados son los más susceptibles a firmar los instrumentos "adaptados", y que en transacciones con pulperías donde el prestatario todavía retiene algún poder de negociación se continúe usando la libreta y no la factura firmada.

3.—Desplazamiento de Instituciones Oficiales

El dualismo, o la co-existencia de instrumentos oficiales o prototipos con los extra-oficiales, frecuentemente lleva al desplazamiento de los anteriores por los últimos. Este fenómeno de desplazamiento no sólo afecta a variantes del mismo instrumento, sino que frecuentemente envuelve a instrumentos diversos, como pasa con el cheque postdatado y la letra de cambio. El C. de C. al igual que sus modelos y predecesores, diseñó el cheque como un medio de pago, y la letra de cambio como un título de obtención de crédito.⁽¹⁶⁸⁾ Sin embargo, el hecho de que la falta de pago de

(167) En su estudio sobre controles legislativos sobre crédito al consumidor, *id.*, pág. 19, Bárbara Curran presenta una aguda y necesaria distinción en el sistema jurídico de los Estados Unidos entre la inequidad en el contrato de crédito original y en los recursos procesales de los acreedores por incumplimiento del contrato. Sin disputar sus bases para hacer esta distinción en el sistema jurídico de Estados Unidos, debiera notarse que las prácticas costarricenses descritas en el texto definitivamente apuntan hacia la presencia de un área intermedia (sustantivo-adjetiva) entre los derechos contractuales y los recursos de incumplimiento. En el supuesto contrato se hace aparecer a los deudores como adquiriendo menos derechos sustantivos que los que verdaderamente negociaron perdiendo, de esa forma, el derecho sustantivo y procesal de liberar el bien prendado. Concomitantemente quedan sujetos a recursos procesales muy favorables al acreedor.

(168) Compárese el artículo 803 con los artículos 729 y 731 del C. de C.

un cheque pueda traer consigo una acusación penal⁽¹⁶⁹⁾ es responsable por el uso extendido del cheque en forma postdatada precisamente como instrumento para la obtención de crédito.

4.—Personalización de la Obligación

El tercer rasgo observado en el comportamiento de las instituciones jurídicas es la preferencia creciente de los acreedores por garantías de tipo personal sobre las garantías reales brindadas por los bienes o mercaderías objeto de la prenda.

La declinación de la garantía real mobiliaria se pone de manifiesto en relación con el número decreciente de ejecutivos prendarios⁽¹⁷⁰⁾ en un estudio detallado de cobros de deudas en dos tribunales de primera instancia josefinos (uno con jurisdicción para reclamos menores de US\$ 450 y el otro con jurisdicción para reclamos sobre US\$ 450). En el período de cinco años desde 1964 a 1969, los procedimientos de cobro basados en juicios prendarios se redujeron del 27% al 17% y del 35% al 25% respectivamente en estos tribunales.⁽¹⁷¹⁾ En contraste, los juicios basados en pagarés, cheques y facturas comerciales y cuya ejecución resultaba en embargos de salarios mostraron aumentos de importancia.⁽¹⁷²⁾

Pero a medida que la obligación crediticia se personaliza más, el cobro, en contra de las expectativas de los acreedores, se hace más incierto. Muchos patronos rehusan emplear, y en algunos casos llegan hasta despedir a un empleado que tiene uno o más em-

bargos de salarios pendientes contra él.⁽¹⁷³⁾ Con ello, la productividad del deudor se reduce y se paraliza su habilidad de hacer pagos. Más aún, muchos deudores, para quienes la carga del embargo es demasiado pesada, logran neutralizar su imposición ideando con sus cónyuges que éstos presenten reclamos de prioridad ficticia tales como pensiones alimenticias, alcanzando la inmunidad de lo que comúnmente se conoce en San José como el "auto-embargo".

Por último, la más personalizada de las instituciones de cobro, la de prisión por deudas a través del apremio corporal, ha probado ser a menudo una amenaza ilusoria.⁽¹⁷⁴⁾

Los efectos netos de la personalización de la garantía en las transacciones de crédito pueden ser por lo tanto, resumidos como sigue:

- a) Ha creado más riesgos en el proceso de cobro como resultado de la probabilidad de que el deudor pierda su empleo productivo o del uso de evasiones encaminadas a neutralizar los mecanismos de cobro.
- b) Ha erigido una barrera a la negociación de títulos valores prendarios puesto que estos documentos requieren una garantía auto-liquidante (bien por reposición de la prenda por el acreedor o por remate). Esta barrera también se

(169) Véase Artículo 282 (17) del C.P. y *supra* nota 133.

(170) El término ejecutivo prendario se usa en el texto en la misma forma en que se usa el procedimiento de remate prendario en el U.C.C., SS 9-504, 9-505. Es importante distinguir entre este método de disponer del bien dado en prenda y otros métodos de cobros de la garantía prendaria, tal como el apremio corporal prendario por desacato a la autoridad del tribunal en Costa Rica, que se utiliza precisamente por la supuesta incapacidad del deudor de presentar el bien dado en prenda al tribunal.

(171) Véase Estudio de Crédito, Capítulo sobre Comportamiento de los Instrumentos Jurídicos, Tablas 1 y 2, págs. 48-49.

(172) Este dato no indica que existe menos confianza en el contrato de prenda porque, de hecho, los acreedores confían cada día más en los contratos de prenda, en blanco. Lo que sugiere es que el procedimiento del juicio ejecutivo prendario, dependiendo como depende de la disponibilidad de la garantía para su venta Judicial, se está usando menos que los otros tipos de procedimiento de cobro relacionado con la prenda, véase *supra* nota 170.

(173) El Lic. Carlos Carro, Profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Costa Rica, es autor de un excelente artículo sobre la ilegalidad de las prácticas de despido con motivo de embargo por el Sistema Bancario Nacional. Véase Carro, *Embargo del Salario y Despido del Empleado Bancario*, 10 Revista de Ciencias Jurídicas 103 (Universidad de Costa Rica, 1967).

(174) El estudio de John M. Fich sobre el Apremio Corporal prendario reveló que durante 1967 la Guardia Civil de San José (la oficina que se encarga de los arrestos) expidió 626 "órdenes de captura o apremio" afectando a los deudores. Sólo 215 deudores, o el 34% del total enumerado, fue arrestado y de éste sólo 15 fueron encarcelados. Hay varias razones para este número comparativamente bajo de arrestos y encarcelamientos. Una causa es el proverbial "arreglo" Costarricense (*arreglo o adecuación de pago*) por medio del cual el acreedor permite al deudor que siga haciéndole pagos más pequeños durante un período largo de tiempo. Otra causa es el disgusto de los funcionarios Costarricenses judiciales y de policía con esta institución dada la posibilidad de que, como deudores perennes, ellos pueden encontrarse en situación parecida a la del encarcelado. Este disgusto se refleja en el hecho que funcionarios que normalmente han sido incorruptibles, sean fácilmente disuadidos por los deudores para que desobedezcan la orden de encarcelamiento. Estos hechos se han dado a conocer entre los deudores de más experiencia y posiblemente de mayor capacidad económica como se ha ilustrado en estadísticas de las acciones de los tribunales que demuestran que el apremio corporal es empleado dos veces con más frecuencia para cobrar cuentas pequeñas (hasta \$ 450) que para el cobro de sumas más grandes. Sobre esto, véase Estudio de Crédito, Capítulo del Apremio Corporal, Tabla 1, en 34.

enfrenta al planeamiento de una utilización más eficiente de los recursos crediticios al nivel del Banco Central. Porque, si se fijasen disponibilidades de créditos para préstamos comerciales en Costa Rica de acuerdo a la calidad auto-liquidante de la transacción, la ausencia de liquidez a la par que de patrones válidos para medir los diversos grados de liquidez en las diversas transacciones, impediría el diseño de medidas realistas.⁽¹⁷⁵⁾ Es por ello que el carácter personal de la garantía ha retardado la aparición de importantes intermediarios del crédito comercial, tales como los "factores" del derecho anglo-sajón, cuya función consiste en descontar y negociar, generalmente sin acción de regreso, los títulos de crédito del comercio al detalle y al por mayor. De igual manera la personalización ha contribuido al más alto costo de muchas de las técnicas presentes.

5.—Ejecución Postergada

Un economista costarricense en cierta ocasión describió el comportamiento de los deudores de San José cuando trataban de pagar sus obligaciones de crédito como similar al de una corriente eléctrica atrapada en una telaraña de circuitos. La analogía es muy apropiada. Mientras las declaratorias de concurso o insolvencia⁽¹⁷⁶⁾ son un fenómeno comparativamente raro, arreglos judiciales y extra judiciales, aplazamientos, novaciones y moratorias, caracterizan el fenómeno del pago en todos los niveles de préstamo. Antes que declararse en quiebra, lo cual, bajo una ley inspirada preponderantemente en beneficio de los acreedores, implica una capitis diminutio en la que el deudor puede perder su trabajo, no puede ser empleado por el Estado, ni puede acudir a fuentes oficiales de crédito, el deudor prefiere continuar sus pagos por períodos indefinidos de tiempo. Al nivel de casas de empeño, es probable que él tenga que pagar intereses en cantidades que frecuentemente

(175) Después de completar los Estudios del Proyecto de Derecho, se promulgó una ley de Reforma Bancaria, la Ley de Reforma Bancaria del 20 de octubre de 1970. Esta ley extendió el poder regulatorio del Banco Central a las Compañías financieras, pero solamente impuso *topes* sobre préstamos. No se trató de distinguir entre los varios tipos de garantía ni de condicionar la autorización de más o menos crédito a la liquidez propia de las distintas deudas.

(176) De acuerdo con datos no publicados de la Corte Suprema 10 quiebras de tipo personal y 51 comerciales fueron declaradas en los tribunales de San José en 1968.

excedan por mucho el monto de la deuda principal. En establecimientos al detalle, pagará 12 ó 15 meses extra después del período de 24 meses acordado en el contrato a plazo original. Un dato bien revelador es que aun al nivel de los bancos oficiales, el 25% de todos los préstamos pendientes en el Sistema Bancario Nacional son de extensiones, adecuaciones o refinanciamientos de deudas.⁽¹⁷⁷⁾

El efecto de estas prácticas sobre el sistema de crédito y sobre la economía entera es extraordinario, tanto en lo previsible como en lo imprevisible. Era previsible, por ejemplo, que la carga de intereses sobre intereses y la necesidad de refinanciamiento contribuyera al exceso de demanda de crédito que impidió que los tipos de interés fueran más razonables después de 1964. Era también aparente que el ciclo de dependencia del deudor de las fuentes de crédito aumentaría. Lo que no se sospechaba por la Asamblea Legislativa de Costa Rica era que un impuesto sobre ventas y consumo del 5% decretado en 1967 y destinado a disuadir la compra y consumo de ciertos artículos, no pudiera producir la reducción esperada porque el pago del impuesto estaba financiado por las adecuaciones del crédito al consumidor. En otras palabras, el consumidor estaba tan acostumbrado al pago lento y postergado de sus obligaciones crediticias que precios más elevados no afectaron sus adquisiciones ya que él sólo estaba interesado en la cantidad correspondiente a cada abono.

F) Evaluación

La descripción anterior del comportamiento de las instituciones jurídicas revela que ha sido tanto ineficiente como poco justa. La ineficacia se demostró claramente en casos tales como los del Registro de Prendas y del apremio corporal, donde las instituciones actuaron en forma contraria a lo esperado o planeado por el legislador. Podría decirse que existe abuso cuando hay una desproporción grande entre la cantidad obtenida por el prestatario y lo pagado por él, en comparación con los porcentajes de ganancia y prevalecientes en otras ramas del comercio. Este criterio, sin embargo, adolece del vicio de la circularidad, puesto que bien podría

(177) Banco Central de Costa Rica, *Memoria Anual* (1968); Estadísticas recopiladas por el Departamento de Estudios Económicos, Banco Central.

argüirse que debido a factores de incertidumbre jurídica, al igual que el exceso de demanda, la norma del mercado crediticio costarricense es que el crédito sea más caro que otras actividades mercantiles. La iniquidad en las reglas que rigen el crédito al consumidor costarricense, entonces, es más que una alta ganancia para el acreedor: es la inhabilidad del deudor de confiar en los verdaderos términos de su contratación y su injustificable pérdida de acciones o excepciones. Es, por lo tanto, un abuso tanto contractual o sustantiva como procesal.⁽¹⁷⁸⁾ Considérese, por ejemplo, la situación del cliente prestatario de una compra-venta. Con el fin de evadir la prohibición que pesa contra el empeño en casas no autorizadas al efecto, el dueño de la tienda le hace simular un contrato de compra-venta que encubre un préstamo con garantía prendaria, sujeto a un pacto comisorio tácito. Dada la inocuidad de la boleta de compra-venta, el deudor prendario está a la merced del acreedor en el ejercicio del derecho de liberación de la prenda. De igual manera, quien le pide dinero a prestamistas frecuentemente se obliga a firmar una prenda en blanco cuando en realidad es sólo deudor de un préstamo sin garantía prendaria. Su responsabilidad de deudor prendario llega al extremo de poder ser encarcelado por su incapacidad de pago o de presentar el bien dado en prenda ficticia sin, por supuesto, jamás haber disfrutado del uso de tal bien.

Podría argumentarse que al haber aceptado la boleta de una compraventa en lugar de un documento verdaderamente protector de sus derechos, o al firmar un contrato de prenda en blanco, el deudor ha consentido la transacción. Pero aún si se ignora la enorme presión económica que forzó el pacto, todavía habría que tomar en cuenta que a lo que el prestatario verdaderamente se comprometió fue a una obligación muy distinta de la que aparece en el respectivo instrumento de crédito. Los acreedores probablemente refutarán esta aseveración diciendo que a pesar de la unilateralidad de estos instrumentos, ellos se usan solamente cuando existe un verdadero incumplimiento. Sin embargo, aquí es precisamente donde radica la iniquidad. Porque al permitir el cobro del certificado de prenda firmado en blanco, por ejemplo, el sistema jurídico da al acreedor acceso a una coercibilidad totalmente des-

proporcionada con los términos de la transacción. En otras palabras, puede ser difícil catalogar de inicuo un préstamo a un cierto tipo de interés si, no obstante el contraste con los niveles más bajos de rentabilidad que prevalecen en otras actividades comerciales, el tipo de interés refleja un mínimo de acuerdo respecto al precio del crédito en la comunidad. Pero no es nada difícil calificar de injusta una práctica por la que el acreedor obtiene la capacidad de cobrar una deuda con el uso de sanciones de índole penal cuando de hecho no se ha cometido ningún acto delictivo; o cuando un deudor es privado de su derecho de liberación de uno de sus bienes sin acuerdo ni compensación al respecto. Uno debiera de preguntarse por qué tal comportamiento del sistema se describe como aleatorio o inicuo y no simplemente como ilícito. La contestación es que estas prácticas extra-oficiales, también conocidas en países de derecho civil como "simulaciones", no siempre entrañan violaciones de la ley, ya que a veces la propia ley hasta las alienta.⁽¹⁷⁹⁾ Por tanto, lo que más frecuentemente representa la simu-

(179) La simulación ha tenido una larga y hasta la fecha inexplorada historia sociológica en los sistemas jurídicos Latino-americanos. Hay casos registrados de simulación oficial y no oficial desde el principio de la colonización de América Latina. Lo que le da impulso más a menudo es una prohibición, pero si la prohibición se va a evadir por los que la decretan, lo mismo que por aquellos que están supuestos a ser sus destinatarios directos, por qué decretarla? Esta curiosa situación posiblemente estuvo en la mente de Don Quijote cuando le prohibió a Sancho Panza "promulgar leyes que no pudiera poner en ejecución". La propensión peculiar hacia la desobediencia de una regla oficial bien pudiera reflejar una rebeldía histórica hacia un poder central tal y como se encuentra en el súbdito foral español o podría reflejar una actitud de que todo negocio, y particularmente aquel que es sancionado oficialmente, para poderse llevar a cabo con éxito debe ser conducido en forma "pícaro". El comercio sería visto como un área de actividad donde los pícaros son los más exitosos. Por eso es que el Profesor Herman Iventosch del Departamento de Lenguas Modernas de la Universidad de Arizona, una autoridad en literatura picaresca Española, sugiere en un ensayo no publicado que el pícaro Español tal y como aparece en la famosa novela anónima, EL LAZARILLO DE TORMES, (circa 1554) bien puede haber sido uno de los primeros prototipos del hombre mercantil o económico del hemisferio Occidental. Para un ensayo ilustrado sobre las diferencias entre simulación y disimulación como actitudes políticas, véase BACON ENSAYOS pág. 71 *et seq.* (Wahtely Anot. Ed. 1879) donde Bacon llega a la conclusión que el disimulo es una "forma de discreción", a menudo aconsejable, pero que la simulación, o una forma deliberada de engaño, priva al hombre de uno de los instrumentos principales para actuar, que es "su confianza y credibilidad...". Estas palabras son particularmente aplicables al sistema jurídico en Costa Rica. Por ejemplo, una prohibición constitucional es evadida por el propio legislador a través del uso de los que parece ser una inocente ficción jurídica. Una vez que la ficción empieza a usarse por las partes, sin embargo, la simulación autorizada se convierte gradualmente en una práctica muy distinta a la autorizada. Por ejemplo, el Art. 38 de la Constitución de Costa Rica prohíbe la prisión por deudas civiles con excepción de los casos especificados en el Art. 39, entre los cuales está el del depositario judicial. Los redactores del C. de C. intentaron usar la ficción de considerar al deudor prendario de buena fe, como depositario judicial con el propósito de proteger la garantía prendaria ante una venta o disposición secreta del deudor (por un descuido del codificador, sólo la palabra "depositario" aparece en el Art. 537). Sin embargo, una vez que los acreedores se dieron cuenta que la legislación apro-

(178) Véase *supra* nota 167.

lación en el campo crediticio no es una violación de un precepto en cuestión sino un abuso del derecho del acreedor a planear y ejercer su reclamo.⁽¹⁸⁰⁾ Sin embargo, también quedó claro que el abuso de derechos del acreedor no conducía a mayor seguridad de cobro ya que los deudores frecuentemente reaccionaban recurriendo al soborno, auto-embargo o cualquier otra táctica dirigida a neutralizar la coercibilidad del procedimiento. Y como estas tácticas, de acuerdo con el estudio sobre el apremio corporal, son vistas con simpatía por muchos funcionarios encargados de aplicar leyes de las que bien pueden resultar ellos víctimas, su cooperación con el acreedor, si se obtiene, puede llegar a ser bien costosa. Así, la injusticia presente en las simulaciones crediticias contribuye al alto costo del crédito deformando más aún un mercado que por la propia naturaleza vital del crédito en Costa Rica tiende a ser inelástico respecto al precio del crédito. Una operación ineficiente de una institución, tal como el Registro de Prendas, trae más altos e innecesarios costos de cobro para el acreedor y con ello tipos de interés más altos para el deudor. Los acreedores, a su vez, tratan de corregir la ineficiencia, recurriendo a la personalización de la obligación, proceso que culmina con el uso de sanciones criminales, pero esto sólo produce costos más altos cuando la amenaza de prisión se enfrenta con las prácticas neutralizantes de los deudores.

G) Conclusiones

Se recordará que los resultados de la encuesta sociológica nos llevaron a la conclusión de que si el crédito al consumidor se iba a usar más económicamente en San José, se requería una modificación y reorganización serias de los patrones de consumo. También sugería la encuesta que tal cambio social se tendría que llevar a cabo por medio del proceso educacional y no por la ley sobre

baba el uso de la ficción de considerar al deudor como depositario judicial para el propósito de lograr el apremio en contra suya, su mayor poder de contratación hizo posible el próximo paso que fue la simulación de contratos de prendas. Para describir los varios usos de la simulación en prácticas crediticias en América Latina, véase KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en 33-35, 49-53, respectivamente.

(180) Que la indignación contra estos abusos está creciendo es aparente por el texto de los artículos 236-38 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica que amplía la definición del delito de usura para incluir el uso de tácticas extorsionistas para obligar a los prestatarios a firmar documentos que pueden sujetarlos a acusaciones penales. Véase Proyecto de Código Penal (Dr. G. Padilla, Presidente de la Comisión Redactora de la Ley, San José 1969).

transacciones de crédito. Lo que esta ley podría hacer mejor sería eliminar las ineficiencias del sistema jurídico, tales como aquellas presentes en el Registro de Prendas, y ayudar a corregir la injusticia que gobierna la relación acreedor-deudor. La primera de estas tareas requiere esencialmente un uso cuidadoso y hábil del instrumental jurídico. Corregir la inigualdad, sin embargo, requiere ajustes culturales e institucionales serios en los que el derecho juega un papel importante pero no único.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica, por ejemplo, tendrá que hacerse más sensible a los problemas de los deudores. Tal y como ocurrió con la promulgación de la L.F.I. y las reglas sobre formación de capital corporativo, el proceso legislativo sobre transacciones de crédito no gozó las ventajas de una confrontación entre las demandas de los grupos de acreedores y las contrademandas o expectativas de los deudores. Es cierto que la calidad de deudor y de acreedor son tan fácilmente intercambiables en cada nivel de la escala social josefina que ningún grupo puede ser identificado exclusivamente con las demandas de los deudores. También es cierto que los prestatarios de prestamistas profesionales (tal vez la única categoría netamente definida de deudores en San José) carecen de expectativas con respecto a términos y condiciones más justos y por ello no les es posible formular demandas. No obstante, tampoco hay duda de que hay un resentimiento muy esparcido contra los numerosos acreedores que utilizan el derecho en forma abusiva. Consecuentemente, la Asamblea Legislativa debe afinar su sensibilidad y tomar en consideración la situación de alguien que, a falta de un término mejor, sería descrito como un "deudor responsable", es decir un deudor que desea cumplir los términos verdaderos de su acuerdo sin sufrir por ello los abusos del acreedor, o un deudor deseoso de protección jurídica, pero no de parcialidad.⁽¹⁸¹⁾ En este sentido es función esencial y privativa del derecho

(181) Una instancia típica de la parcialidad del deudor referida en el texto parece encontrarse en la "Ley de Prestamistas Británica", que Moneylender's Act de acuerdo a R. M. Goode, una autoridad Británica en la materia,

11. se aplica sin tomar en cuenta el tamaño del préstamo, el tipo de interés cobrado o la situación del prestatario.

Si ICI (Una gran industria química británica) fuera a pedir dinero prestado de una pequeña compañía financiera que no tuviese licencia del banco de acuerdo con la ley bancaria y esta financiera le cobrase un 1 por ciento por encima del tipo bancario en vigor, la ICI tendría tanto derecho a invocar la ley (Moneylender's Act) rechazando el pago del tipo de interés acordado como un ama de casa que por inexperiencia y necesidad hubiese

(incluyendo la del que rige el marco de promulgación de la ley crediticia) proveer las condiciones bajo las cuales se pueda llevar a cabo una determinación justa y comprensiva de lo que deben ser los derechos y obligaciones de las partes, especialmente a la luz de principios de equidad inherentes al uso de la institución crediticia en cuestión.⁽¹⁸²⁾

Por su parte los tribunales están llamados a hacer un uso más cabal y efectivo de doctrinas equitativas tales como las que exigen la buena fe en la ejecución de las obligaciones contractuales o imponen el deber de abstenerse de abusar un derecho, así él haya sido válidamente adquirido, a la par que también están llamados a ser menos literales o estrictos en su interpretación de la ley.⁽¹⁸³⁾

Finalmente, los maestros del derecho y la doctrina mercantil tendrán que abandonar su preocupación puramente conceptual con cuestiones tales como "cuál es la naturaleza jurídica del préstamo comercial o del civil", o "qué constituye un préstamo regular y qué uno irregular", o "cuál es el préstamo perfecto y cuál el imperfecto", en favor de una orientación hacia los verdaderos problemas socio-económicos y jurídicos implícitos en la actividad crediticia. De esta manera la naturaleza jurídica del préstamo y su validez, regularidad o perfección serán estudiados a la luz de sus

acordado pagar un tipo de 80% por encima del tipo bancario sobre un préstamo de apenas 50 libras esterlinas...".

Al respecto véase Goode, *The Legal Regulation of Lending*, (La regulación Jurídica del Préstamo), en *Instalment Credit (Crédito a Plazos)* A. L. Diamond, Londres, 1970 pág. 57.

(182) Los principios de equidad varían de acuerdo a las prácticas crediticias. Así por ejemplo respecto al crédito obtenido de empresas o instituciones con gran volumen de operaciones y por tanto con estereotipación contractual que resulta en un clausulado extenso y complejo un principio de equidad (aceptado como derecho positivo en varios estados de la Federación norteamericana) es el que existe una completa y clara explicación de los términos del préstamo al prestatario. De lo contrario se violaría la equidad que exige "no aprovecharse de la ignorancia". Sin embargo bien podría suceder que a pesar de la explicación se siga perpetrando una inequidad ya que la necesidad del deudor es tal que aún sabiendo cuán leonina es la transacción a él no le queda más remedio que aceptar el clausulado. En tal situación cabría un principio equitativo tal como el enunciado en el art. 17 del Código Civil del Distrito y Territorios federales de México según el cual quien se aprovecha del estado de necesidad queda sujeto a una acción rescisoria y a una reducción del monto de la obligación.

(183) No solamente se ha dado poco uso por los tribunales de Costa Rica a las doctrinas equitativas mencionadas en el texto, sino que hasta una disposición expresa del Código Penal castigando el cobro de tipos de interés exorbitantes no ha sido invocada por las partes o los tribunales. Véase *supra* nota 133.

antecedentes y de sus consecuencias, o del verdadero acaecer jurídico y económico y no sólo de su simetría conceptual.⁽¹⁸⁴⁾

Se debe enfatizar que los ajustes y re-enfoques anteriores por sí mismos no traerán como consecuencia un comportamiento diferente del deudor. Incluso habrá que correr el riesgo de que, por lo menos temporalmente, un trato más equitativo a los deudores resulte en un uso creciente de crédito anti-económico. Sin embargo, en conjunto con otros medios de acción social, tales como medidas educacionales, la equidad proveniente del sector jurídico contribuirá a una utilización más eficiente del crédito en Costa Rica.

V.—LOS ELEMENTOS DE UNA TEORIA DE DERECHO EN EL DESARROLLO ECONOMICO

A) El contexto económico y el prototipo de un "Hombre de Desarrollo Económico"

El comportamiento de las instituciones jurídicas descrito en los estudios anteriores, tuvo lugar en el contexto de la actividad económica. El funcionamiento de las instituciones fue valorado de acuerdo con su contribución a ciertas metas económicas. Así, la conformidad a las demandas de los promotores de la industrialización fue analizada en términos de la estructura económica industrial resultante y no a la vista de otras consecuencias sociales posibles de la industrialización, tales como la redistribución del poder político o la movilidad social. Similarmente, el comportamiento de la sociedad anónima en relación con la distribución de las ganancias se examinó en términos del crecimiento y estabilidad del capital social o de la liquidez de títulos y evasión de impuestos y no en sus implicaciones sobre las relaciones de grupo o familiares. Finalmente, el enfoque del estudio de crédito al consumidor urbano se hizo sobre la utilización ineficiente del crédito disponible y no sobre las implicaciones de la eliminación de un endeudamiento ampliamente esparcido.

(184) Véase III KOZOLCHYK Y TORREALBA, *supra* nota 3, en 14 *et seq.*, donde la determinación de la naturaleza jurídica del préstamo se discute en función de algunos de los problemas básicos del contrato en el medio costarricense y centroamericano.

Cualquier actividad que sea económica, tiende a resultar uniformada de una manera predecible, dado que es influenciada universalmente por consideraciones de costos, ganancias y pérdidas. Una economía de mercado también tiende a producir el uso de instituciones jurídicas similares en diferentes naciones y culturas. Un debate legislativo sobre los méritos de un proyecto de ley de industrialización, una acción en una sociedad anónima con muchos accionistas o un título valor documentando, un préstamo, son respuestas jurídicas uniformes a actividades económicas que bien pueden estar ocurriendo en puntos opuestos del globo terráqueo. Sin embargo, como se ilustró en el estudio sobre el crédito, el comportamiento económico fácilmente puede no ser nada más que un vehículo para implementar decisiones no económicas o anti-económicas.

El darse cuenta de las características de los varios contextos de actividad y, en especial de aquellas que son predominantemente económicas, permite una utilización más efectiva del derecho. Por ejemplo, si se determina que la razón para que se usen con amplitud acciones al portador —una actividad económica indeseable en el proceso de la formación de capital corporativo— es la de evitar el pago del impuesto sobre sucesiones, el contexto económico del problema sugeriría su vulnerabilidad a las consideraciones de incentivos o contra-incentivos del costo. Ya sean los incentivos, tales como un trato fiscal favorable a los tenedores de acciones nominativas, o los contra-incentivos, tales como multas o impuestos sobre las acciones al portador, tenderían a eliminar esta práctica. La escogencia entre incentivos y contra incentivos cuyas implicaciones se discutirán más adelante, es dictada por varias consideraciones, entre las cuales está el nivel de efectividad del sistema jurídico en cuestión. En contraste, si el problema fuera cómo desalentar los préstamos y la creación de títulos de crédito provenientes del crédito al consumidor, una actividad cuyo contexto es en muchos casos no económico, sería necesario adoptar un diferente enfoque.

El comportamiento económico de las instituciones jurídicas no fue examinado en abstracto, sino en el contexto específico del desarrollo económico. Esto significó que el funcionamiento de las instituciones fue evaluado de acuerdo con lo que se presumía eran los objetivos más deseables económicamente para la nación costa-

rricense, tal como la industrialización del tipo descrito en los objetivos de la L.F.I., la formación de capital corporativo contemplada por los redactores del C. de C. y la utilización eficiente de los recursos de crédito. Tal evaluación requería el uso de un cierto modelo de hombre económico, un prototipo cuyas actividades fueran acordes con las metas del desarrollo nacional. Un modelo franciscano de hombre bueno y cultor de la pobreza, es tan ajeno a las metas del desarrollo económico, como es incongruente con las mismas la visión de un hombre hobbesiano practicante del *homo homini lupus est*. Y es que el prototipo deber ser no solamente un hombre económico sino también quien lleva a cabo una actividad de contenido “desarrollista”.⁽¹⁸⁵⁾ Por eso, la efectividad de la L.F.I. fue evaluada en función de lo que ella hizo para atraer a un inversionista industrial que usara cantidades importantes de materias primas y trabajo costarricense en lugar de usar solamente la L.F.I. como un medio para establecer operaciones de alta ganancia a través de ensamblajes con muy pequeño valor agregado local. Igualmente, el derecho de formación de capital corporativo se evaluó en base a su estímulo a la actividad de los promotores de sociedades anónimas abiertas al público, y la ley de crédito al consumidor por su grado de protección a “acreedores equitativos” y a “deudores responsables”.

Estos patrones de conducta se hallan en vivo contraste con los que aceptaron el legislador, el administrador y el intérprete de la ley de Costa Rica. Podrá recordarse que para quienes moldearon y administraron la L.F.I. el prototipo de inversionista industrial aceptable lo fue el de quien no tenía que probar más que la rentabilidad de su propuesta con base a un nivel insignificante de utilización de materia prima nacional. De igual manera los prototipos de socios fundadores de sociedades anónimas y de prestamistas eran los de comerciantes duchos en la utilización de la simulación para evadir el pago de los impuestos o para poner en

(185) Compárese por ejemplo, la actividad económica de un comerciante que se enfrenta a sus negocios con una actitud de que “el ganador lo debe ganar todo y el perdedor no debe ganar nada”, predicando sus ganancias sobre las pérdidas sufridas por la otra parte, con la de un comerciante que contempla al mismo negocio como una fuente de ganancia tanto para sí mismo como para la otra parte del contrato. De los dos, este último comportamiento es el más compatible con lo que se espera del prototipo de desarrollo económico. Véase *supra* nota 179 respecto a la posible relación entre la “picardía” comercial y la simulación jurídica. Véase también, Kozolchik op. cit. *supra* nota 4 en pág. 52, nota 46 y 35 nota 38 respectivamente.

práctica métodos de cobro draconianos, tales como el apremio corporal.

El concepto de un prototipo jurídico se ha usado tradicionalmente por los sistemas jurídicos como la base expresa o tácita para medir la diligencia debida, forjando en torno a ella el lenguaje "obligacional" peculiar de la institución o rama del derecho en cuestión. Por ejemplo el término "culpa" en el derecho romano así como el término "negligencia" en el derecho anglo-americano adquirieron su significado vinculatorio al contrastar la conducta social en cuestión contra el comportamiento ideal de un "buen padre de familia" o de un "hombre prudente y razonable". Por otra parte, el legislador o juez han tenido que concretar la vaguedad de tales patrones refiriéndolos a modelos de conducta más identificables. De esta forma el derecho romano clásico fijó el grado de resistencia a la fuerza o coerción ejercida por una de las partes en la contratación refiriendo la tolerancia requerida al modelo estoico de un hombre "constante" (el hombre "de hierro" al cual se refirió el derecho anglo-sajón más tarde) cuya voluntad sólo llegaba a doblegarse ante una presión física muy severa y quien, por ello, sólo tenía derecho a la rescisión por violencia o coerción en casos bien excepcionales de presión.⁽¹⁸⁶⁾

Tal prototipo tuvo que ser descartado al advenimiento de la economía de mercado industrializado, ya que este mercado dependía cada vez más del poder de consumo de un número creciente de consumidores. Sin un mínimo de protección a los débiles desde el punto de vista contractual el mercado no podría crecer y prosperar ya que de exceder la presión y la explotación determinado punto, los compradores simplemente dejarían de serlo al perder

(186) R. Pothier, en su Tratado de las Obligaciones pág. 21 (Trad. Inglesa, Londres, 1802) resume la regla en cuanto a la violencia contractual de la siguiente forma: "...La violencia que vicia un contrato por falta de libertad de contratación, de acuerdo al Derecho Romano, debe ser lo suficientemente fuerte como para compeler a un hombre firme; *metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat*". Al respecto véase también la traducción del Digesto Justiniano de Munro, Vol. II pág. 204 (1909) y a Salkowski, Roman Private Law págs. 90, 91 (1889). En su magistral monografía El Espíritu del Derecho Romano, Von Jhering concluye que el derecho de propiedad romano en sus primicias estuvo muy influenciado por el modelo de comportamiento característico del legionario romano, un hombre cuya forma de adquisición de bienes más usual y preferido lo era por medio de sus manos y sus armas, de ahí la importancia jurídica de la voz "capere" en el derecho romano. Para un muy agudo estudio del desenvolvimiento de los patrones de medición de la resistencia a la coacción precontractual en el derecho relativo a los vicios de la voluntad véase J. P. Dawson, Economic Duress An Essay in Perspective, 45 Mich. Law Review 253, 255, 264 (1964).

su poder de adquisición. La percepción de este fenómeno en naciones industrializadas ha sido la fuerza motriz en la elaboración de un lenguaje obligacional protector de un prototipo mucho más débil que el del "hombre constante" del derecho romano. Este prototipo proveniente de la clase media y con diligencia e inteligencia igualmente medianas, cuenta aún con muy poca protección en el derecho costarricense de sociedades anónimas y de operaciones de crédito. Es en relación a este prototipo respecto a quien deberán elaborarse las fórmulas correspondientes al abuso del derecho y a la buena fe contractual en materia mercantil. **Mutatis mutandi** términos tales como "valor agregado" sólo adquirirán significado en el derecho de la industrialización en Costa Rica cuando se relacionen con la diligencia correspondiente a un inversionista verdaderamente consciente de su responsabilidad social y de su deber de reciprocarse al país los beneficios conferidos por la L.F.I.

Es indudable que algunas de las características del hombre de desarrollo económico serán influenciadas por rasgos nacionales o culturales subyacentes a los diversos sistemas jurídicos. Por lo tanto, diversos sistemas jurídicos bien pueden exigirle a un empresario que sea más "agresivo" o "diligente" en el país A que en el país B. Pero, como lo demuestran los estudios anteriores, el desarrollo económico de Costa Rica no sólo presupone la exigencia de un mínimo de diligencia de su hombre de desarrollo económico, sino que, además de exigirle la realización de actividades encaminadas a maximizar racionalmente las ganancias de su empresa,⁽¹⁸⁷⁾ le impone el deber de actuar equitativamente y con un mínimo de

(187) Para una discusión interesante respecto a los standards mínimos de diligencia requeridos en las actividades de ahorro e inversión en un proceso de desarrollo, véase a Lambert, The Social and Psychological Determinants of Savings and Investments in Developing Societies, en el libro de Hoselitz y Moore, Industrialization and Society págs. 116-130 (1968) especialmente en la pág. 120 donde se analiza críticamente el punto de vista atribuido a Max Weber que las filosofías religiosas orientales constituyen un obstáculo al desarrollo económico o a la maximización racional de ganancias. El standar mínimo de diligencia, como será aparente en la sección subsecuente, también está relacionado orgánicamente con la equidad reinante en la relación jurídica en cuestión. También es cierto que el prototipo de un acreedor equitativo, por ejemplo, ha sufrido un cambio substancial desde su primera formulación comprensiva por el derecho romano clásico. En el campo de coacción en la formación de los contratos, por ejemplo, el standard de Derecho Romano de "firmeza ordinaria" (mencionado en la nota anterior) que requería que la coacción ejercida por un acreedor superase el formidable "hombre constante", antes de que se declarara la rescisión, fue reemplazado gradualmente en las jurisdicciones del "Common Law" por doctrinas de equidad destinadas a proteger un mercado viable. El proceso está claramente ilustrado por J. P. Dawson, en Economic Duress-An Essay in Perspective, 45 Michigan Law Review 253, 255, 264 et seq. (1947).

auto-limitación en el ejercicio de sus derechos. Este requerimiento será discutido en las secciones siguientes.

B) La Función Indispensable del Sistema Jurídico

En sociedades subdesarrolladas como Costa Rica, el sistema jurídico a menudo debe crear instituciones virtualmente de la nada, como pasó con la L.F.I., o debe asumir la tarea corriente en las sociedades desarrolladas, de sancionar u oficializar ciertas prácticas sociales tornando a la experiencia transaccional en reglas imperativas. En ambos casos, la principal función del sistema jurídico en el desarrollo económico es la de inspirar confianza en sus instituciones. Esta tarea es mucho más ardua en sociedades primitivas debido a la naturaleza abstracta de los instrumentos jurídicos, lo que requiere que un gran esfuerzo se dedique a lograr aun los más elementales niveles de confianza en los mismos. Es indudable que en las sociedades primitivas donde el dinero no es un denominador común de valor y donde los metales preciosos o los productos alimenticios se usan como el patrón único para el establecimiento de los precios, la introducción de instrumentos sin valor aparente o intrínseco tales como los títulos de crédito, necesitará el otorgamiento de una enorme cantidad de confianza por parte de un tomador a base de contra-valor. En sociedades más avanzadas, tales como Costa Rica, la confianza que una institución jurídica debe inspirar para cumplir una tarea de desarrollo económico no se funda sobre la naturaleza aparente o intrínsecamente valiosa del instrumento legal sino sobre dos rasgos abstractos de la ley: su eficiencia y su equidad. La eficiencia presupone la predecibilidad y puede definirse como la capacidad de una institución para dar lo que se espera de ella en la forma menos costosa. Ella también presupone conformidad con las demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones, puesto que éstas son las precondiciones de la efectividad de una institución.

La equidad, como se dijo anteriormente,⁽¹⁸⁸⁾ no se puede reducir a términos aritméticos o proporcionales fijos. Existen, sin embargo, principios básicos de equidad que se reflejan en la aceptación expresa o tácita por parte de los diversos sujetos de dere-

(188) Véase *supra* Sección IV E.

chos en los respectivos sistemas jurídicos de ciertas instituciones "guías".⁽¹⁸⁹⁾ Por ejemplo, es un principio mínimo de equidad en un debate legislativo en torno a legislación económica fundamental, tal como la L.F.I., permitir a aquellos grupos o individuos representativos de los diversos intereses en juego en la promulgación, expresar sus demandas y razones en una forma verdaderamente significativa o de "elaboración conflictiva". El mero hecho que los participantes en un sistema jurídico (como legisladores o súbditos de la ley) recurran a la institución del debate legislativo presupone su adherencia a un principio de equidad que requiere como mínimo, el que los diversos puntos de vista sean oídos. Como también está implícito en un sistema jurídico cuyos participantes distinguen entre un contrato de venta o préstamo hecho de buena fe, por un lado, y una estafa por el otro, que la unilateralidad en el cumplimiento de obligaciones a todas luces bilaterales, es poca equitativa. No se puede ignorar el hecho de que los participantes escojan denominar "contrato" a su relación, al evaluar la equidad de esa relación. Así, si los derechos de una parte aparecen no ser proporcionados a sus deberes y si esta parte puede llegar a obtener legalmente más de lo que la otra parte convino en dar, la equidad requiere un mínimo de auto-limitación.⁽¹⁹⁰⁾

Diferentes percepciones sobre quién tiene derecho a un trato privilegiado o a una mayor porción de los recursos disponibles son inevitables en el desarrollo económico puesto que ellas están implícitas desde el momento en que el sistema jurídico desea fomentar

(189) El término aceptación se usa en el texto en su más amplio sentido contractual o sea, una promesa, un acto o una combinación de ambos que dan muestras de la intención del participante-destinatario de la norma de ser regido por la regla, definición o principio de interpretación jurídica en cuestión.

(190) John Rawls en su artículo *Justice as Fairness*, 67 *The Philosophical Review* 164-81 (1958) da un concepto más amplio de la equidad. Se opone este autor al concepto utilitario de la justicia como una alocaión estatal o jerárquica de derechos, deberes y cargas basados en la satisfacción de deseos. Su punto de vista es que la justicia surge de una relación recíproca y conflictiva de todos los miembros del conjunto social y que, como equidad, necesita que los beneficios de la relación sean equivalentes a las cargas y consecuentemente que haya un mínimo de auto-restricción en su disfrute. Este punto de vista provee una base filosófica no solo para las doctrinas de equidad relativas a la buena fe y a la protección contra el abuso de derechos, sino también para una doctrina de bilateralidad estricta en la negociación y el intercambio de bienes y servicios:

Una práctica es justa o equitativa, entonces, cuando satisface los principios que aquellos que participan en ella podrían proponerse el uno al otro para aceptación mutua bajo las circunstancias antes dichas... (cuando ninguno siente que por participar en la actividad, se les toma ventaja a ellos o a algún otro o se les fuerza a ceder en reclamos que no consideran legítimos...). *Supra* notas 184, 185.

o estimular determinada actividad económica. Las nuevas percepciones, sin embargo, deber ser susceptibles de justificación sobre la base de que ellas pueden llegar a producir un beneficio para todos y no solamente para el beneficiario de la ley o regla; de lo contrario ellas violarían el principio de igualdad de tratamiento para los iguales, sobre el cual descansan tantos otros principios de equidad. Podría también producirse un conflicto entre las funciones de eficiencia y de equidad cuando el sistema jurídico tiene que escoger entre ser predecible y ser equitativo. En tal situación debe observarse en primer término que el conflicto puede en gran parte resultar sólo aparente ya que hay un alto grado de equidad en la función de asegurar la predecibilidad de una regla (al proteger la buena fe en el planeamiento de la adquisición de derechos) al igual que hay mucho de predecible en una regla equitativa por reflejar ella los sentimientos o principios éticos en vigor en la comunidad en cuestión. Cuando estos principios han sido violados, como es aparente en el estudio de los métodos de cobro del crédito, la reacción de las víctimas de la iniquidad conduce hacia una inseguridad renovada y hacia mayores gastos. Aún más importante es que si la reacción no se hubiera producido eventualmente, un mayor número de deudores hubieran sido excluidos del mercado crediticio. Teóricamente es concebible que a medida que los recursos de los acreedores anulan a los derechos del deudor, la iniquidad del sistema jurídico podría terminar destruyendo al mecanismo básico del mercado, al destruir el potencial de pago y con ello la demanda de crédito. La iniquidad, por lo tanto, tiende a distorsionar o a destruir el mecanismo del mercado. Sobre esta base, es obvio que de tener que elegir entre certeza y equidad la elección debe ser a favor de la solución equitativa, ya que de todas las funciones jurídicas la de impartir equidad es la que tiene la dimensión económica preponderante.⁽¹⁹¹⁾

(191) Steiner, *Legal Education in Brazil*, 18, *American Journal of Comparative Law* 39 (1971), en 46-49, lleva a cabo una descripción general de "Las Funciones de Desarrollo del Sistema Jurídico en Relación a la Economía del Mercado" y en la pág. 50 manifiesta que la descripción de las funciones de Desarrollo "...podrían aplicarse a un país con un gobierno democrático o a una dictadura militar, a una sociedad que ponga énfasis en lograr un rápido crecimiento, a cualquier costo o dando prioridad a la redistribución de los ingresos". (Trad. del autor, énfasis agregado) Steiner no ofrece, sin embargo ninguna fundamentación en apoyo de tamaña afirmación. De antemano es necesario rechazar como inválido cualquier concepto del desarrollo que solo implique un crecimiento rápido pero no duradero. Y si se quiere obtener un crecimiento duradero, como se demuestra en el texto de este artículo, es muy posible que la equidad se interponga en el camino del "crecimiento rápido a cualquier costo". De

C) Principios Económicos sobre la Efectividad Jurídica

1.—Escasez, Efectividad Jurídica y Simulación

Dos principios económicos pueden ser útiles en el análisis de cómo mejorar la eficiencia de las instituciones jurídicas: El principio de la escasez de recursos y el principio del costo marginal.

El principio de escasez propone que la energía disponible para regulación social en cualquier momento dado es limitada.⁽¹⁹²⁾

hecho, el mismo autor admite el papel de la equidad, en la pág. 49 de su artículo cuando afirma: "...las demandas crecerán para obtener acceso apropiado a las instituciones jurídicas y para lograr el respeto a los derechos subjetivos por la eficiencia y la neutralidad en la adjudicación...".

La premisa de que el desarrollo económico puede llevarse a cabo mejor con un modelo de sistema jurídico que se caracterice fundamentalmente por su predictibilidad o bien se acepta sin discusión o, si no, se discute en forma ambigua. Max Weber, por ejemplo, contrasta un modelo "racional legal" de sistema jurídico con otro denominado "sustantivamente racional". En el primer modelo "Los hechos relevantes desde un punto de vista jurídico se determinan en un proceso de interpretación lógica del significado de los términos, y, como conceptos jurídicos de contenido ya fijo se convierten en reglas de conducta por medio de un proceso estrictamente abstracto". O sea, de acuerdo a Weber los patrones que determinan el hallazgo normativo en su primer modelo de sistema están libres de consideraciones "no jurídicas" tales como principios religiosos, éticos o políticos. En el sistema "sustantivamente racional" los patrones de hallazgo y adjudicación están influenciados profundamente por principios éticos, políticos o religiosos. Véase Max Weber, *On Law in Economy and Society* pág. LVIII (Harvard 1966). Como bien apunta el Profesor Max Rheinstein de la Universidad de Chicago existen suficientes indicios para concluir que Weber, "en algún momento de su reflexión pensara que existía una relación peculiar entre el modelo de sistema basado en la lógica formal racional y la racionalidad que caracteriza al capitalismo moderno. Pero la propia obra de Weber demuestra que, de existir una conexión, ésta no es de correlación absoluta...". Max Weber, op. cit., supra pág. LVIII. De mayor significación aún en el enfoque Weberiano es el que este insigne sociólogo aparentemente no se percató de la existencia de un sustrato de equidad común a todos los sistemas jurídicos del mundo occidental industrializado. Ello, a pesar de que también el propio Weber había llamado la atención hacia la presencia de una cierta ética mercantil peculiar a los últimos años de la República y primeros del Imperio Romano (cuyo sistema jurídico ha sido un antecedente común a los países de derecho civil y del common law). Al contrastar el derecho europeo continental con el common law Weber concluye que "...ciertamente podemos afirmar que los sistemas jurídicos bajo los cuales el capitalismo ha estado prosperando se distinguen profundamente el uno del otro, aun en sus principios capitales de estructura formal..." (op. cit. pág. 316). A la par que respecto al Derecho Romano Weber afirma que "El Derecho Romano de las postrimerías de la República y principios del Imperio había logrado desarrollar una ética orientada hacia la conducta que prevalece en forma promedio. Este patrón significa naturalmente que sólo un grupo pequeño de prácticas manifiestamente corruptas o fraudulentas se aislaron como ilícitas, y el derecho no se aventuraría más allá de lo que se estableció como el mínimum ético..." (Op. cit. pág. 308). No caben dudas, en vista de la importancia del tema, tal y como se pone de relieve en los tres estudios resumidos y evaluados en este artículo y además en vista de la enorme confusión y ambigüedad existente en la doctrina desarrollista, que sería de inmensa utilidad el poder contar con estudios detallados del proceder equitativo de diversos sistemas jurídicos respecto a un mismo tipo de adjudicación y problemática.

(192) Véase Llewellyn, *The Effect of Legal Institutions Upon Economics* 15 *American Economic Review* 665, en pág. 666 (1925) donde este autor cita a Commons, *Law and Economics*, 34 *Yale Law Review* 371 (1924-25).

Esta limitación no atañe solamente a los recursos económicos sino también a los jurídicos. Como lo expresara apropiadamente el profesor Llewellyn, "el adoptar una política determinada significa sacrificar otra".⁽¹⁹³⁾ Así, exonerar la importación de un grupo grande de materias primas para fomentar la industrialización en Costa Rica no solamente implicaba el sacrificio económico de una cierta clase de ingreso fiscal sino, también, comprometía al arancel aduanero a realizar una función determinada e incompatible con otras funciones dentro de un esquema de desarrollo distinto. En igual forma, la decisión de recurrir a una garantía personal con preferencia a las de tipo prendario en transacciones de crédito en Costa Rica (una preferencia aparente en el Derecho consuetudinario y en el legislativo) trajo consigo una deterioración gradual de este último. Mientras más uso se haga del embargo de salarios y de la amenaza de prisión por deudas, menos atención se le presta al funcionamiento idóneo del Registro de Prendas por las partes interesadas, incluyendo al legislador y a los tribunales. Y aunque se ponga en efecto por la Asamblea Legislativa un sistema muy mejorado de Registro y certificación, éste se puede deteriorar en un período muy pequeño de tiempo si sus problemas permanecen sin detectar y sin corregir en la práctica comercial y jurídica. Al contrario, si el tipo de garantía prendaria se usara ampliamente, esto significaría la atrofia y, eventualmente, el sacrificio del tipo de garantía personal como vehículo jurídico efectivo. En tanto las soluciones alternativas sean más antitéticas, la elección se hace obviamente más excluyente. Así, cuando la ley opta por la solución de encarcelar a los deudores, los recursos jurídicos se concentran en una tarea contraria a su rehabilitación con base a una mayor productividad y ahorro.

Claramente, donde el sistema jurídico está llamado a crear múltiples instituciones, una tarea que frecuentemente presenta la necesidad de tener que escoger entre diversas alternativas y donde los recursos materiales y humanos son muy limitados, como ocurre en casi todas las naciones subdesarrolladas, el principio de escasez es bien operante. Por ello es que si las instituciones jurídicas destinadas a un propósito dado en un país como Costa Rica no lo pueden llevar a cabo esto puede tener consecuencias económicas

(193) *Id.*

más importantes para ese país que para un país como los Estados Unidos. También es mucho más significativo para la economía de Costa Rica que los recursos destinados a ciertas instituciones sean desperdiciados como resultado del desuso o de su reemplazo por instituciones extra-oficiales con un propósito muy diferente.

El desperdicio más costoso de todos, es el que trae consigo la simulación. Un sistema jurídico en que la simulación sea una práctica generalizada es, en efecto, incapaz de inducir cambios en el comportamiento económico de sus miembros, excepto por medio del uso de incentivos económicos. Los contra-incentivos en la forma de multas, castigos, o una simple declaración de nulidad del comportamiento indeseable pierden su razón de ser con el triunfo de la evasión a través de la simulación. El sistema jurídico pierde su coercibilidad económica y su efectividad se hace enteramente dependiente del uso de costosos obsequios al destinatario de la norma jurídica.⁽¹⁹⁴⁾

(194) Finalmente los economistas han comenzado a percibir la suntuosidad de la simulación jurídica en términos generales del desarrollo y su ineficiencia en términos más específicos. Gunnar Myrdal, *The Soft State in Underdeveloped Countries*, 15, U.C.L.A. Revista de Derecho 1118, pág. 1124 (1968), encuentra que en India "por lo general, la necesidad de más disciplina se evita sistemáticamente en la discusión pública... Se recurre en su lugar a incentivos de varias clases: exhortaciones, educación, entrenamiento y subsidios...". Y en pág. 1125, afirma:

"Una causa esencial de la inefectividad de estos programas, es que no han sido complementados por medio de la construcción de un sistema de obligaciones extensivo a toda la comunidad...". En las págs. 1125-26, Myrdal saca en conclusión que "...las condiciones políticas y sociales en estos países subdesarrollados bloquean la promulgación de reglas que impongan más obligaciones; aún cuando se decretan leyes ellas no se observan y no es fácil ejecutarlas. Esto es, en última instancia, lo que se quiere decir con el término "el estado suave". La ineficiencia de la simulación en términos específicos es ilustrada por el economista Brasileño, Simonsen, en *The Problems of Interest Rates in Brazil*, 48 Brazilian Business 26 (1968), donde él describe cómo la evasión de las leyes de Usura y de Cláusula de pago en oro decretada en los treinta no surtió el propósito que los economistas esperaban (en lugar de abrogar estas leyes, el gobierno del Brasil escogió permitir su evasión, una práctica descrita en *supra* nota 179). Las esperanzas eran que la simulación permitiera que los tipos de interés cobrados por los bancos alcanzaran a la tasa de inflación. Sin embargo a pesar de la simulación, los tipos de interés eran al menos hasta 1964, más bajos, que la tasa de inflación. Simonsen saca en conclusión "que las distorsiones que afectaron el sistema bancario no resultaron de esta adaptación en sí misma, sino del hecho de que era un proceso unilateral: Los tipos de interés sobre préstamos aumentaron enormemente, pero los tipos de interés sobre depósitos permanecieron atados a los límites tradicionales". Lo que describe Simonsen como un proceso "unilateral" es el producto de lo que se describió en este artículo como el dualismo de las instituciones jurídicas (oficiales y extraoficiales). Véase *supra* Sección IV, E. 2. Para un estudio anterior que describe la contribución de la simulación a la "suavidad" del sistema jurídico, lo mismo que a su ineficiencia inherente, véase KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en 11-13, 27-28, 33-35, 39.

2.—El principio de Costo Marginal y la Escogencia Institucional

Dada la importancia de la escogencia correcta entre instituciones jurídicas conflictivas y alternativas para producir el desarrollo económico, es necesario sujetar el proceso de evaluación de la eficiencia a patrones muy estrictos y si es posible, cuantificables. Aquí es donde el principio del costo marginal ayuda a la elección al enfocar los efectos beneficiosos de costo del último incremento o unidad de medida del comportamiento jurídico. Por ejemplo, supongamos que el objetivo deseado es alentar la actividad de intermediarios del crédito que descuenten y negocien las facturas y los certificados de prenda provenientes del comercio al por menor. Supongamos también que las estadísticas sobre la operación del Registro de Prendas muestran que ha habido un descenso en los endosos de prendas en los últimos años que corresponde a un retraso en el tiempo necesario para registrar los documentos y hacer constar su existencia en las tarjetas del índice de deudores. Con el fin de determinar cómo fomentar los endosos será muy útil saber hasta qué punto cada incremento de velocidad en los procesos de 1) utilizar la inscripción de un escueto resumen del contrato de prenda, o 2) utilizar el sistema tradicional de incribir el contrato completo de prenda, tenderá a reflejarse en el volumen de endosos. Así, el análisis marginal ayudará a escoger entre un sistema de registro resumido o un sistema basado en la transcripción. Igualmente, puede ayudar a establecer el punto en el cual un incentivo tributario X pueda sobrepasar el beneficio de una evasión del impuesto Y y por lo tanto inducir al uso por las sociedades anónimas de acciones nominativas en vez de las acciones al portador.

El análisis marginal ayuda no sólo a la escogencia entre las instituciones sino también a determinar los mejores métodos para que ellas alcancen el nivel deseado de legitimación. Como se sugirió en las discusiones precedentes sobre la función del derecho en el desarrollo económico, la confianza engendrada por una institución jurídica requiere una cantidad mucho más grande de legitimación por su usuario potencial en las primeras etapas de su utilización. Por ejemplo, para inducir confianza sobre la adquisición de acciones de una sociedad anónima, el sistema jurídico, primero

que todo, debe satisfacer las expectativas de seguridad y liquidez que tengan los inversionistas potenciales y los prestamistas. Así, la determinación legal de viabilidad de la estructura del capital de una compañía formada por suscripción pública debe ser hecha, en un país como Costa Rica, no solamente a la luz de las metas comerciales de la compañía sino también con vista a proveer los fondos mínimos que aseguren la base necesaria para un fondo que cubra el ejercicio regulado de los derechos de retiro por los accionistas. Eventualmente, esta determinación debería ayudar a establecer lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de las acciones de una sociedad anónima abierta al público. Es decir, el punto en el cual la presencia de un mínimo de capital social efectivo, ganancias y fondos de reserva, puede inducir la confianza suficiente para la adquisición de acciones por parte del público inversionista o de los intermediarios.⁽¹⁹⁵⁾ Esta determinación reemplazaría técnicas legislativas puramente intuitivas o desprovistas de análisis de costos y sus consecuencias y que, por ello, frecuentemente resultan en reglas de capitalización caprichosas y por ende inconsecuentes o contra-productivas.

D) Estrategias Jurídicas del Desarrollo

Habiendo examinado los elementos o conceptos sustantivos de la teoría respecto a la función del derecho en el desarrollo económico, es necesario ahora ocuparse de las consideraciones procesales o de las estrategias para hacer mejor uso de los mecanismos de creación de normas tales como el derecho legislativo, jurisprudencial y consuetudinario.

Un cuadro sistemático de las diversas estrategias jurídicas, de sus jerarquías y prioridades funcionales, está más allá de lo estudiado en el Proyecto de Reforma Jurídica. Estos estudios se dedicaron primordialmente a la descripción y evaluación del fun-

(195) Lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de los títulos de propiedad en Costa Rica fue establecido en uno de los proyectos que sucedieron al Proyecto de Reforma Jurídica. En este proyecto se estudiaron varias formas de tenencias sobre la tierra en relación con las muchas variables económicas (inversión, crédito y productividad) y factores jurídicos tales como la validez del título inscrito y no inscrito. Véase O. SALAS, C. F. KNIGHT y C. SAENZ TITULACION DE PROPIEDAD EN COSTA RICA, UNA INVESTIGACION LEGAL Y ECONOMICA (USAID Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Esbozo Preliminar 1970), en pág. 61 *et seq.*

cionamiento de instituciones jurídicas y sólo subsidiariamente a las sugerencias para su mejor utilización, reforma o reemplazo.⁽¹⁹⁶⁾ Sin embargo, los estudios resumidos y evaluados anteriormente permiten esbozar algunas sugerencias respecto a cómo mejorar el funcionamiento de mecanismos existentes y cómo escoger el mecanismo más apropiado para lograr los resultados deseados en las diversas actividades descritas.

Una de las necesidades más claramente experimentadas por los mecanismos legislativos, administrativos y judiciales en Costa Rica es la de acceso a información socio-económica fidedigna. Hemos visto en la evaluación de estos estudios que la efectividad de la ley depende en alto grado de que ella esté conforme con las demandas, expectativas y aspiraciones sociales, y de que utilice adecuadamente aquellas propensiones que fomenten una mayor obediencia. Se vio también cómo el proceso de elección de normas es mucho más eficiente y equitativo cuando es el producto de la pugna constructiva entre tesis conflictivas (proceso que se denominó de elaboración conflictiva). Sin embargo, como también demuestran los estudios, la pugna conflictiva entre demandas de acción jurídica no puede llegar a efectuarse si las aspiraciones no se han transformado en expectativas. Esta transformación requiere que se tenga disponible en forma inmediata información sobre la conducta propuesta no solamente para ser considerada por los que están llamados a tomar las decisiones sino también por el público en general y especialmente por los grupos que posiblemente sean afectados más directamente por la decisión.⁽¹⁹⁷⁾

La necesidad de acceso a información socio-económica fidedigna se pone en evidencia no sólo en los procesos legislativos y administrativos sino también en el proceso judicial, como se ha ejemplificado por los antecedentes de una decisión reciente de un tribunal de primera instancia costarricense restringiendo el ámbito

(196) Se prepararon dos Proyectos para suceder al Proyecto de Reforma Jurídica: el Proyecto de Derecho Agrario y Titulación de Tierras, algunos de cuyos rasgos fueron descritos *id.*, y el Proyecto de Investigación y Centro de Referencia Legislativa que trataba de dar a los legisladores Costarricenses y al Público interesado:

1.—Información al día sobre el derecho en vigencia,

2.—Acceso a información fidedigna legal y socio-económica sobre asuntos legislativos. Los dos proyectos están ahora en pleno desarrollo y su panorama es prometedor. De igual manera se ha comenzado (con la ayuda de la Corte Suprema de Justicia) un excelente Programa de Digesto Judicial.

(197) *Id.*

del apremio corporal prendario.⁽¹⁹⁸⁾ Al comienzo del Proyecto de Reforma Jurídica en 1967, un Magistrado de la Corte Suprema costarricense le manifestó al que escribe en una conversación informal que él consideraba el apremio corporal prendario inconstitucional debido a que éste carecía de una base legislativa adecuada.⁽¹⁹⁹⁾ Agregó, sin embargo, que si el apremio corporal prendario fuera declarado inconstitucional toda la estructura crediticia del país se vendría al suelo dado el papel esencial de este tipo de garantía. Como una ilustración de la importancia de la institución, el Magistrado se refirió a estadísticas que le habían sido proporcionadas por un oficial de la Penitenciaría Central, de acuerdo a las cuales el 70% de todos los presos encarcelados por un período de hasta dos años eran deudores prendarios. Al completar el estudio del apremio corporal prendario se le informó al Magistrado que los resultados obtenidos indicaban no sólo que la cifra que le habían proporcionado era exagerada respecto al número real de prisioneros sino también que en la práctica la amenaza del encarcelamiento había sido desvirtuada por tácticas evasivas de los deudores en conjunción con la actitud tolerante (cuando no cooperativa) de los agentes de la autoridad. Era obvio que el apremio corporal no constituía, como se había pensado, “la espina dorsal del aseguramiento del cobro del crédito al consumidor” en San José. No transcurrió mucho tiempo antes de que un tribunal de primera instancia adoptase una interpretación congruente con tal punto de vista y por tanto más equitativa respecto a los derechos del deudor.⁽²⁰⁰⁾

(198) Véase Juzgado Civil de Liberia, sentencia de las dieciséis horas del 6 de enero de 1969, rechazando un pedimento de embargo contra bienes muebles que ya no estaban en posesión del deudor. Este escrito es un prerrequisito para dictar la resolución de desacato a la autoridad del tribunal y por ende del apremio corporal. Pero *Cf.* Resolución N° 149 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, 21 de marzo de 1969. El artículo 537 del C. de C. se refiere al deudor prendario como simple depositario y no como un depositario judicial, una de las categorías de deudores que podría, de acuerdo a los artículos 39 de la Constitución y 1001 (1) del C. C. ser objeto del apremio corporal. Véase *supra* nota 179.

(199) *Id.*

(200) Como resultado de estas resoluciones, se trató de lograr por la Cámara Nacional de compañías financieras una reforma a las disposiciones sobre apremio corporal prendario que suplieran una base legal congruente con los requisitos constitucionales. El intento sin embargo, fracasó como resultado del conocimiento por la Asamblea Legislativa de los hechos y consecuencias del encarcelamiento del deudor. De acuerdo con La Nación del 11 de setiembre de 1969, pág. 18, el diputado Azofeifa Solís afirmó:

Las prendas debían hacerse más efectivas especialmente si los pagarés se usan cada vez menos... Las prendas son muy necesarias en los ramos de la agricultura y el engorde de

1.—Escogencia entre Mecanismos Creadores del Derecho

Lo sucedido respecto al apremio corporal prendario ilustra la importancia de escoger un mecanismo normativo apropiado. Si la estrategia elegida hubiera sido la derogación expresa de la ley es bien posible que los efectos económicos del proceso derogatorio fueran más costosos debido a la mayor perturbación de la certeza pre-existente. Los partidarios del apremio corporal prendario hubieran tratado de presentar un cuadro muy alarmante de los riesgos a que quedarían expuestos los acreedores, creando así una incertidumbre inmediata e imponiéndole una difícil prueba a los partidarios de la derogación. Estos últimos tendrían que demostrar que el crédito no resultaría más caro ni menos accesible a causa de la derogación sin poder basar su contra-argumentación en la experiencia, por ser ésta inexistente en cuanto no podría saberse en aquél momento con certeza cuáles serían las reacciones de acreedores y deudores tras la derogación. Es más, los incipientes indicios de incertidumbre y la elevación de costos resultantes bien podrían ser una creación artificial de los partidarios del apremio. Obviamente, la estrategia de la decisión judicial no fue escogida en el sentido de que ella no constituyó el producto de una decisión jerárquica por parte de un organismo planificador. Ella fue escogida, sin embargo, en el sentido de que un tribunal asumió la responsabilidad de crear una norma, así ella fuese de carácter individual, cuando bien pudo haberla eludido con sólo adherirse a interpretaciones anteriores del C. de C. o con haber sugerido que el remedio a la inequidad operante, de haber lugar al mismo, le correspondía al Poder Legislativo y no al Judicial.

El conocimiento de la disponibilidad de escogencias y de las limitaciones inherentes a los diversos mecanismos es, por lo tanto, muy importante para una estrategia exitosa.

Infortunadamente, ésta es un área del acaecer jurídico que permanece prácticamente desconocida y donde por tanto la inves-

ganado... y (primordialmente) es el sistema bancario nacional el que está más interesado en retener la posibilidad del apremio corporal. (Así) es muy importante que el asunto de (debilitar la prenda) se estudie más cuidadosamente.

El Diputado Villanueva Badilla, sin embargo, también se refirió a la opinión del Diputado Volio Jiménez, en cuanto a que la ley propuesta favorecería fundamentalmente a los más viles prestamistas, dándoles el poder de encarcelar a sus deudores.

tigación está aún por hacerse. No obstante, la información obtenida en los tres estudios anteriores permite hacer algunas sugerencias sobre las limitaciones inherentes al uso de determinado tipo de legislación y concretamente respecto a la codificación, y también respecto al papel del Derecho consuetudinario y de las llamadas características nacionales en el proceso de formación de normas jurídicas.

2.—El uso de la Codificación

Uno de los principales redactores de la L.F.I. sostenía la firme creencia que Costa Rica se había convertido en "un país industrial", desde el momento de la promulgación de esta ley. Indudablemente para este legislador la ley estaba dotada del enorme poder de transformar la realidad circundante por el mero hecho de su promulgación.⁽²⁰¹⁾ Esta visión no es solamente característica de legisladores legos sino que también es compartida por muchos de los codificadores hispanoamericanos y es la causa principal de la constante derogación y promulgación de códigos en Centro y Sur América. Las codificaciones y re-codificaciones son así vistas como mecanismos esenciales para efectuar transformaciones casi inmediatas y con ellas el desarrollo económico y social.

Varias razones de peso militan en contra del frecuente uso del mecanismo codificador. En primer lugar, para redactar códigos verdaderamente equitativos y eficientes, dada la magnitud del campo normativo, es necesario contar con enormes recursos materiales y humanos. Consecuentemente, el talento disponible que pudo haberse utilizado para mejorar o modernizar conceptos o reglas dentro de un área verdaderamente necesitada de reforma se diluye al tener que abocarse mucho más superficialmente a la revisión total de una rama del derecho y a menudo independientemente de la necesidad efectiva de su revisión. La codificación casi por definición se convierte en una labor de torre de marfil, en la que el trabajo de redacción frecuentemente consiste en copiar modelos extranjeros. No es que la importación de una institución

(201) Este fenómeno fue descrito en KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en pág. 31, como la "falacia de la realización"—un estado de satisfacción que sienten el Poder Legislativo y el Ejecutivo una vez que el propósito inmediato y aparente de una ley se formula en su promulgación.

extranjera sea objetable por sí. Como se vio en la discusión del contexto económico del comportamiento jurídico, algunas actividades, tales como las transacciones de crédito, tienen características de comportamiento casi universales. Pero generalmente, aun cuando existe una justificación económica evidente tiene que transcurrir una generación antes de que un instrumento de crédito o un concepto relativo al mismo, sean suficientemente usados y entendidos por los comerciantes, los abogados y por los tribunales. Y de hecho, en algunos casos, como el de la letra de cambio en Costa Rica, aún varias generaciones después de su primera regulación, el contenido obligatorio de este instrumento, especialmente el mecanismo relativo a su aceptación, sigue siendo desconocido para la mayoría de los comerciantes costarricenses. La frecuencia de la codificación ignora la importancia del lento proceso del aprendizaje y ajuste a la realidad nacional y reemplaza instrumentos pocos conocidos o las reglas o conceptos mal entendidos con otros totalmente nuevos.

La frecuencia de la codificación desalienta también la contribución al desarrollo de las instituciones por los tribunales, ya que al derogar un código también frecuentemente se priva de su base a una línea dada de interpretación jurisprudencial, interpretación a la cual sólo se llegó tras un arduo proceso de ajuste normativo. Este puede ser uno de los aspectos más costosos de la codificación intermitente puesto que su frecuencia puede utilizarse por los tribunales como causa eximente de su falta de creatividad interpretativa y como justificación del no recurrir a la equidad con mayor frecuencia en la resolución de litigios.

Debe aclararse que la objeción hecha no es a la codificación en sí misma sino a su uso indiscriminado y frecuente. En verdad, existen áreas donde hay poco derecho y poca experiencia transaccional o donde el derecho existente es confuso o insuficiente y donde, por tanto, la aclaración de sentido y del sistema normativo que usualmente se asocia con la buena redacción de códigos, es muy deseable. Lo que se sugiere es que una vez que un código adecuado ha sido promulgado hay mucho que ganar desde un punto de vista desarrollista recurriendo a la interpretación creativa y, cuando sea necesario, a las reformas específicas.

3.—Derecho Consuetudinario y Características Nacionales

Desde la aparición de la sociología jurídica como heredera de algunos de los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, el Derecho consuetudinario, especialmente el que es "derecho viviente", ha ostentado una posición privilegiada en la lista de materias dignas de investigación con fines de "ingeniería" jurídica.⁽²⁰²⁾ Infortunadamente, de manera frecuente, se ignora la diferencia que existe entre una pregunta de índole descriptiva tal como, ¿qué es el derecho? y una determinación prescriptiva tal como ¿qué debe ser el derecho?, y de esta forma la justicia intrínseca y la contribución al desarrollo del derecho consuetudinario se acepta como un dogma.⁽²⁰³⁾ Los estudios anteriores arrojan una duda muy seria respecto a la contribución del derecho consuetudinario al desarrollo económico en transacciones donde existe una desproporción obvia en el poder de negociación de las partes. Expresado en la forma más simple, el derecho consuetudinario de transacciones de crédito en Costa Rica es el derecho de los acreedores o el derecho del más fuerte desde un punto de vista económico; un derecho que por regla general es tanto ineficiente como abusivo. En contraste marcado con este derecho, uno puede observar un derecho consuetudinario en transacciones económicamente más equilibradas que opera más justa y eficientemente.⁽²⁰⁴⁾ Por tanto, no hay razón

(202) W. FRIEDMAN, *LAW IN A CHANGING SOCIETY* 20 (196), criticó el énfasis de Eugen Ehrlich sobre el derecho consuetudinario, pero su crítica se basa sobre razones, que, en la opinión de este autor, no tienen valor. Friedman mantiene que la diferencia básica entre el "Derecho viviente" y el derecho estatal ha perdido su validez con el aumento de confianza en nuestro tiempo en el derecho escrito. Parece, sin embargo, que lo cierto es lo contrario. Con un mayor uso del mecanismo legislativo y un aumento resultante en las instituciones "oficiales" y particularmente en aquellas plagadas de prohibiciones, se produce, en países como Costa Rica, un aumento correspondiente en el uso de instituciones extra oficiales o consuetudinarias. Véase *supra* Secciones III E y F., IV E.

(203) Para dar una idea de algunas de las dificultades que produce el derecho consuetudinario en el desarrollo económico de África particularmente en actividades agrícolas y ganaderas. Véase Allot, *Legal Development and Economic Growth in Africa*, en *CHANGING LAW IN DEVELOPING COUNTRIES* (Anderson 1963) y Seidman, *supra* nota 6.

(204) Entre las transacciones que demuestran un poder de negociación más equilibrado está la compra y venta de terreno entre los campesinos, en ciertas regiones costarricenses. Estas transacciones dependen de ciertas reglas consuetudinarias para medir el terreno en cuestión y para determinar sus límites. Obviamente, estos instrumentos no son tan precisos como las mediciones geodésicas y la información catastral incorporada a un título oficial inscrito. Sin embargo, en la ausencia de instrumentos más eficientes, los instrumentos forjados por las costumbres de los agricultores reflejan un mínimo de eficiencia y equidad en la determinación de los derechos. Ejemplos similares pueden encontrarse en la recopilación de costumbres españolas,

para una consagración a priori del derecho consuetudinario como representativo de lo mejor en un sistema jurídico. Este derecho deber ser sujetado a los mismos patrones de evaluación que el derecho "escrito" u "oficial".

Una noción romántica similar se ha mantenido con respecto al papel de las características nacionales en el desarrollo de las instituciones jurídicas. Muy a menudo son vistas como los ideales o fuentes de inspiración del ser del derecho en los países subdesarrollados. En latinoamérica durante el siglo XIX la autotonía del derecho era parte integral del ideario independentista. En las palabras del insigne patriota cubano, José Martí, "... La incapacidad radica en aquellos que pretenden regir a gentes de composición singular y violenta con leyes importadas de diecinueve siglos de monarquía en Francia y de dos siglos de práctica libre en Estados Unidos...".⁽²⁰⁵⁾

Finalmente concluía, "... en naciones que son dueñas de su propio destino, el derecho debe ser popular...".⁽²⁰⁶⁾ En nuestros días, una versión aceptada comúnmente del papel de las características nacionales es la del profesor Llewellyn: "... proceder contra el cual la ley no puede oponerse si ha de ser efectiva...".⁽²⁰⁷⁾ Hay una marcada diferencia entre el papel de las características nacionales en los puntos de vista de Martí y Llewellyn. Martí sugiere la incorporación positiva de las características nacionales a la normativa jurídica; Llewellyn aconseja no ir en contra de ciertas características para evitar que la regla se haga ineficaz.

La experiencia costarricense sugiere que en la formación de un sistema jurídico eficiente y equitativo, las características nacio-

(Recopilación de Usos, Costumbres y Prácticas Mercantiles Seguidas en España, Madrid, 1969). Muchas de las costumbres rurales han sido creadas precisamente para ayudar a quebrantar el impasse que un poder de negociación relativamente similar puede producir. Por ejemplo, cuando el comprador y el vendedor no pueden ponerse de acuerdo en el precio del ganado, es usual en muchas ferias de ganado en España permitir la intervención de un tercero, quien la costumbre denomina espontáneo o terciador que actúa como corredor bajo condiciones específicas (en 440). Otra costumbre es la de tomarse una ronda de tragos después de hacerse la venta (robla) para que el vendedor pueda dar a conocer los defectos no aparentes del ganado vendido y explicar cómo tratar con ellos en la mejor forma (en 443).

(205) Nuestra América, un artículo por José Martí en el periódico Mexicano, *El Liberal*, 27 de setiembre de 1889, transcrito en MARTÍ, 2 OBRAS COMPLETAS 107 (Habana 1953).

(206) *Id.*, en 287 *et seq.* Extractos enteros pueden encontrarse en Kozolchik, *Derecho y Evolución Social en América Latina*, 7 Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, pág. 33 (1967).

(207) LLEWELLYN, *supra* nota 192, en 67 *et seq.*

nales son muy importantes, pero en un sentido diferente al sugerido por los autoctonistas del siglo diecinueve. No son importantes en el sentido de que deben transformarse en derecho escrito, sino en el sentido de que no deben volverse obstáculos a la eficacia de una institución. Por eso es importante poder traducir el significado de las características nacionales al lenguaje de propensiones favorables o desfavorables hacia las instituciones jurídicas de desarrollo económico y determinar un contexto para poder diseñar una estrategia de eficacia. Debe de notarse, sin embargo, que es muy posible que tenga que hacerse una escogencia entre retener una característica nacional y poner en vigor una institución de desarrollo económico. En tal caso, obviamente, las metas pre-eminentes del desarrollo social, incluyendo aquellas que requieren la retención de determinada característica nacional y no solamente las de desarrollo económico, deben gobernar la elección.

4.—La Enseñanza del Derecho: El Conceptualismo Escolástico y La Apertura al Cambio

La enseñanza del derecho en Costa Rica, como en otros países Latino-americanos, es todavía en gran parte producto de los métodos de análisis y exposición que se usaron primeramente por los glosadores y post-glosadores medioevales y más tarde en el siglo XIX por los exégetas franceses.⁽²⁰⁸⁾ En su raíz, estos métodos son escolásticos o sea, dependen casi exclusivamente de técnicas deduc-

(208) Para una evaluación de los métodos usados en la educación Jurídica Costarricense por un Profesor de Derecho Chileno, véase A. BASCUÑAN VALDEZ, *EVALUACION DE LOS ESTUDIOS JURIDICOS EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA* (Universidad de Costa Rica 1965), en la pág. 35 *et seq.* En la pág. 36, el Profesor Bascuñan transcribe un extracto de una Orden Real Española del 21 de setiembre de 1551, creando la primera universidad y escuela de derecho de México diseñada a semejanza de la Universidad de Salamanca, que a su vez fue diseñada a semejanza de la Escuela de Bolonia fundada en 1160; sobre la historia de las Facultades de Derecho Mexicanas, véase L. MENDIETA, *HISTORIA DE LAS FACULTADES DE DERECHO* (México 1956), cit. por Bascuñan, (para una descripción general, véase nota en 140). Para una discusión interesante de la metodología usada en la enseñanza en Facultades de Derecho Suramericanas y particularmente en Uruguay, véase una monografía por SANCHEZ FONTANS, *METODOLOGIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL* (Montevideo 1952). Una discusión sobre las actitudes filosóficas fundamentales en la educación legal latino-americana pueden encontrarse entre otros, M. Reale, *As Facultades de Direito na Historia do Brasil*, 56 *Revista de Universidad de Sao Paulo Faculdade de Direito* 256 (1961); C. J. Gutiérrez, *Prólogo al CURSO DE DERECHO MERCANTIL, KOZOLCHYK y TORREALBA, supra* nota 3; B. Kozolchik, *Reflexiones en Torno a la Enseñanza del Derecho en el Hemisferio Occidental*, 16 *Lecturas Jurídicas* 3 (Chihuahua, México 1963) y 7-8 *Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado* 11 (1967).

tivas en su búsqueda de conceptos abstractos. Se rechaza el empirismo al tratar de lograr un raciocinio "puro" y de esta forma los conceptos jurídicos deducidos frecuentemente nacen huérfanos de contenido socio-económico con excepción del implícito en las definiciones de términos utilizados en las premisas mayores.⁽²⁰⁹⁾

Como se aplicó primero al Corpus Iuris Civilis, de Justiniano, la escolástica produjo definiciones, distinciones y clasificaciones de las instituciones jurídicas romanas. Muchas de estas definiciones y clasificaciones revelan la influencia directa de conceptos Aristotélicos tales como el de la "esencia" o el de la "causa",⁽²¹⁰⁾ y otras como las dicotomías indirectamente inspiradas por Aristóteles pero ya con un indudable sello teológico medioeval. De aquí provienen clasificaciones tales como la de lo "externo" e "interno", "perfecto" e "imperfecto", "personal" y "real", "objetivo" y "sub-

(209) La descripción del método escolástico en relación con el trabajo de los glosadores puede encontrarse en VINOGRADOFF, ROMAN LAW IN MEDIAEVAL EUROPE 42, 70 (1968), particularmente en 56 *et seq.*, donde él ilustra las distintas etapas de razonamiento escolástico. Para una descripción de las bases filosóficas de la escolástica jurídica, véase R. SOHM, INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO ROMANO 81 *et seq.* (Traducción al Español del Alemán, México 1951); también F. WIACKER, HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO DE LA EDAD MODERNA (Traducción al español del alemán, Madrid 1957) especialmente en 37 *et seq.*, donde se hace una clara distinción entre el método escolástico usado por los glosadores y post glosadores y el usado en el Siglo XIX por los Pandectistas alemanes:

"Los glosadores han trabajado críticamente los textos romanos, los han explicado y ordenado según un sistema de enseñanza, aparentemente del mismo modo que la ciencia pandectística del siglo XIX. Pero los glosadores no querían, como lo hace la ciencia moderna, ni entender históricamente, ni enjuiciar a la justicia ante el tribunal de la razón liberada de supuestos previos, ni siquiera "hacerla útil para la vida práctica". Más bien pretendían asegurarse de la verdad absoluta de un texto irrefutable mediante el órgano (proporcionado por el propio Creador y para su servicio) de la razón. Esa relación entre razón y fe, que tan incesantemente ocupó al intelectualismo de la Edad Media, se basa en el idealismo neoplatónico, es decir, en la pretensión, que se remonta a Platón y originariamente a Parménides, de que todas las ideas tenían que responder también a una existencia metafísica. A esa idea se puede unir la incondicional veneración por la verdad de lo revelado o de lo tradicionalmente transmitido con el formalismo lógico que la escuela medieval había recibido de la antigüedad bajo-romana. A nosotros, en cambio, nos es difícilmente asequeble esa relación, porque al pensamiento moderno, surgido de la lucha de la razón liberada de supuestos previos contra la revelación y las tradiciones, fácilmente se le manifiesta como una contradicción el establecimiento de una autoridad superior a toda razón con los propios medios de la razón. Pero solo el pathos emancipativo de la razón, que se ha emancipado de la fe, experimenta un antagonismo. Así la creencia de los juristas medievales de que el *Corpus Iuris* es la razón hecha letra, la *ratio scripta*, hoy ya no es para nosotros efectiva..."

(210) En su *Tópica*, Aristóteles describe una definición como "una frase que significa la esencia de alguna cosa". Una característica esencial, a su vez, se define en *Analytica Posteriora* como una que "no se predica de un asunto que no sea ella misma", y las causas se clasifican en su metafísica en materiales, eficientes, finales y formales. Véase MCKEON, THE BASIC WORKS OF ARISTOTLE 191.116, 691 *et seq.* (sin fecha). Véase también WIACKER, *supra* nota 209, en 40.

jetivo".⁽²¹¹⁾ Aplicadas al estudio de los Códigos Latino-americanos de inspiración europea, estos implementos escolásticos enseñaron a los estudiantes a distinguir, por ejemplo, lo que era derecho "civil" de lo que era el "comercial", o lo que era el "público" de lo que era el "privado", o a diferenciar entre un contrato, un derecho in rem y una concesión administrativa.

En Bologna, el análisis lógico y gramatical de los textos romanos (prolego y scindo) fue seguido por ilustraciones del significado (casumque figuro), la búsqueda de una autoridad (do causas) y por un refinamiento de conceptos (distinctionis, amplificatio-nis).⁽²¹²⁾ Igualmente, en América Latina, el significado de las reglas codificadas se establece primero a través de un análisis de reglas y de sus componentes gramaticales y lógicos (exégesis) y más tarde por una formulación sintética o dogmática de los conceptos fundamentales encerrados, por así decirlo, en los códigos o sistemas normativos.⁽²¹³⁾ Es por ello que tanto en Bologna, como en la América Latina, el Derecho como objeto del conocimiento sufrió un aislamiento progresivo de sus determinantes socio-económicos.

Los defectos de este método son aparentes. En primer lugar, reduce la realidad jurídica conceptual sólo a lo que puede ser enunciado axiomáticamente o de manera en que deducciones sistemáticas sean posibles; una premisa o concepto que no permita

(211) Véase, por ejemplo la dicotomía de gran influencia en el derecho contractual de contratos perfeccionados y no perfeccionados, particularmente con respecto a la trasmisión de la pérdida del objeto vendido, en el Comentario de Baldus al Digesto 18.6.7. en DIGESTUM VETUS PANDECTARUM IURIS CIVILES (Lugduni 1560): "*Perfecto contractu periculum est emptoris, contractus autem dicitur perfectus si sit celebratus pure, quod vixit certa, pretium certum. Si autem per dependentiam de futuro non dicitur contractus perfectus*". Sobre la clasificación "personal" "real" de los estatutos, Véase II CONTINENTAL LEGAL HISTORY SERIES 52 *et seq.* (1914). Véase también el comentario de Baldus a D. 1. 3. 31 definiendo y clasificando la costumbre como un derecho "incorpóreo". La influencia teológica en las dicotomías legales es aparente en el Siglo XVIII en los clásicos franceses, tal como el *Tratado sobre Obligaciones* de Pothier que empieza su escrito mostrando una clasificación de perfecta-imperfecta entre las obligaciones y a menudo apoya sus referencias al derecho consuetudinario Romano y Francés, con citas de Santo Tomás de Aquino SUMMA THEOLOGICA. Véase, por ejemplo, 1 *Obligaciones* 68, S 109 (Traducción al Inglés 1802).

(212) WIACKER, *supra* nota 209.

(213) Durante el segundo cuarto del Siglo XIX el Método puramente exegético de redacción para los libros de texto comenzó a ser reemplazado por tratados que discutían los asuntos de acuerdo con su lugar e importancia en un esquema doctrinario independiente de la organización del Código i, ver por ejemplo a Aubry y Rau en *Curso de Derecho Civil Francés* (3ª Edición París 1856). Una excelente ilustración del libro de texto puramente exegético en América Latina es CALVA Y SEGURA, INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL SEGUN EL CODIGO DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA (México 1875).

deducciones relacionadas con todo el sistema silogístico no es mercedora de análisis o estudio y por ende de enseñanza. Esta limitación es responsable de la actitud un tanto despectiva de muchos profesores latinoamericanos hacia al análisis de decisiones judiciales o administrativas que ellos descartan como razonamientos inferiores o como mera "casuística". En segundo lugar, el método de inspiración escolástica tiende a ignorar el propósito de la institución jurídica aislándola de su fundamento de hecho. La transformación de un propósito institucional, en sí mismo, no es objetable siempre que la institución desempeñe una función útil. La utilidad, sin embargo, a menudo es pasada por alto conforme se multiplican los conceptos en un vacío silogístico. Y así al final del razonamiento sólo hay mayor confusión respecto a la solución del problema que la institución pretendió solucionar.⁽²¹⁴⁾

El tercero y posiblemente el más dañino resultado de la conceptualización escolástica es que fomenta lo que puede ser descrito como la falacia de autarquía o "cosificación" conceptual. Se llega a creer que los conceptos tienen existencia real (social) por el mero hecho de que ellos puedan ser formulados lógicamente. Y una vez que son "cosificados" se les dota del poder de excluir cualquier realidad incongruente con su formulación. La exclusión de la realidad, por supuesto, es antagónica al cambio institucional. Así, si una hipoteca se define como un derecho real, accesorio, e indivisible, un gravamen constituido con anterioridad a la obtención del préstamo (obligación principal) y cuya garantía se establece sobre una porción divisible de los bienes no podría, por lo limitado de la definición, ser considerado como una hipoteca, lo cual además de ser inconveniente económicamente es, desde un punto de vista histórico, jurídicamente debatible. Pero hay más, en función de la

(214) Por ejemplo, el concepto de empresa (*impresa, empresa*) ha recibido enorme atención de los profesores Italianos y Latinoamericanos de Derecho Comercial desde su adopción en 1942 por el Código Civil Italiano. En la forma, el concepto de empresa era una respuesta al tipo fascista de economía (Véase Promulgación, Decreto y Artículos 2085 y 2088 del Código Civil Italiano (ed. F. Carnelutti, W. Bigiavi ed. 1961). El origen fascista y el propósito de la empresa ha sido olvidado y el concepto ahora pertenece al reino del escolasticismo. Según se afirma sirve para delimitar el campo de lo que es el derecho comercial en contraste con el derecho civil. Por lo tanto, ha sido subdividido, entre otros conceptos, en un "acto" y un "objeto". Sin embargo los problemas a los cuales el concepto de 1942 estaba dividido aunque no han sido resueltos, permanecen ignorados por la mayoría de los profesores de derecho comercial de los países latino-americanos. Así, los principios que deben regir la competencia empresarial o que deben proteger al público y al mercado de bienes y servicios frecuentemente son inexistentes en muchos de los países cuyo sistema de derecho comercial se dice que ha sido basado en el concepto de empresa. Sobre este punto, véase KOZOLCHYK Y TORREALBA *supra* nota 3, en págs. 13-34.

conclusión escolástica del numerus clausus bien podría incluso negársele su carácter de gravamen o de derecho real.⁽²¹⁵⁾

Claramente, el problema de tal enfoque desde un punto de vista analítico y didáctico es su incapacidad de tomar en cuenta las limitaciones de la razón, pura o abstracta, particularmente cuando se usa no sólo como un implemento descriptivo o sintetizante de la realidad jurídica, sino también como un método de evaluación. Para la evaluación de las instituciones jurídicas, desde cualquier punto de vista socio-económico, se requiere más información que la disponible en la lógica formal.⁽²¹⁶⁾ El razonamiento

(215) El texto parafrasea la respuesta dada por un consejero legal de un banco central latinoamericano a una propuesta de un organismo internacional para financiar casas a bajo costo a través de la emisión de bonos hipotecarios. Para algunos comentarios interesantes sobre cómo la indivisibilidad no es esencial a la "naturaleza jurídica" de la hipoteca en el derecho civil, véase DORTA DUQUE, CURSO DE LEGISLACION HIPOTECARIA 136 (Habana 1945).

(216) Es importante que esta falla de la lógica formal no se confunda con los "métodos y objetivos de la ciencia legal Germana en el Siglo XIX", como lo hizo recientemente Steiner, *supra* nota 171, en 65 *et seq.* En primer lugar el conceptualismo escolástico, como se demostró al principio, estaba profundamente consagrado en la educación legal Latino-americana en la época en que las obras de los Pandectistas llamaron la atención de lo que todavía es un número muy pequeño de estudiantes Latino-Americanos. F. K. SAVIGNY-SYSTEM DES HEUTIGEN ROMISCHEN RECHTS (Berlín 1840-49). Fue traducida al Español sólo una vez en Madrid en 1878-79, y aunque fue ampliamente citado por sus puntos de vista sobre la naturaleza jurídica de la posesión, se ha leído poco. Nunca se convirtió en una lectura recomendada o sugerida en la educación legal latino-americana. La obra de G. F. PUCHTA LEHRBUCH DER PANDEKTEN (Leipzig, Breit 1838), de acuerdo con el catálogo de Libros Impresos del Museo Británico (Londres, Edición fotolitografiada al 1955), pág. 400, se tradujo solamente al Ruso, un idioma tan inaccesible para la mayoría de los estudiantes latino-americanos como el Alemán original. Y B. WINDSCHEID'S LEHRBUCH DES PANDEK TENRECHT (Dusseldorf 1862), de acuerdo a la misma fuente (vol. 259, pág. 296) se tradujo sólo al Italiano en 1887 y ha sido citado profusamente, pero poco leído en Latinoamérica. En segundo lugar, aunque el escolasticismo y el Paudektenrecht tienden a morar en lo que Von Ihering una vez en son de burla, pero aptamente, describió como "el cielo de conceptos legales", existen entre ellos hondas diferencias. Tal vez, la más importante de estas diferencias se encuentra en el historicismo que caracteriza al Pandectismo. Sin tomar en cuenta si el Pandectista era "Romanista" o "Germanista", el Pandectista tenía que comprometerse a un examen retrospectivo de las instituciones jurídicas para construir su sistema. En este proceso se produjeron algunas de las investigaciones más sobresalientes de historia del derecho conocidas por el hombre. Todas las fuentes posibles del derecho incluyendo, en muchos casos el derecho consuetudinario o de las sentencias judiciales, se tomaron en cuenta para construir sistemas de interpretación. Dentro de los confines del historicismo jurídico, por lo tanto, el esfuerzo en tales casos, fue realmente empírico. Falló en su intención de elaborar un conjunto de reglas de derecho viviente por la sencilla razón de que tal esfuerzo no puede ignorar a los datos socio-económicos subyacentes al derecho. La confusión de STEINER es evidente, ya que él le achaca a los Pandectistas y a la ciencia jurídica Germana del Siglo XIX, la tendencia de "sujetar los conceptos básicos del sistema legal a un examen riguroso". En la página 66, mantiene que "La ley escrita —su significado lógico e interpretación— era el principio y tal vez el punto final de la discusión...". Sin embargo, en páginas 70-71, culpa a la educación jurídica Brasileña porque "la Escuela de Derecho no entrena a los estudiantes adecuadamente en la pericia del razonamiento analítico, lógico y analógico". (Énfasis agregado). La fuente de confusión es la posible falta de percepción de los varios significados del razonamiento "lógico". Sobre esto, véase *infra* notas 217, 218.

valorativo o el implícito en la creación, interpretación, modificación y reemplazo de las instituciones jurídicas es, como se percibe cada día más por la doctrina continental europea y anglo-sajona, no axiomático, sino "tópico" u orientado por naturaleza hacia los problemas que rodean al derecho.⁽²¹⁷⁾ Las conclusiones, en la forma de conceptos, reglas o principios de interpretación, no pueden derivarse de principios inmutables e indiscutibles. Más que el producto de lo que describe un filósofo jurídico español como "lógica de lo racional", ellas deben ser el producto de la "lógica de lo razonable".⁽²¹⁸⁾

Una vez que la enseñanza jurídica perciba al derecho como una disciplina orientada hacia los problemas del devenir social y al sistema jurídico como un conjunto de instituciones creadas con propósitos dados, el funcionamiento de estas instituciones dejará de ser ignorado como objeto de estudio. La capacidad de respuesta y la eficacia, la equidad y la eficiencia de las normas y conceptos serán evaluados como los complementos necesarios de un análisis lógico, y el prototipo del hombre de desarrollo económico asegurará su lugar entre las categorías más importantes del pensamiento jurídico.

(217) En Alemania, véase, entre otros, T. VIEHWEG'S TOPIC UND JURISPRUDENZ (1953); M. KRIELE, THEORIE DER RECHTSGEWINNUNG (1967); en Estados Unidos, véase Yntema, *The Rational Basis of Legal Science*, 31 *Columbia Law Review* 825 (1931) y *The Implications of Legal Science*, 10 *New York University Law Quarterly Review*, 279 (1933); *Ciencia Jurídica y Derecho Natural, Apropos of Viehweg, Topik und Jurisprudenz*, 2 *Revista de Derecho Interamericana* 207 (1960); y Bodenheimer, *A Neglected Theory of Legal Reasoning*, 21 *Journal of Legal Education* 373 (1969). El punto de vista común en todos estos escritos es que la técnica del pensamiento jurídico ha avanzado poco más allá del método de disputa dialéctico descrito por Aristóteles como uno donde uno razona con base a opiniones generalmente aceptadas antes que con base a axiomas o verdades evidentes por sí mismas. Por opiniones generalmente aceptadas él quería decir "aquellas que aparecen como imperativas a todos o a la mayoría de los ciudadanos sensatos". *Supra* nota 10, en 188. Y, como concluyen Yntema y Viehweg, la ciencia legal-formal o axiomática fracasa porque supone que las relaciones legales no están condicionadas por el derecho que ellas están destinadas a explicar, ignorando por lo tanto, que "en el último análisis el sistema jurídico debe hacer justicia". Yntema, *op. cit.*, en 216.

(218) Véase Recansens Siches, *La Lógica Material del Derecho*, 1965. Archivos para Filosofía del Derecho y Filosofía Social 269, cit. por Bodenheimer, *supra* nota 217, en 399.

INDICE

	Pág.
I.—Introducción	5
A) Breve historia y descripción del Proyecto de Reforma Jurídica	5
B) Criterio de Evaluación del Desarrollo Jurídico: Estado y Grado	10
C) Metodología y Terminología de Evaluación	11
II.—La Ley de Fomento Industrial de 1959	14
A) Rasgos Básicos	14
B) Factores en la Promulgación de la L.F.I.	17
C) Efectividad de la L.F.I.	25
D) Evaluación	29
III.—El Derecho y La Formación de Capital en Sociedades Comerciales	31
A) Introducción	31
B) La Redacción de los Artículos del Código	31
C) Los Objetivos de los Codificadores	32
D) Demandas, Aspiraciones, Expectativas y Propensiones	34
E) El Comportamiento del Derecho de las Sociedades Comerciales	37
F) La Sociedad Anónima Costarricense	39
1.—Propiedad y Control	39
2.—Tributación y Formación de Capital	40
3.—Dirección, Derechos de Minorías y Formación de Capital	43
4.—Intermediarios y Formación de Capital	45
5.—La Suscripción Pública de Acciones	46
G) Evaluación	48

IV.—El Crédito al Consumidor y El Derecho	49
A) Introducción	49
B) El Asalariado como Usuario de Crédito	49
1.—Descripción	49
2.—Conclusiones	55
C) Regulación del Crédito. Sus Objetivos y Rasgos Básicos	56
D) Fuentes de Crédito al Consumidor	59
1.—Casas de Préstamo o Empeño, Oficiales y Privadas	59
2.—Prestamistas	62
3.—Pulperías	63
4.—Ventas al Por Menor a Plazos	64
5.—Bancos, Cooperativas y Compañías Financieras	66
E) El Comportamiento de Instituciones Jurídicas	69
1.—Introducción	69
2.—Dualismo Institucional	70
3.—Desplazamiento de Instituciones Oficiales	71
4.—Personalización de la Obligación	72
5.—Ejecución Postergada	74
F) Evaluación	75
G) Conclusiones	78
V.—Los Elementos de una Teoría del Derecho en el Desarrollo Económico	81
A) El Contexto Económico y el Prototipo de un "Hombre de Desarrollo Económico"	81
B) La Función Indispensable del Sistema Jurídico	86
C) Principios Económicos sobre la Efectividad Jurídica	89
1.—Escasez, Efectividad Jurídica y Simulación	89
2.—El Principio de Costo Marginal y la Escogencia Institucional	92

D) Estrategias Jurídicas del Desarrollo	93
1.—Escogencia entre Mecanismos Creadores del Derecho	96
2.—El Uso de la Codificación	97
3.—Derecho Consuetudinario y Características Nacionales	99
4.—La Enseñanza del Derecho:	
El Conceptualismo Escolástico y La Apertura al Cambio	101