

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 104 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 2004 - 240 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

(c) Colegio de Abogados.
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria).

ISSN

0034-7787

Esta revista se encuentra registrada en LATINDEX, Directorio de Publicaciones Seriadas Científicas de América Latina y El Caribe.

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Licda. Iliana Arce Umaña, Coordinadora de Enlace	Pro-secretaria
MBA José Iván Salas Leitón	Vocal I

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

104

SAN JOSE, COSTA RICA
2004
MAYO - AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2004

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidente:

Lic. Alejandro López McAdam

Secretaria:

Licda. Grettel Ortiz Alvarez

Prosecretaria:

Licda. Iliana Arce Umaña

Tesorera:

Licda. Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

MBA José Iván Salas Leitón

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárate

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Víctor Manuel Sánchez Corrales

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Jorge Badilla Pérez

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

La Junta Directiva del Colegio de Abogados 2004-2006 acogiendo inquietudes de nuestros agremiados con motivo de la renovación del Convenio de Colaboración suscrito entre el Colegio y la Universidad de Costa Rica, dispuso retomar un papel más participativo y equitativo en la Revista de Ciencias Jurídicas. De tal forma que los abogados y abogadas que deseen participar con la publicación de artículos, pueden dirigirlos directamente al Colegio de Abogados, quien los hará llegar al Consejo Editorial. Y éste después del análisis correspondiente decidirá sobre la procedencia de su publicación.

Por parte del Colegio, se integró una Comisión de Enlace, para el manejo del Convenio integrada por: el Lic. Gilberto Corella, Presidente, la Licda. Iliana Arce Umaña, Prosecretaria y el MBA Iván Salas Leitón, Vocal. Quienes a la vez integrarán el Consejo Editorial junto con el Dr. Rafael González Vallar, Decano de la Facultad y los Profesores designados por éste. Y el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez continuará como Director-Editor.

Como Coordinadora de Enlace con la Revista de Ciencias Jurídicas durante el 2004, fungirá la Licenciada Iliana Arce. Para el año 2005 el Coordinador de Enlace con la Revista será el MBA Iván Salas.

El objetivo de esta Comisión es fortalecer la revista, con una amplia participación de distinguidos y distinguidas Colegas que aporten investigaciones en las distintas ramas del Derecho y una mayor divulgación de la misma.

Para ello pretendemos tomar en cuenta la basta experiencia que se ha tenido a lo largo de los años, con la Revista, unida a una mayor participación de nuestros y nuestras agremiadas.

Ofreciéndoles desde ya el acceso de esta Revista a través del sitio www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

Licda. Iliana Arce Umaña
Prosecretaria

MBA Iván Salas Leitón
Vocal

PROEMIO

En este número se editan investigaciones en los campos del Derecho agrario, laboral, comercial, educativo, penal, público, administrativo, civil.

Asimismo, se editan las reseñas de libros jurídicos recién publicados en nuestro mercado.

También, se informa que esta revista se puede consultar en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica www.ijj.derecho.ucr.ac.cr a partir del número 103 del 2004.

El director - editor

**CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS DIFERENCIAS
ENTRE EL RECURSO DE CASACION CIVIL
Y EL RECURSO ANTE LA SALA DE CASACIÓN
EN MATERIA AGRARIA**

Licdo. Carlos Adolfo Picado Vargas^()*
Abogado costarricense

(*) Especialista en Derecho Agrario por el Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica. Licenciado en Derecho en dicho centro de enseñanza superior. Profesor Universitario. Ex-Defensor Público Agrario y actualmente funge como Juez Agrario y Civil de Cartago.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Diferencias del Recurso de Casación en sede civil y agraria.
3. El abogado debe identificar y comprender la naturaleza jurídica del Recurso de Casación Agraria. La informalidad no significa desorden.
4. El litigante debe saber *atacar al corazón* de la sentencia recurrida: la *ratio decidendi* y el *códice dicta*. Plantear violación a la ley con un adecuado criterio sistémico y unitario de interpretación.
5. El recurrente debe dominar la correlatividad entre los hechos, los medios probatorios, los fundamentos de Derecho y las pretensiones. La importancia de una concepción holística del proceso.
6. Debe asimilar el papel de la jurisprudencia agraria y el sistema de las fuentes formales del Derecho. El arma reservada para la última batalla.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los diversos medios de impugnación revisten, sin lugar a dudas, de una innegable trascendencia en cuanto sirven como garantía a los sujetos procesales respecto de las sentencias que les resultan contrarias a sus intereses y derechos como un auténtico derecho de defensa en juicio, en virtud de los principios constitucionales del debido proceso y el contradictorio del artículo 39 de nuestra Constitución Política.

No obstante lo anterior, la importancia de los medios de impugnación adquiere mayores dimensiones cuando se trata del papel que dentro de la administración de justicia juega el recurso de casación en lo que al mantenimiento de la legalidad y la justicia se refiere. El concepto “*casación*” proviene del término en latín “*cassatio-omnis*”, una derivación del verbo “*cassare*” que significa *anular* o *invalidar*. Jurídica y procesalmente *casar* es la acción de anular proveniente de la esfera de competencia de un órgano superior respecto de la decisión de un órgano de inferior rango o jerarquía, a efecto de preservar la observancia de la norma sustantiva y a la vez propiciar la unificación de la jurisprudencia para garantizar la recta interpretación del Derecho.⁽¹⁾

Sin embargo, en atención con el objeto y principios propios de cada materia jurisdiccional, no se puede hablar de un solo recurso de casación, sino de modalidades del acto de “casar” sentencias. Las diferencias entre el recurso de casación civil y su homólogo agrario no sólo son a nivel doctrinario, sino también se observan en aspectos prácticos que deben ser contemplados tanto por los recurrentes, como los magistrados de la Sala respectiva, sino incluso por los jueces de primera y segunda instancia a la hora de dictar sus sentencias. El recurso de casación agrario tiene su origen en el civil, como una especie del género. El presente ensayo recoge y paraleliza las diferencias de ambos en cuanto a su naturaleza jurídica, su finalidad y sus requisitos de admisibilidad con aspectos prácticos que deben ser tomados en cuenta por los recurrentes.

(1) LIEBLE (Stefan). *Proceso Civil Alemán*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p.p. 408-409.

2. DIFERENCIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN SEDE CIVIL Y AGRARIA

En atención a su naturaleza jurídica el recurso de casación civil es considerado un medio extraordinario de impugnación por autonomasia, al fundarse en motivos expresamente definidos por el ordenamiento jurídico y por ser selectivo, ya que es destinado a un número limitado de sentencias.

Con respecto a los recursos en otras sedes, como la penal, la laboral o la agraria, el recurso de casación civil, de acuerdo a su naturaleza jurídica, debe ser “calificado de extraordinario porque, en relación con los demás, sólo se autoriza por motivos preestablecidos, que constituyen un *numerus clausus*, que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretaciones analógicas...”⁽²⁾

Atendiendo el carácter extraordinario de la casación civil, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que las características diferenciadores⁽³⁾ del mismo radica en lo restrictivo de su interposición en cuanto a causales taxativas legales de donde deriva su carácter de recurso *vertical* y en *grado supremo*, lo que hace del recurso altamente formal y técnico. Por ello, debe afirmarse que es un recurso admitido *en relación*, lo que implica que el órgano competente conocerá sustancialmente de los alegatos principales del recurrente, quedando vedado para la Sala el pronunciamiento sobre extremos no expuestos por el casacionista. Esto es por aplicación al principio dispositivo: las partes “demarcan la cancha” donde los jueces van a resolver el caso puesto a su conocimiento.

(2) DE LA PLAZA (Manuel). *La Casación Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 35.

(3) “Dada la formulación del recurso, precisa recordar las características atingentes al Recurso de Casación. En primer lugar, cabe reparar en su calidad extraordinaria. Sea que, a diferencia de los recursos ordinarios, en los cuales basta la mera disconformidad de la parte para su interposición, el de Casación establece causales específicas, con arreglo a las cuales debe ser ejercido como recurso, se concede sólo respecto de ciertas resoluciones definitivas dictadas en juicios de trascendencia”. *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto número 62 de las 15:50 horas del 31 de mayo 1993.

Un aspecto básico en que se diferencian el recurso de casación civil y el agrario es que en el segundo, a diferencia del primero, no está obligado a señalar si los agravios corresponden a errores de hecho o de derecho,⁽⁴⁾ o si se trata de violación directa o indirecta de la ley. Radica también una clara diferencia, como se verá más adelante, en que la prueba se valora de manera distinta: bajo el sistema de la sana crítica racional en sede civil y libremente en materia agraria.

El litigante debe tener plena conciencia de ello a la hora no sólo de plantear de acudir a la sede de casación, sino también a la hora de apelar la sentencia en segunda instancia, ya que lo no solicitado tanto en Apelación como en Casación no podrá ser tomado en cuenta de oficio ni por el Tribunal Superior ni por la Sala, aún cuando se trate de extremos o nulidades procesales evidentes.

3. EL ABOGADO DEBE IDENTIFICAR Y COMPRENDER LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE CASACIÓN AGRARIA. LA INFORMALIDAD NO SIGNIFICA DESORDEN

El Recurso ante la Sala de Casación en materia agraria ha sido objeto de un replanteamiento por parte de la misma Sala, ya que inicialmente fue formulado como una “*tercera instancia rogada*”, es decir, como un recurso ordinario concedido a las partes como un medio de impugnación contra las sentencias de primera y/o segunda instancia que resultaren contrarias o desfavorables a sus intereses.

En un segundo momento, se determinó orientar su interpretación redimensionando el recurso en sede agraria como un recurso específico derivado del genérico civil con ciertas particularidades que le otorgan el carácter de especialidad a la materia agraria sustantiva y adjetiva.

(4) “V.- De este modo los errores de hecho y de derecho y particularmente estos últimos, tal y como se conciben en la casación civil, no se avienen con dichas potestades, porque en materia agraria impera el principio de la apreciación en conciencia de la prueba, que esta Sala ha interpretado como de libre valoración, lo que significa que el juez no está sujeto a criterios preestablecidos y que puede hacer la ponderación del acervo probatorio con gran amplitud, sin otro límite que actuar respetando principios de equidad y derecho”. *Sala Primera*, Voto No. 9 de las 15:00 hrs del 29 de enero de 1997.

Conviene ahondar en ambos postulados para un mejor análisis de la figura en estudio. Originalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional coincidían en asignar el carácter de no extraordinario al recurso de casación en materia laboral y agraria en atención a su naturaleza jurídica como *un recurso para ante la Sala de Casación*.⁽⁵⁾

He aquí un aspecto práctico que no debe ser inobservado por ningún abogado litigante: el sujeto procesal que recurra a esta vía debe entablar su recurso con la precisión y claridad suficiente en sus alegatos y argumentos atacando sistemática y pormenorizadamente cada uno de los fundamentos cuestionados de las sentencias recurridas. A pesar de las características inherentes del Derecho Procesal Agrario, en cuanto a informalidad y la carencia de solemnidades, las mismas no significan una justificación o dádiva a la mala técnica y a la inadecuada estrategia procesal de una de las partes.

Dentro de esta teoría, se contempló una serie de *formalidades mínimas*, ya que en un primer estadio de evolución, la Sala Primera pretendió garantizar a las partes el acceso a la revisión de la sentencia de segunda instancia en materia agraria, a efectos de analizar los argumentos de la parte recurrente, se consiguiera plasmar el principio de celeridad procesal logrando la anulación de los efectos jurídicos de la sentencia casada y se proceda a dictar un nuevo juicio decisorio definitivo.⁽⁶⁾

Para este sector de opinión, el término informalidad ha sido desnaturalizado de su intención original. Esto por cuanto es común observar un buen número de recursos de casación en sede agraria planteados como si se tratara de recursos de apelación, cuando son *totalmente diferentes*.⁽⁷⁾ Se confunde informalidad con desorden.⁽⁸⁾

(5) “Trátese de un recurso donde no operan formalidades técnicas especiales, pues no resulta necesario calificar en forma precisa la naturaleza del error encontrado en la sentencia recurrida, e incluso no es necesario cumplir con la tradicional exigencia de señalar la norma infringida y la forma como ello ha ocurrido”. ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *Derecho Agrario Jurisprudencial*, San José, ILANUD, 1990, p. 15.

(6) RODRÍGUEZ BRUNETT (Olman). *El recurso de Casación Agraria: análisis crítico de su regulación en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Agraria y Ambiental*. Trabajo para la cátedra de Derecho Procesal Agrario en el Postgrado de Derecho Agrario y Ambiental, 1997, trabajo inédito, p. 7.

(7) “Fue calificado como tercera instancia rogada, primero por la doctrina y la jurisprudencia, más tarde por la legislación, porque no precisa de

No debe incurrirse en el error de plantearlo como apelación. Es mucho más técnico. Observa violaciones a la ley sustantiva, no adjetiva; y aún así muchos recursos son rechazados *ad-portas* porque atacan asuntos de forma; ejercitables en la apelación de la sentencia de primera instancia, únicamente. Tal situación⁽⁹⁾ motivó a la Sala Primera a plantear una redimensión de la naturaleza jurídica del Recurso de Casación en materia agraria, incorporando una visión de especie a la casación agraria en relación con el genérico en sede civil, pero incorporándole ciertas *particularidades*.

Se rectificó en cuanto al verdadero sentido del recurso, en cuanto a que se resuelve en función de la recta aplicación del Derecho sustantivo. Además se estableció que su destino sería reducido a algunas resoluciones y sentencias, de acuerdo con la ley, de acuerdo con el principio procesal de taxatividad impugnaticia. Por ello, no juzga casos, sino revisa sentencias de modo que se garantice que estén acordes con el ordenamiento jurídico. Se encarga del derecho objetivo, no subjetivo.

Esto no quiere decir que no es a favor de la parte, sino que su preocupación radica en que se aplique correctamente la ley. Recuérdese que sólo el que interpreta bien puede aplicar adecuadamente el

motivos o causales legalmente predeterminadas para poder plantearlo. Pero ello no la vincula con el recurso de apelación. Son totalmente diferentes”. *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto número 129 de las 14:10 horas del 26 de marzo de 1999.

- (8) “Esto lógicamente ocasionó que los abogados y las partes se aprovecharan de tal circunstancia, para presentar recursos muy mal planteados, sin criterios suficientes (...) Es decir, se trató de pasar de un recurso “en relación” a los agravios planteados, a un recurso “admitido libremente”. ULATE CHACÓN, (Enrique). *Jurisprudencia de Derecho Agrario y Ambiental*, San José, Editorial USJ, 1995, p. 500.
- (9) “Se ha superado la vieja tesis de concebir el Recurso de Apelación, como un recurso admitido libremente, donde no se expresaba ningún agravio, para exigirle a las partes litigantes fundamentar y explicar las razones de hecho y de derecho en la cual fundamentan sus reproches contra la sentencia. Se ha planteado el tema del Recurso de Casación como un Recurso Extraordinario, superando la vieja tesis de concebir como una Tercera Instancia Rogada”. BOLAÑOS CÉSPEDES (Carlos). *Conclusiones Generales*, en *Derecho Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz. Memorias del Tercer Congreso de Derecho Agrario*. San José, Editorial Guayaacán, 2000, p. 403.

Derecho. Indudablemente, la parte sale beneficiada de toda esta concepción, pues se le garantiza la justicia.⁽¹⁰⁾ También se presenta en esta moderna concepción del recurso el respeto al principio dispositivo de las partes, ya que los magistrados sólo pueden ocuparse de los agravios que expresamente alegan los recurrentes. Por ello se trata de un recurso en *relación*.

4. EL LITIGANTE DEBE SABER ATACAR AL CORAZÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA: LA RATIO DECIDENDI Y EL CÓDICE DICTA. PLANTEAR VIOLACIÓN A LA LEY CON UN ADECUADO CRITERIO SISTÉMICO Y UNITARIO DE INTERPRETACIÓN

En equilibrio del principio dispositivo se presenta su homólogo de la libre valoración de la prueba, como manifestación de los poderes-deberes⁽¹¹⁾ procesales que el ordenamiento jurídico –específicamente los artículos 54 y 61 de la Ley de la Jurisdicción Agraria– le otorgan a los jueces que conocen de la materia; como negación al sistema de prueba tarifada o legal; propia de los procesos inquisitivos propios de la Edad Media. Su único límite radica en que deben señalar los principios de equidad y derecho en que basan sus apreciaciones.

Se encuentra otro aspecto práctico usualmente ignorado por los recurrentes: debe tomarse en cuenta el hecho de que la prueba será libremente valorada⁽¹²⁾ por la Sala; por lo que si se reprocha en el recurso que los jueces de primera o segunda instancia apreciaron

(10) Al respecto, véase: ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *La modernización de la Casación*. Conferencia presentada dentro de la Reunión de Cortes de Costa Rica y Panamá, celebrada el 25 y 26 de agosto de 1994.

(11) Se puede definir como el poder-deber de valoración de la prueba “a aquel medio que la ley confía exclusivamente al juez con el fin de que éste imprima a los distintos medios de prueba una apreciación y valoración dirigidas a lograr una sentencia justa y lo más apegado a la verdad real”. LESSONA (Carlos). *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid, Editores Reus S.A., 1982, p. 67.

(12) “La Ley de Jurisdicción Agraria, tanto en su artículo 54, para los jueces de instancia, como en el 61, para los jueces de casación, autoriza a valorar el elemento probatorio sin sujeción estricta a las normas de derecho común. En este caso el Juez deberá expresar los principios de equidad o de derecho sobre el cual funde su criterio. *Se trata del sistema de la libre*

erróneamente la misma, debe atacarse su apreciación tomando en cuenta la prueba en su totalidad y no en detalles que, por sí solos, no resultan relevantes. ¿Por qué en su totalidad?... Simplemente porque tanto la verdad real⁽¹³⁾ y la aplicación del ordenamiento jurídico son uno solo. El juez al resolver un caso llega a una conclusión principal, conformada de muchas coincidencias que le arroja el material probatorio, a la que ha llegado a través de una relación de certeza.

Con la interpretación y aplicación –correlativos y conforman un mismo proceso mental– del ordenamiento jurídico en el caso concreto resulta semejante: por su carácter sistémico y los principios de no contradicción y de plenitud hermenéutica y de legalidad, el juzgador concretiza su criterio por medio de una serie de fundamentaciones jurídicas coherentes e integradoras.

Por ello, un buen recurrente debe atacar no sólo técnica y ordenadamente la sentencia desfavorable, sino también en forma clara y precisa saber *disparar al corazón de la resolución recurrida*, de modo tal que esa coherencia y sistematicidad deseada el fallo impugnado no lo ha contemplado. Para ello, hay que distinguir entre los considerandos de una sentencia lo que es propiamente la *ratio decidendi*, que es esa regla jurídica, de lo que se llama *código dicta* de la sentencia. El no hacer este ejercicio equivale a la cultura del “copy-paiste” donde se cita jurisprudencia sin ton ni son, sin evaluar la similitud fáctica ni mucho menos la *ratio decidendi* o la regla jurídica.

valoración y no el de la valoración a conciencia pues esta última es típica de los juzgadores no juristas. Esto significa un rompimiento con el proceso típico del principio dispositivo. En la casación agraria el Juez tiene amplios poderes para valorar y apreciar la prueba. El error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba son típicos del recurso de casación civil. En agrario ellos pueden ser igualmente acusados, sin necesidad de citar ni las normas de prueba ni las de fondo violadas, pero con el límite de la libre valoración de la prueba por parte del juez”. *Sala Primera*, Voto No. 4 de las 14:40 hrs del 17 de enero de 1997. Voto N° 59 de las 14:15 hrs del 18 de julio de 1997. Voto N° 75 de las 15:15 hrs del 20 de agosto de 1997. Voto N° 30 de las 14:40 hrs del 13 de marzo de 1996.

- (13) “...apreciando la prueba en conciencia, de conformidad con lo que establece el artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria y basándose en el principio de verdad real, se puede llegar a la conclusión de que efectivamente... del principio de verdad real, debe invocarse, en sustento de la apreciación en conciencia de la prueba...”. *Sala Primera*, Voto No. 58 de las 14:40 hrs del 27 de agosto de 1993.

El litigante debe dejar de lado su formación exegética. Es común observar la poca aplicación de los principios jurídicos en los casos concretos. El común de los operadores del Derecho creen que éste determina la realidad y no a la inversa. Si bien debe plantearse un caso encuadrándolo con las premisas establecidas en la ley, la fundamentación de un recurso de casación debe también interpelar no sólo a la letra de la ley, sino ésta de acuerdo con la realidad, los valores (elementos materiales) contenidas en las normas (elemento formal) en que se basan los reproches a la Sala. El recurso de casación no se puede concebir fuera de esta óptica.⁽¹⁴⁾

5. EL RECURRENTE DEBE DOMINAR LA CORRELATIVIDAD ENTRE LOS HECHOS, LOS MEDIOS PROBATORIOS, LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO Y LAS PRETENSIONES. LA IMPORTANCIA DE UNA CONCEPCIÓN HOLÍSTICA DEL PROCESO

Debe evitarse errores comunes como plantear un gran número de agravios cuando a lo sumo son cuatro o cinco multiplicados en una veintena con diferentes palabras. Asimismo, el atacar la sentencia a través de detalles superfluos en los medios de prueba, cosas que no van a determinar el meollo de la litis. Es imprescindible conocer, dominar, comprender y aplicar toda la teoría de los distintos medios de prueba.

Otro error frecuente radica en que el litigante valora la prueba⁽¹⁵⁾ de la forma tradicional del sistema de prueba tasada,⁽¹⁶⁾ y no toma en

(14) “No es posible el análisis de un instituto jurídico sin entender con claridad cuáles son las circunstancias histórico-sociales respecto de las cuales dicho instituto está llamado a constituirse en una respuesta normativa. En una palabra, cuál es la fuente material del instituto, que incluye tanto las circunstancias del hecho, cuanto las valoraciones políticas que hay detrás de éstas y que se manifiestan en una normativa jurídica determinada”. TORREALBA NAVAS (Adrián). *Consideraciones en torno a las particularidades del Recurso de Casación en materia agraria*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, número 64, setiembre-diciembre, Colegio de Abogados, 1989, p. 97.

(15) “En cuanto a los reparos que se aducen respecto de la prueba testimonial, no lleva la razón la recurrente, por cuanto no incurre en error alguno el Tribunal cuando concede mayor valor a unos elementos probatorios que a otros, si todos son de la misma naturaleza, puesto que tal proceder es el resultado del libre ejercicio de una facultad discrecional que la ley

cuenta la libre apreciación del juez. Es mejor, en buena técnica procesal, observar en forma objetiva los resultados de las pruebas y en forma lógica concluir cuáles medios de prueba son más convincentes y certeros. Una vez hecho este análisis, debe planificarse los puntos débiles de los medios de prueba que más influyeron en el juez para atacarlos en forma sistemática no sólo con el resto de las pruebas, sino con los hechos tenidos por probados, los fundamentos de Derecho de la sentencia y la aplicación de éstos con las pretensiones acogidas.

Implica también un conocimiento holístico de lo que representa y es un proceso. El litigante debe ser consciente a la hora de entablar una demanda de que el proceso a iniciar es un conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.⁽¹⁷⁾

El proceso jurisdiccional consiste en una consecución lógica de actos, los cuales son llamados procedimientos, que la ley ha establecido

concede para apreciarlos, de conformidad con la sana crítica (artículo 330 del Código Procesal Civil). En todo caso, en materia agraria las pruebas se aprecian en conciencia y sin sujeción estricta a las normas del derecho común, tal cual lo dispone el párrafo segundo del artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria, y en los fallos de instancia, en el caso se expresaron los principios en los cuales basaron su criterio para acoger los testimonios de los declarantes presentados por la parte demandada y desechar los presentados por la parte actora”. *Sala Primera*, Voto N° 27 de las 15:05 hrs del 22 de febrero de 1995.

(16) “Es aquel en el que la ley establece cuáles son los medios de prueba que deben ser admitidos, su grado de eficacia y el valor que se les debe otorgar. Es decir, el legislador razona antes que el juez y le da su razonamiento servido como imposición legal para que el juez se limite a comprobar en el caso, si las pruebas rendidas contienen los recaudos que el legislador ha impuesto como suficientes para tener por acreditados los hechos”. PICADO VARGAS (Carlos Adolfo) y otra. *Delimitación y naturaleza jurídica de los poderes-deberes procesales del juez agrario*. San José, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999, p. 270.

(17) COUTURE, (Eduardo J.) *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, p. 450.

como el mejor método para dirimir los conflictos jurídicos de los administrados. Básicamente es “una serie de actos, realizados por varios sujetos, unificada –estructural y funcionalmente- por la unicidad del fin que la ley atribuye al conjunto de los actos mismos y precisamente la actuación, en concreto, de una cierta forma de tutela jurisdiccional”.⁽¹⁸⁾

El abogado debe saber que si plantea mal la demanda, no utiliza correctamente los medios de prueba, o no apela en forma técnica la sentencia desfavorable, es casi imposible ganar el litigio en casación. “*Lo que empieza mal termina mal*”, dice el refrán popular; y el proceso, con la consecución lógica de actos que es, debe plantearse de modo que cada procedimiento⁽¹⁹⁾ cumpla con una debida planificación y estrategia procesal y que la conexión de cada uno otorgue al juzgador la certeza de que nuestros planteamientos están amparados por el Derecho.

6. DEBE ASIMILAR EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA AGRARIA Y EL SISTEMA DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO. EL ARMA RESERVADA PARA LA ÚLTIMA BATALLA

Resulta inquietante que pocos recurrentes utilizan los reiterados criterios de la Sala Primera en materia agraria a la hora de fundamentar sus recursos. Máxime que es un derecho de pocas normas y de una alta evolución jurisprudencial. Aunque exista el principio de libre valoración de la prueba, es obligación del juez darle solución al caso encomendado a través de la función integradora que le imponen los límites procesales de sus poderes-deberes jurisdiccionales (poder-fin) y procesales (poder-medio).

Estos límites son la Constitución Política, la ley ordinaria, el control de constitucionalidad a través de las resoluciones de la Sala Constitucional. Se le agregan además la jurisprudencia en materia agraria de la Sala Priemra y los principios generales del Derecho, pues, ante ausencia de normas agrarias al respecto, dichas fuentes tendrán rango de ley. El respeto a los principios generales es defendido por el

(18) MICHELI, (Gian Antonio). *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1970, p. 6.

(19) “Los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso”. Véase: COUTURE, (Eduardo J.) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 101.

tratadista COUTURE, quien al respecto afirma que “el caso concreto no previsto en la ley procesal, debe resolverse en función de los principios inherentes a todo el sistema...”⁽²⁰⁾

Asimismo, el juez agrario debe observar por lo establecido no sólo en la jurisprudencia constitucional, sino también en la emanada por la Sala Primera, pues “la revisión por parte de esta Sala de los asuntos propios del Derecho Agrario tienen fundamento en las soluciones previstas a nivel constitucional y legal... con respecto de una serie de resoluciones previamente determinadas, para recibir otro examen y el pronunciamiento de una nueva decisión.”⁽²¹⁾

Por ello, y a la luz del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisprudencia emanada por dicha Sala resulta vinculante a los órganos de menor rango dentro de la Jurisdicción Agraria. Es importantísimo en una materia con pocas leyes sustantivas. No es concebible, a la luz del artículo en cuestión, que criterios emanados por la Sala sean inobservados y pasados por alto, ya sea por el juez ordinario, como por el Tribunal, si la ley impone la interpretación de dicho órgano jurisdiccional.

El Recurso de Casación busca la recta interpretación del Derecho. Una disparidad de criterios emanados en las distintas instancias agraria produciría un agravio a la seguridad jurídica de los administrados y a la función misma de esa fuente material de Derecho. Sin negar la importancia de la labor creativa del juez ante ausencia de norma agraria, sí debe existir un respeto al ordenamiento jurídico en general, que es el objetivo que busca el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Estos argumentos deben ser tomados en cuenta a la hora de fundamentar el recurso. Recordemos que la Sala no juzga casos, sino sentencias. El recurso debe plantearse no sólo en función del interés procesal particular de la parte, sino también debe sustentarse en la correcta interpretación de la ley. La jurisprudencia de la Sala en materia agraria es un gran arma que pocos se preocupan por dominar. Es un arma valiosa que se debe reservar para la última batalla, no antes.

(20) COUTURE, (Eduardo J.) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, p. 59.

(21) *Sala Primera*, Voto No. 223 de las 15:30 hrs del 6 de julio de 1990.

7. CONCLUSIONES

El gran número de recursos mal planteados o rechazados debido a la desvirtualización del principio de informalidad en el recurso de casación agraria provocó que el mismo pasara de ser una tercera instancia rogada o recurso ordinario a uno en relación y extraordinario. Sin embargo, la falta de tecnicismo de muchos litigantes no ha podido ser solucionado por el cambio en la naturaleza jurídica del recurso. Más que un problema del instituto de casación en sí, es un problema de *cultura jurídica*, ya que en el gremio se encuentra el tabú de que acceder a la Casación es cuestión de unos pocos privilegiados. Lo sorprendente es que no sólo en materia agraria se viven estos problemas, en la casación civil tal vez con mayor dramatismo, pues los requisitos formales son mayores.

Es preciso que los recurrentes adopten una nueva mentalidad a la hora de interponer recursos de esta categoría. Dominar aspectos técnicos que todo estrategia procesal no puede descuidar: orden y precisión a la hora de enunciar los agravios, saber (aunque no se le exija) el tipo de reproche que se invoca, saber analizar la sentencia –reconocer la *ratio decidendi* del *código dicta*–, el papel que la jurisprudencia que emana la Sala juega en la resolución de los recursos en un derecho de pocas normas y dejar la exégesis como dogma hermenéutico.

Esto no es posible si el litigante no asimila la noción de lo que es un proceso jurisdiccional, como una consecución lógica de actos interdependientes que busca un fallo que contenga una solución del caso concreto en apego con el ordenamiento jurídico. Sólo así, quizás se deje el temor y el recelo de la mayoría de los operadores del derecho hacia el recurso de casación y al litigio en general.

RELACIONES ENTRE LO INDIVIDUAL, LO COLECTIVO Y LA SEGURIDAD SOCIAL^(*)

Dr. Bernardo van der Laat Echeverría^()*
Abogado costarricense

(*) Vº Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima, Perú, setiembre 16-19 del 2001.

(**) Magistrado (Ministro) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Catedrático de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Vice-presidente Segundo de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; Miembro de Número de la Academia Costarricense de Derecho; Representante ante el Comité Ejecutivo y Exvicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1986-1989).

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El trabajo típico tradicional.
3. El trabajo en la actualidad y su entorno.
4. Modificaciones al interno de la empresa:
 - a) La reingeniería,
 - b) La calidad total,
 - c) El trabajo en grupo.
5. Impacto en lo individual: Reestructuración de la empresa.
 - a) Modificación de funciones,
 - b) Reducción de tamaño,
 - c) Necesidad de un trabajador más capacitado,
 - d) En el tiempo de trabajo,
 - e) La política retributiva.
6. Impacto en lo colectivo:
 - a) De la reducción del número de trabajadores,
 - b) Del tiempo de trabajo,
 - c) En la negociación colectiva,
 - d) En el ejercicio de la huelga,
 - e) En el cambio de la estrategia y de la acción sindical.
 1. Lucha contra el desempleo,
 2. En el ámbito de las relaciones entre comercio internacional y los derechos laborales,
 3. Diálogo social,
 4. Ampliación de su radio de acción: conversión a movimiento de mayor alcance social,
 5. Oferta de nuevos servicios.
7. Impacto en la Seguridad Social:
 - a) Merma en las cotizaciones,
 - b) Aumento en las prestaciones por desempleo,
 - c) Incremento de la siniestralidad,
 - d) Problemas derivados de la globalización,
 - e) En relación con el surgimiento de nuevos sistemas.
8. El Teletrabajo: un ejemplo emblemático.
 - a) Aspectos que influyen en la remuneración en el teletrabajo,
 - b) Jornada laboral,
 - c) Retos para la acción sindical,
 - d) Transformación del lugar de trabajo,
 - e) Los controles que se ejercen sobre el trabajador,
 - f) Efectos sobre la salud y los riesgos del trabajo,
9. La incorporación de la mujer al mundo del trabajo.
10. Comentarios sobre lo patológico.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo propuesto por los organizadores, nos corresponde analizar el tema de: “Las relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social”, desde una perspectiva triangular.

Por acuerdo entre los expositores y el Presidente de esta sesión, Dr. Aparicio Váldez, se convino que cada participante, partiera de uno de los aspectos referidos, de tal manera que, evitáramos, en lo posible, las repeticiones. A mí me correspondió iniciar el análisis desde la perspectiva de lo individual.

El tratamiento en la doctrina, de los temas a que se refiere este estudio como punto de partida, parte de un supuesto; la empresa grande, que no es la situación, en muchos países de la región en que predomina las pequeñas y medianas empresas (las pymes). Ellas también, sin duda, se ven afectadas por los fenómenos a que se hará referencia pero de una manera menos marcada.

Probablemente podría haber resultado más rico el trabajo, realizando un estudio amplio de legislación y especialmente, de la práctica, en cada uno de los países del continente. Las dificultades propias de tal labor, en función del acceso a las fuentes fidedignas y el factor tiempo, limitan este estudio a posibles ejemplos ilustrativos de las relaciones y consecuencias, de lo individual, lo colectivo y la seguridad social, tomados de la doctrina.

En el encargo de los organizadores venía implícita otra referencia: la profundización de las relaciones dichas a partir de los cambios sufridos por el derecho del trabajo y los mercados laborales. Por ello el punto de partida será el del trabajo típico tradicional para ver luego los cambios que han ocurrido y cómo han impactado lo individual y a su vez la trascendencia para lo colectivo y la seguridad social.

La dinámica propia del mundo actual, en el ámbito de la organización empresarial, hace difícil sino imposible, una visión integral de todas las nuevas formas de organizar el trabajo en la empresa, o en su caso de descentralizarlo; por ello la visión que se da, no es más que a título indicativo o ejemplarizante, de los sucesos que impactan el mundo del trabajo, y su trascendencia en lo individual, lo colectivo y la seguridad social.

2. EL TRABAJO TÍPICO TRADICIONAL

Durante buena parte del siglo pasado, el llamado “modelo fordista-taylorista”, inspiró la organización del trabajo. En él era preciso que las actividades productivas de los individuos, llegaran a ser rigurosamente idénticas, sus prestaciones intercambiables, medidas con los mismos parámetros y sus rendimientos comparables; todo debería ser estandarizado, las máquinas, los productos y los trabajadores; para que todos los productos fueran idénticos, tenía que seguirse los mismos procedimientos, utilizar la misma maquinaria. Esto generaba una homogenización productiva, que tenía como consecuencia la destrucción de los oficios, la pérdida de la cultura obrera y el orgullo del trabajo.⁽¹⁾

El trabajador típico tradicional, era un trabajador urbano, del sector privado, con un contrato de duración indeterminada, de tiempo completo, al servicio de un único empleador, y prestando sus servicios en el domicilio de la empresa.⁽²⁾

Además devengaba un salario fijo, tenía la expectativa de una carrera funcional en la empresa. Podía afiliarse a un sindicato, disfrutar de un convenio colectivo que mejoraba los derechos y beneficios mínimos, podía ejercer el derecho de huelga en unión de otros trabajadores y tenía la protección de la seguridad social, expresión de la solidaridad de los trabajadores de diversas generaciones.⁽³⁾

El “modelo fordista-taylorista” de producción, es sustituido por el llamado “modelo toyotista”, que es un concepto de producción

(1) MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la Sociedad salarial y reparto del trabajo*. Biblioteca Comades de Ciencias Jurídicas. Granada, 1999, pág. 125; ZAPIRAN, Héctor. *La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo* en “Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el derecho del trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2000, pág. 446.

(2) MORIN, Fernand. *El futuro de la negociación colectiva y las nuevas normas de empleo*. Derecho Laboral No. 79, Montevideo, pág. 642.

(3) ROSEMBAUN RÍMOLO, Jorge. *Descentralización empresarial y negociación colectiva* en “Cuarenta y dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo”. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2000, pág. 493.

racionalizada, sea la combinación de las nuevas técnicas de gestión, con una maquinaria cada vez más sofisticada para producir más, empleando menores recursos y mano de obra. Como nos indica Medina, la producción racionalizada combina, las ventajas de la producción artesanal, productos personalizados, con los de la producción en masa, utilización de maquinaria evitando los elevados costos de aquella y la rigidez de ésta.⁽⁴⁾

3. EL TRABAJO EN LA ACTUALIDAD Y SU ENTORNO

Un conjunto de factores externos, explican los cambios en el mundo productivo, y son de diversa índole; cambios tecnológicos, la globalización de los intercambios comerciales, la competencia internacional, los procesos de integración económica, la propagación de pequeñas y medianas empresas, los cambios en el estilo de vida, ámbito social y preferencias personales y también los de naturaleza política; como la ampliación y robustecimiento del sistema democrático de gobierno.⁽⁵⁾

El mundo del trabajo, el mundo de las relaciones laborales, sufre en el último cuarto del siglo 20, a partir de la crisis del petróleo de 1973 lo que se ha calificado como una nueva revolución industrial en un entorno que se caracteriza por la desocupación y los grandes cambios tecnológicos.⁽⁶⁾

Esta revolución industrial conlleva importantes cambios culturales: los pilares del sistema de protección al trabajo que había sido construido a partir del fin del siglo 19 y buena parte del siglo 20, la solidaridad y la homogeneidad, son sustituidos por el individualismo y el culto por la diferencialidad.⁽⁷⁾

(4) MEDINA, *ob. cit.*, pág. 149.

(5) CÓRDOBA, Efrén. *El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral*, en "Evolución del Pensamiento ius-laboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1997, pág. 130. En sentido similar: ROSEMBAUN RÍMOLO, Jorge. *Descentralización empresarial y negociación colectiva*, *ob. cit.*, pág. 494.

(6) RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Editorial y Librería Jurídica Amacio Fernández, Montevideo, 2000, pág. 19.

(7) ASO DELGUE, *ob. cit.*, pág. 19.

El éxito individual como elemento ejemplarizante y objeto de admiración: el principio ético del individualismo es “hazlo tú mismo”, que trasladado al sistema de relaciones laborales significa que el individuo debe responsabilizarse de su trabajo y no vivir en dependencia o a expensas de los demás trabajadores o del Estado. El individualismo en materia laboral pregona menos seguridad y mayor responsabilidad, y sobre esa base invoca la legitimación de las políticas de flexibilización. Esta lógica encubre, sin embargo, una dura realidad: “el hombre fuerte triunfa, el débil sucumbe; el trabajador con alta profesionalidad logra el éxito, el descalificado y débil es marginado”.⁽⁸⁾ Veremos la importancia de lo anterior en función de las nuevas concepciones sobre el manejo de la empresa.

4. MODIFICACIONES AL INTERNO DE LA EMPRESA

La empresa, por los diferentes factores señalados ha debido cambiar su organización, recurriendo a diferentes tipos de cambios de modelo administrativo, estructuras más planas, eliminación de puestos ejecutivos de nivel intermedio y establecimiento de formas de relación no jerarquizadas, descentralización productiva, en sus diferentes modalidades o recolocación en otras organizaciones (outplace).⁽⁹⁾

La reingeniería, la búsqueda de la calidad total, el trabajo en grupo y otras técnicas administrativas, al ser implantadas en la empresa han provocado en ella toda una revolución en la forma en que el trabajo debe ser hecho; y conlleva un especial énfasis en el individualismo que impactará fuertemente las relaciones laborales y la seguridad social. Por ello, resulta necesario para una mejor comprensión de la génesis de toda esa transformación, revisar, aunque sea brevemente, esos procesos.

a) La reingeniería

La implementación de la reforma en la empresa, forma parte de lo que se ha llamado, la reingeniería, o sea “Un nuevo modelo de

(8) RASO DELGUE, *ob. cit.*, pág. 22.

(9) ARIZA MONTES, José Antonio y VELASCO PORTERO, Teresa. *La reingeniería de procesos y sus consecuencias sobre el contrato de trabajo*, en “El empleador en el derecho del trabajo”. Coordinador Miguel C. Rodríguez Piñero-Royo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Editorial Tecnos, 1999, Madrid, pág. 150.

negocios y un conjunto correspondiente de técnicas que los ejecutivos y gerentes emplean para reinventar las compañías, a fin de competir en un mundo nuevo”.⁽¹⁰⁾

La reingeniería conlleva una serie de importantes cambios en la empresa, en el plano laboral. Entre ellos se señalan los siguientes: varios oficios se combinan en uno solo; los trabajadores toman decisiones; los pasos del proceso se ejecutan según su orden natural; los procesos tienen múltiples versiones; el trabajo se debe realizar en el sitio razonable; se reducen las verificaciones y los controles; la conciliación se minimiza; prevalecen operaciones híbridas centralizadas, descentralizadas.⁽¹¹⁾

La implementación de la reingeniería hace necesaria una adaptación del trabajador a nuevos métodos, su trabajo será más complejo, debe asumir más responsabilidades, tomar más decisiones.⁽¹²⁾

b) La calidad total

La empresa debe, necesariamente, si quiere sobrevivir en el mundo actual, llegar a obtener niveles de eficiencia y competitividad suficientes para mantenerse en el mercado. Para ese propósito ha cambiado la filosofía y métodos gerenciales recurriendo a nuevas formas de producir y manejar la empresa.

Entre las corrientes gerenciales que se han aplicado y que como todas tienen un impacto en las relaciones laborales, está la de la “calidad total” que se ha definido como “el proceso permanente de mejoramiento del producto o de los servicios de una empresa, a los efectos de satisfacer totalmente las exigencias de sus clientes, buscando de esa manera, un mejoramiento de la competitividad, rentabilidad de la empresa”.⁽¹³⁾

(10) ARIZA MONTES, J. Antonio y VELASCO PORTERO, Teresa. *Ob. cit.*, pág. 151.

(11) ARIZA MONTES, J. Antonio y VELASCO PORTERO, Teresa. *Ob. cit.*, págs. 152-153.

(12) ARIZA MONTES, J. Antonio y VELASCO PORTERO, Teresa. *Ob. cit.*

(13) SEKIO, BLONDIN, FABI, BESSEYRE des Hors et CHEVALIER, citados por CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. *La calidad total como nueva forma de “Management” y sus efectos sobre las relaciones laborales*, en “Relasur”. Revista de Relaciones laborales en América Latina - Cono Sur, No. 3, Montevideo, 1994, pág. 96.

Entre los enunciados de este modelo está el de que “la colaboración de todos es indispensable y ella debe descansar sobre una profunda mutación de la gestión, la que deberá concebirse de una manera prioritariamente participativa.”⁽¹⁴⁾

Esto lleva a que el trabajador se implique más en la empresa y se pone énfasis en que su relación con ella sea de colaboración y no de enfrentamiento, se individualice la gestión del personal y se promueva una fuerte competencia entre los trabajadores para alcanzar la excelencia.⁽¹⁵⁾

Desde esta perspectiva colaborativa el conflicto de trabajo en la empresa aparece como algo patológico y disfuncional.⁽¹⁶⁾

c) Trabajo en grupo

Dentro de todos estos importantes cambios que está sufriendo la empresa, se revalora el trabajo en equipo.⁽¹⁷⁾

(14) *Ibidem*, pág. 97. Otros enunciados son los siguientes “La calidad es un problema de todas las funciones de la empresa, en todos sus niveles y con el objetivo de mejorar permanentemente la gestión de la empresa; la prevención y la medida de los costos de la no calidad resultan primordiales; el motor esencial de la empresa es el cliente, cuyas necesidades deben ser satisfechas prioritariamente; la empresa debe buscar el cero defecto”.

(15) CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. *La calidad total como nueva forma de “Management” (sus efectos sobre las relaciones laborales)*, ob. cit., págs. 109-110.

(16) *Ibid.*, pág. 110.

(17) ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Grupos semiautónomos; Organización del Trabajo y participación de los trabajadores en la empresa*, en “El empleador en el derecho del trabajo”. Coordinador Miguel Rodríguez Piñero Royo. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 278. Frente a esto el modelo taylorista, partía del supuesto de que la eficacia individual, cuando varias personas trabajan en equipo, desciende hasta situarse por debajo del obrero menos eficaz del equipo, sea que el trabajo en equipo incita al obrero a disminuir su actividad y no aumentarla.

Se señala entre las formas de trabajo en grupo las siguientes: los círculos de calidad, islas, grupos autónomos o semiautónomos de producción, equipos autónomos, módulos de producción, módulos de montaje, asociaciones económicas, grupos de proyecto, grupos de progreso, grupos de apoyo, grupo de empresa: como cuadrillas, interno, agrupaciones gremiales.⁽¹⁸⁾ La introducción de este tipo de grupos en la empresa tiene como consecuencia inmediata la colectivización de la producción, la existencia en incentivos globales para los componentes del grupo, la reducción del personal auxiliar (inspectores, manipuladores de materiales, etc.), la menor necesidad de supervisión del trabajo, y la reducción, y a veces la desaparición, de los mandos intermedios.⁽¹⁹⁾

5. IMPACTO EN LO INDIVIDUAL: REESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA

Los fenómenos que están afectando el modelo en que se desarrolla el trabajo, las nuevas concepciones sobre la estructura y funcionamiento de la empresa tienen, sin duda, gran impacto sobre el trabajo en el plano individual.

La empresa cambia: se limitará a realizar aquello en que es verdaderamente eficiente, lo que realizará conformando un núcleo duro en la empresa, con trabajadores más capacitados, capaces y acostumbrados al trabajo en equipo, en suma una situación que potencia la negociación individual de condiciones de trabajo, frente a la colectiva.

El resto del trabajo lo enviará a una instancia externa, –descentralizará su producción–, recurriendo para ello a una amplia gama de opciones reales, pero también en muchos casos fingidos, tales como la celebración de contratos mercantiles o civiles, el teletrabajo, la “filialización”, el “franchising”, el suministro de mano de obra temporal.

La descentralización productiva,⁽²⁰⁾ se caracteriza, en palabras de Martín Valverde por “la obtención de los objetivos productivos de una

(18) ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Op. cit.*, págs. 279-281.

(19) ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Op. cit.*, pág. 281.

(20) También denominada tercerización, descentralización empresarial, deslocalización productiva, externalización, subarriendo de mano de obra,

empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboración de externos”.⁽²¹⁾

Se produce una dualidad en el mercado de trabajo: un mundo de personal permanente que todavía puede aspirar a hacer su carrera en la empresa y otro, el personal periférico, al que se recurre en función de las necesidades fluctuantes de la empresa. Esta empresa moderna podría, en una situación límite, carecer de personal de producción propia, ser el centro de una red de relaciones comerciales que le une a diferentes agentes externos que producen.⁽²²⁾

Diferentes motivos inspiran la decisión de utilizar la tercerización: funciones difíciles de administrar o fuera de control; cuando no se cuenta con los recursos internos para afrontar una función o actividad específica; si se desea reducir o controlar los costos de operación; para implementar la disponibilidad de fondo de capital; para lograr un redireccionamiento de los recursos liberados, especialmente humanos, hacia actividades más importantes; para acelerar los beneficios de los cambios enfocados a mejorar el servicio.

A través del *outsourcing*, se puede conseguir o disminuir el costo de algunas operaciones y focalizar los recursos liberados en actividades de mayor importancia, todo lo cual, podría constituir ventaja competitiva para la organización.⁽²³⁾

intermediación laboral, descentralización productiva, subcontratación, outsourcing; vid. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *La descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Ediciones de cultura universitaria. Montevideo, 2000, pág. 12.

- (21) MARTÍN VALVERDE, Antonio. *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, en “Cuestiones actuales de derecho del trabajo”. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 225.
- (22) VERGE, Pierre, VALLEE, Guyline. *¿Un Droit du Travail? Essai sur la spécificité du droit du Travail*. Les Editions Yvon Blais Inc, Quebec, 1997, págs. 20-21.
- (23) DÍAZ-GARCÍA, Gustavo A. *Gestión de factor humano: Outsourcing ventaja competitivo o desventaja*, en “Acta Académica”. Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, No. 28, págs. 105-107.

También se señala, que la descentralización flexibiliza el uso de la fuerza de trabajo, debido a que al externalizar las labores no especializadas se elimina la aproximación salarial entre labores cualificadas y no cualificadas que usualmente se logra a través de la negociación colectiva.⁽²⁴⁾

La descentralización es un fenómeno de tal importancia que está llegando a ámbitos inimaginables. Así, informaba el diario español *El País*,⁽²⁵⁾ sobre la polémica contratación por parte del ejército de España de vigilantes privados para la vigilancia de la emblemática Academia General Militar de Zaragoza.

a) **Modificación de funciones**

La aplicación de la reingeniería en la empresa empleadora, produce una serie de consecuencias en el plano de las relaciones individuales laborales, tales como la movilidad funcional, y eventualmente aún la modificación sustancial de las condiciones de trabajo lo que puede llevar a la terminación del contrato de trabajo, sea porque el trabajador no logre adaptarse a ello o porque la importancia de los cambios impliquen un *ius variandi* abusivo.⁽²⁶⁾

Cuando con los cambios en la empresa se busca un incremento de la productividad y la eficiencia, esta replantea su modelo productivo analizando las funciones que se realizan, reagrupando varias de estas en una sola función (achatamiento de la empresa o creación de clases anchas), perfil laboral de las personas que necesita para ese tipo de funciones, estímulos o modificaciones laborales que es necesario hacer en virtud de los cambios o reajustes de funciones, necesidades de capacitación.⁽²⁷⁾

(24) BLAT GIMENO, Francisco. *El Marco Socioeconómico de la descentralización productiva*, en “Descentralización productiva y protección del Trabajo en contratas”. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanck libros, Valencia 2000, pág. 22.

(25) Sábado 2 de junio de 2001, pág. 15.

(26) ARIZA MONTES, J. Antonio y VELASCO PORTERO, Teresa. *La reingeniería de procesos y sus consecuencia sobre el contrato de trabajo*, en El empleador en el Derecho del Trabajo. Op. cit., pág. 155.

(27) HERBERT, María Marta y Silveira, Jorge. *Repercusión de la descentralización en el problema del empleo*, en “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 61.

b) Reducción de tamaño

La empresa, descentralizará todas aquellas labores que no sean su esencia con la consecuente pérdida de puestos de trabajo, provocando diferentes efectos en el plano individual, como la inseguridad en el empleo, la creación de gran cantidad de empleo precario,⁽²⁸⁾ el recurso al trabajo autónomo mediante la utilización de mecanismos de contratación como contratos civiles y mercantiles, generalmente de dudosa legalidad.

c) Necesidades de un trabajador más capacitado

El hecho de que la empresa requiera la permanencia de ese trabajador de nuevo perfil, generalmente es un estímulo para que ésta invierta en la formación del capital humano⁽²⁹⁾, y como el sistema retributivo está basado en evolución de las habilidades y competencia desarrollada, el empleado tendrá una motivación para aprender y mejorar sus capacidades.⁽³⁰⁾

La utilización de los grupos semiautónomos de producción, como forma de organización del trabajo, también provoca un importante impacto en lo individual: tiene efectos sobre las tareas y el contenido funcional de los puestos de trabajo; generalmente conlleva, en mayor o menor grado, rotación en las tareas; los sistemas de clasificación profesional tienden a redefinirse; se produce una elevación general de cualificación del trabajador; la remuneración de los trabajadores miembros del grupo, se realiza con mayor o menor grado en base a formas o incentivos colectivos; se modifica la estructura profesional.⁽³¹⁾

(28) FERNÁNDEZ, Hugo y GAUTHIED, Gustavo. *La Tercerización y el Derecho del Trabajo*, en "Derecho Laboral", Montevideo, No. 186, págs. 406-407.

(29) MOTOHIRO, Morishima. *Contingent Workers in Japan: New developments and unexpected consequences*, en Japan Labor Bulletin, March, 2001, pág. 6.

(30) MOTOHIRO, *ibid.*

(31) ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Grupos semiautónomos: organización del trabajador y participación de los trabajadores en el empresa*, en "El empleador en el Derecho del trabajo", *op. cit.*, pág. 284 y sgtes.

d) En el tiempo de trabajo

Dentro de la flexibilidad que requiere la empresa en el nuevo contexto en que se desarrolla, el tema del tiempo de trabajo que impacta lo individual, son varias las fórmulas que han sido utilizadas cuya sola enunciación nos permite valorar su impacto: el horario flexible, la jornada flexible limitada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo compartido, la compresión de la semana de trabajo, el horario promedio, el disfrute de las vacaciones anuales en feriados distintos, la reducción del tiempo de trabajo, la anualización de la duración del trabajo.⁽³²⁾

Supiot destaca dentro del ejercicio de lo que llama las “Libertades en el trabajo”⁽³³⁾ una que es la atribución al trabajador de facultades de elección que le permitiría individualizar los ritmos de trabajo y le daría

(32) FERNÁNDEZ, Hugo, GAUTHIER, Gustavo. *La globalización y tiempos de trabajo: nuevas tendencias*, en “Derecho laboral”, Montevideo No. 193, págs. 107-108. Según estos autores el horario flexible le permite al trabajador elegir libremente sus horas de llegada y salida del trabajo sujeto a tres condiciones: a) no se puede modificar el número total de horas dentro de un período determinado, año, semana, quincena; b) se deben respetar ciertos horarios. **La jornada flexible limitada** permite una distribución del tiempo de trabajo más flexible a través de mecanismos que permitan el reparto de manera no uniforme del tiempo de trabajo. **El trabajo o tiempo parcial** con diferentes modalidades: media jornada, jornada reducida, trabajo intermitente, trabajo de temporada. **El trabajo compartido** cuando dos trabajadores comparten el puesto de trabajo reportándose el tiempo de trabajo, la remuneración. **La compresión de la semana de trabajo:** se aumenta el número de horas de trabajo diario para reducir los días de trabajo por semana. **El horario promedio:** en el que se establece el compromiso primero de trabajar, un número fijo de horas en un período determinado con cambios en el número de horas trabajadas en cada día o cada semana. **La concesión de vacaciones anuales** en períodos que no coinciden con el pico de la demanda. **La reducción del tiempo de trabajo:** se reduce la carga horaria del ciclo de trabajo con mantenimiento del salario percibido hasta el momento de la reducción. **La anualización de la duración del trabajo:** se eliminan la duración máxima de la jornada diaria y cualquier regla referida al descanso entre jornada y jornada. **Distorsión de las horas extras.** Se eliminan los descansos mínimos y se hace imprevisible la carga de labor, tomándose también imprevisible la remuneración.

(33) SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Informe y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1996, pág. 189.

un margen en cuanto a la organización de su tiempo. Al respecto señala una serie de ejemplos en el campo de los permisos especiales,⁽³⁴⁾ como la suspensión del trabajo para consagrarse momentáneamente a la familia, a su formación profesional o sindical, o actividades políticas, asociativas o mutualistas, o la enseñanza, o la investigación, a la creación de una empresa, o para ayudar a las víctimas de una catástrofe natural, para participar en tribunales, para tomar un período sabático.

e) **La política retributiva**

El hecho de que una empresa conserve básicamente solo un núcleo central de trabajadores, que conforman la personalidad de la firma, a los que se exige gran lealtad, conlleva un reto para el empleador en su política retributiva pues debe diseñarla en función de incentivos no salariales pues se estima que si la única razón por la que un empleado permanece en su puesto es el dinero, resulta más fácil que otro empleador lo contrate.⁽³⁵⁾

Es usual dentro de los procesos de negociación colectiva que se vaya produciendo una aproximación salarial entre trabajadores cualificados y no cualificados. Al prescindirse del trabajador no cualificado se elimina tal aproximación salarial.⁽³⁶⁾

6. **IMPACTO EN LO COLECTIVO**

Todos los fenómenos y procesos que hemos venido comentando que afectan el mundo del trabajo en general y, en particular lo individual tiene una correlativa influencia en lo colectivo.

(34) *Ibid.*, págs. 192 y 193.

(35) *Futuro Laboral: La evolución de la carrera*. Summa. Edición 71, abril 2000, pág. 42.

(36) BLAT GIMENO, Francisco. *El marco socioeconómico de la descentralización*, en “Descentralización productiva y protección del trabajador en contratas”. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Tirant lo Blanch, Libros, Valencia, 2000, pág. 22.

a) De la reducción del número de trabajadores

Las nuevas modalidades organizativas, la reingeniería, el “adelgazamiento” de la empresa, la descentralización, así como todos los otros hechos que impactan la empresa: nueva tecnología, globalización, flexibilidad, tienen un impacto directo en el nivel de empleo, en las modalidades del trabajo en la empresa que resultan generalmente en la reducción del número de trabajadores y consecuente merma de la afiliación sindical.

En efecto el sindicato encuentra su terreno propicio en la empresa, con gran cantidad de trabajadores a tiempo completo, con contratos de duración indefinida, trabajando en el domicilio de ésta, con calificaciones profesionales similares.

Cuando se adelgaza la empresa, se reduce el número de trabajadores y se modifica las características del que permanece, (más preparados, polifuncional). Aparte de que se reduce el número, resulta que este nuevo tipo de trabajadores es más individualista, prefiere la contratación individual y no la colectiva, en otras palabras es un elemento menos proclive a la sindicalización.⁽³⁷⁾

Estas realidades provocan además otros efectos como el desvanecimiento de la identidad de clase, la dificultad que significa para el sindicato representar los intereses de los trabajadores en régimen de tercerización, la pérdida de la capacidad para presionar con ocasión de los conflictos pues ya no sería posible o resultaría más difícil detener íntegramente la producción cortando una etapa del ciclo productivo, igual fenómeno ocurre con la disminución de tamaño de las unidades administrativas.⁽³⁸⁾

(37) MORIN, Fernand. *El futuro de la Negociación colectiva y las nuevas formas de empleo*, en “Derecho laboral”, No. 179, pág. 642. ROSEMBAUM RIMOLO, Jorge. *Descentralización empresarial y negociación colectiva*, en “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, cit, pág. 506; RACHIATTI, Octavio Carlos, *El futuro de la negociación colectiva y las nuevas formas de empleo (informe nacional uruguayo)* en “Derecho Laboral”, Montevideo, No. 179, pág. 564). Destaca la disminución de la tasa de afiliación en los sectores en los cuales es mejor la presencia de las formas típicas de empleo. También refiere, en el caso de Uruguay, el aislacionismo de este tipo de trabajador y el individualismo acentuado de los jóvenes.

(38) FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. *La tercerización y el Derecho del trabajo*, en “Derecho laboral”, Montevideo, No. 86, pág. 409.

b) Del tiempo de trabajo

Cambios como los que fueren apuntados en la flexibilidad del tiempo de trabajo (individualización de los horarios de trabajo) que implica que cada vez menos que el trabajo se realice a ritmos uniformes y colectivas con diferentes horas de entrada y salida, dificulta tanto la acción del sindicato como el ejercicio de las libertades sindicales y aún el cobro de cuotas sindicales.⁽³⁹⁾

c) En la negociación colectiva

Los nuevos sistemas gerenciales impactan el nivel de la negociación colectiva pues al implicarse en forma importante al trabajador en la obtención de los objetivos de la empresa resulta que se va a dar prioridad a la negociación a nivel de empresa, además de que se percibe la negociación a nivel interprofesional e individual con desconfianza.⁽⁴⁰⁾

Diversos hechos debilitan la fuerza negociadora del sindicato según RASO: la grave crisis ocupacional producto de los cambios tecnológicos, el aumento de la población en el mundo, nuevos estilos de producción, la fragmentación de la empresa que expulsa mano de obra asalariada, el ingreso masivo de la mujer en el mercado de trabajo.⁽⁴¹⁾

Al reducirse el número de trabajadores asalariados, los trabajadores pierden fuerza y cohesión.⁽⁴²⁾ El sindicato pierde, en general, poder, se vacía de contenido, se pierden mejoras sociales ya logradas, se produce división y debilitamiento de los trabajadores.⁽⁴³⁾

(39) SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho de Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pág. 834.

(40) CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. *La calidad total como nueva forma de "Management" y sus efectos sobre las relaciones laborales*, en "Relasur" No. 3, *ob. cit.*, págs. 108 y 109.

(41) RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*, *ob. cit.*, pág. 27.

(42) ZAFIRAIN, Héctor. *La descentralización y su repercusión en el Derecho Colectivo*, en "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo", *ob. cit.*, pág. 449.

(43) GIMENO, Francisco. *El marco socioeconómico de la descentralización*, en "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas". Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, *op. cit.*, pág. 22.

Además, según fue referido atrás, el nuevo tipo de trabajadores y el requerimiento por parte de la empresa de contar con un recurso humano exento de rigideces normativas, estimula la fijación individual de condiciones laborales frente a la negociación colectiva.⁽⁴⁴⁾

La debilidad que afecta al sindicalismo como consecuencia de los procesos que hemos venido exponiendo, ha hecho surgir modalidades supletorias de regulación patronal que atenúa la ausencia de un derecho convencional. Tal situación se ha presentado en Francia y comprende acuerdos atípicos, usos, códigos éticos, notas de servicio que no responden a una distinción clara entre normas unilaterales y convencionales.⁽⁴⁵⁾

Hay un fenómeno que ha sido calificado como “neocorporatismo” y se presenta con ocasión de la acción de los “grupos semiautónomos”, atrás descritos, pues tienden estos grupos a integrarse en la lógica de la empresa y del beneficio, que genera conflictos entre los dos tipos de trabajadores que ahora tiene la empresa: los integrantes en los grupos autónomos altamente cualificados y adoptados a las nuevas tecnologías y los otros trabajadores, todo lo cual afecta la acción sindical.⁽⁴⁶⁾

Se produce un cambio de signo de la negociación colectiva: esta pasa de ser el mecanismo por excelencia, mediante el cual los trabajadores obtienen mejoras a uno que sirve en el proceso de modernización que imponen los cambios tecnológicos, proceso en el que participa el sindicato, muy a su pesar.⁽⁴⁷⁾

d) En relación con la huelga

El ejercicio tradicional de la huelga se ha visto también afectado. Ha perdido eficacia y aumentado su costo para los trabajadores quienes

(44) ZAPIRAIN, Héctor, *ob. cit.*, pág. 450.

(45) SUPIOT, *ob. cit.*, pág. 201.

(46) ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Grupo autónomo: organización del trabajo y participación de los trabajadores en la empresa*, en “El Empleador en el derecho del trabajo”. XVI Jornadas Universitarias Anduzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Coordinador: Miguel C. Rodríguez - Piñero Royo. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 289.

(47) LYON-CAEN, Gerard. *¿Derecho del trabajo o Derecho del empleo?*, en “Evolución del pensamiento Juslaboralista”. Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pág. 267.

han tenido que adaptar sus formas de autotutela flexibilizándolas como se ha flexibilizado también la producción y el trabajo.⁽⁴⁸⁾ Tal adaptación se ha expresado en diferentes formas. Es más importante actualmente hacer ostentación de la disidencia que la huelga misma. Sacar provecho a la publicidad sobre la huelga que puede afectar la imagen corporativa y pone en entredicho el grado de compromiso de los trabajadores con los fines y propósitos de la empresa.⁽⁴⁹⁾

Lo anterior ha llevado a la utilización de formas de presión nuevas o renovadas como la huelga “a la japonesa” (Huelgas “al revés”, “de brazalete” o de “sobre producción”) y novedosas formas de protesta para afectar la imagen de la empresa.⁽⁵⁰⁾

Recurrir a la publicidad. Incluir mensajes en los cajeros automáticos del Banco empleador; o la huelga de cortísima duración que lo que busca es el posesionarse como noticia en los medios noticieros. También se está recurriendo a la huelga neurálgica, articulada o selectiva en la que sólo participan los trabajadores necesarios para afectar un determinado servicio especial dejando laborar al mayor número.⁽⁵¹⁾

e) En el cambio de la estrategia y acción sindical

Las situaciones que hemos venido describiendo han enfrentando al sindicato a la necesidad de modificar su estrategia y medios de acción. Como ejemplo referiremos a la lucha contra el desempleo, su participación, la protección y derechos laborales en el ámbito del comercio internacional, en el diálogo social, la ampliación de su radio de acción y el ofrecer nuevos servicios.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La Flexibilización de la Huelga*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pág. 32 siguiendo a BAYLOS GRAU, Antonio, *Formas nuevas, reglas viejas en el conflicto social*, en la “Revista de Derecho Social”, Albacete, 1998, No. 2, págs. 67 y sgtes.

(49) ERMIDA URIARTE, *ob. cit.*, pág. 35.

(50) Cita ERMIDA URIARTE, *ob. cit.*, pág. 36, entre otros los siguientes: funciones del cuerpo de Ballet que mantenía un conflicto en la plaza pública; concentración de azafatas en una línea aérea, impecablemente vestidas pero encapuchadas.

(51) ERMIDA URIARTE, *ob. cit.*, pág. 40.

1. Lucha contra el desempleo

Siendo este uno de los principales flagelos, la lucha contra el desempleo se inscribe, sin duda, entre las nuevas estrategias que debe implementar el sindicato con iniciativas tales como los servicios de intermediación en el empleo y las escuelas de formación profesional para jóvenes.⁽⁵²⁾

Las nuevas realidades del mundo del trabajo llevan a los sindicatos a una importante “reorientación”,⁽⁵³⁾ que conlleva pasar de la idea de conflicto como instrumento de la acción sindical, a la negociación y el acuerdo: pasar de la oposición y denuncia a la cooperación.⁽⁵⁴⁾

Todo esto se manifiesta en la realización por parte del sindicato de nueva e importante actividad.

Elemento fundamental en el nuevo tipo de trabajadores, es la formación para el empleo: así como los procesos de globalización destruyen empleos, también aparecen nuevas oportunidades basadas en la adecuada preparación, la especialización, la formación continuada.⁽⁵⁵⁾

En todos estos procesos el sindicato debe, estar presente y cumplir un importante papel.

Destaca DURÁN LÓPEZ,⁽⁵⁶⁾ que la participación sería, cada vez más, un instrumento central de la actividad sindical sin que ello implique abandonar el principio inspirador del conflicto que no es excluyente con la cooperación que ambos forman parte del mundo de las relaciones laborales y entre ellos existe una frontera móvil que se

(52) ALBURQUERQUE, Rafael F. *Sindicalismo y Globalización*, en “El Derecho del Trabajo y en el nuevo milenio”. Rafael Alburquerque y Néstor de Buen, Coordinadores, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 92.

(53) DURÁN LÓPEZ, Federico. *Globalización y relaciones de Trabajo*, en “Derecho Laboral”, No. 193, Montevideo, pág. 85.

(54) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*, pág. 85.

(55) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*, pág. 76.

(56) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*, pág. 81.

nueve según las circunstancias.⁽⁵⁷⁾ Esta participación encuentra campo propicio en la implementación de las nuevas formas de organización del trabajo en busca de la eficiencia productiva, reduciendo la oposición al cambio, aumentando el grado a satisfacción del trabajador, lo que redundará en un mejor clima de trabajo en la empresa.⁽⁵⁸⁾

Igualmente un fin muy importante del sindicato, cual es la lucha por el empleo, es más factible realizarlo desde una perspectiva de colaboración y no de conflicto.⁽⁵⁹⁾

2. En el ámbito de las relaciones entre comercio internacional y los derechos laborales

El temor al “Dumping social”⁽⁶⁰⁾ ha llevado a vincular, de diferentes maneras, al comercio internacional con los derechos laborales. Diversas iniciativas de diferente origen y alcance⁽⁶¹⁾ buscan mejorar o generalizar las condiciones de trabajo de los países exportadores o participantes en

(57) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*,. pág. 82.

(58) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*, pág. 84.

(59) DURAN LÓPEZ, Federico, *ob. cit.*, pág. 84.

(60) Por “Dumping social” se entiende la obtención de ventajas comerciales a costo de ausencia de seguridad social y derechos laborales para los trabajadores, así: SENGENBER, WERNER, *International labour Standards in a Globalized Economy: The issue* en “international labour Standard and economic interdependence”. Editado por SengenBer, Werner y Campbell, International Institute for Labour Studies, Geneva, 1994, pág. 6. Etwell, Christine “Humnan rights labour Standard and the New World Trade Organization: oportunities for a Linkage. A Canadian perspective” “International Center for Human Right and Democratie Development”, Quebee, 1995, pág. 1.

(61) Entre estos podemos citar la del sistema generalizado de preferencias arancelarias de los Estados Unidos de América y la iniciativa para la Cuenca del Caribe, de ese mismo país que faculta al Presidente para suspender las ventajas arancelarias a los países que no respeten los “derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores como son la libertad sindical, la negociación colectiva, limitación a la jornada laboral y salarios mínimos”. Actualmente existe un mecanismo similar en la Unión Europea; también en protocolos laborales en tratados como el de libre comercio de América del Norte (N.A.F.T.A.), el tratado de libre comercio entre Canadá y Costa Rica; en Códigos corporativos de Conducta y la Norma Responsabilidad Social 8000 (RS 8000).

procesos de integración mediante la autorización de sanciones en contra de los productores que no cumplan normas mínimas, derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores o aún la legislación laboral nacional de un determinado país.⁽⁶²⁾ El sindicato puede cumplir un importante papel de fiscal de cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, a través de denunciar, en el plano internacional, los incumplimientos.⁽⁶³⁾

También se ha mostrado como una eficiente arma de acción sindical en el plano internacional, utilizar la denuncia de violación de los derechos laborales fundamentales y la petición de medidas de las previstas en los sistemas referidos para obtener reformas laborales tal como ocurrió en Costa Rica en 1993 cuando sindicatos costarricenses denunciaron, a través de la AFL-CIO norteamericana, ante el representante de comercio de los Estados Unidos, que el país violaba la libertad sindical lo que fue suficiente para que en forma muy rápida se tramitara una reforma al Código de Trabajo para incluir un capítulo de protección de los derechos sindicales que sanciona con nulidad absoluta las prácticas desleales y creó el fuera sindical.⁽⁶⁴⁾

3. Diálogo Social

Dentro de las nueva estrategias que debe desarrollar el sindicato dentro de las nuevas circunstancias, está la de incrementar sus niveles de participación, no sólo, en el ámbito de la empresa, sino en el plano nacional a través del diálogo social y de la concertación.⁽⁶⁵⁾

(62) VAN LIENT, Gisybert. *Normas laborales mínimas ¿resultará viable una cláusula social?* “Revista Internacional del Trabajo”, Vol. 108, 1989, No. 3.

(63) *Reducir el déficit de trabajo docente, un desafío global*. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 89º Reunión 2001. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2001, pág. 54.

(64) VAN DER LAAT ECHEVERRIA, Bernardo. *La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado*, En “III jornadas de Estudio del Mercado de Trabajo, Globalización económica y relaciones laborales”. Universidad de Salamanca 29 de noviembre - 1º de diciembre 2000.

(65) APARICIO VALDEZ, Luis. *Globalización de la Economía y consecuencias en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Iª Jornada de Análisis y

4. Ampliación de su radio de acción: conversión a movimiento sindical de mayor alcance social

El sindicato debe tomar en consideración, que se mueve en un escenario diferente en el que además de los actores usuales (empleadores, empleados, sindicatos, organizaciones de empleadores), señala HANAMI, ahora aparecen doce actores: empleadores individuales, organizaciones de empleadores, personas que buscan trabajo, empleados, miembros de sindicatos, sindicatos, consumidores, productores, ciudadanos, los poderes ejecutivos, legislativo y judicial.⁽⁶⁶⁾

El movimiento sindical en diferentes partes del mundo, realiza una labor encaminada a representar, no sólo a los trabajadores del sector estructurado, sino a los trabajadores de todos los sectores de la sociedad, incluyendo a los pobres de las zonas urbanas, los discapacitados, las personas de edad.⁽⁶⁷⁾ Pretende incluir en su campo

Debate sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a inicios del siglo XXI. ALBURQUERQUE, Rafael, *Sindicalismo y Globalización*, en “El Derecho del Trabajo ante el nuevo Milenio”. Alburquerque, Rafael, De Buen, Néstor, coordinadores. Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 99. Nos recuerda Villasmil VILLASMIL PRIETO, Humberto, *Diálogo, Tripartismo y Concertación social: una introducción a los consejos económicos sociales*. Proyecto Tripartismo, y diálogo social en Centroamérica (Prodiac) Organización Internacional del Trabajo. Sin número de documento, págs. 2 y 3 que el diálogo social puede ser entendido como “la interacción entre los interlocutores sociales (gobierno central, regional o local y las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores) con el ánimo de concertar los intereses involucrados en el diseño y ejecución de la política socioeconómica y así propender –sobre todo– al desarrollo económico y la paz social; en tanto, por concertación social se entiende “la práctica de acuerdos (formal o informalmente) tripartitas sobre determinadas decisiones estratégicas en el campo de la política social y en el campo de las relaciones laborales, y refiriéndose a la relación entre ambos, señala que “el diálogo puede ser fluido, puede ser constante, la concertación es un acontecimiento mucho más limitado en el tiempo, mucho más puntual...”.

(66) HANAMI TADASHI. *Universal Wisdom through Globalization*, en Japan Labour Bulletin, September 2000, pág. 23.

(67) YU, Sandra. *Filipinas*, en “Los sindicatos en el sector no estructurado: Algunas orientaciones”. Nueve estudios, Educación obrera No. 116, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1999, pág. 57. Señala la autora que si los sindicatos deciden ocuparse sólo de los afiliados de su base que están disminuyendo, tiende a convertirse en una organización estilista.

de actividad, a todas las personas que trabajan,⁽⁶⁸⁾ tomando en cuenta la mano de obra no asalariada del sector no estructurado, las reservas de mano de obra ocasional o en régimen de subcontratación, la mano de obra ocupada en el extranjero en régimen de subcontratación, los trabajadores domésticos y los desempleados.⁽⁶⁹⁾ Se convierte así el sindicato en un centro laboral multiforme.⁽⁷⁰⁾

La acción sindical, desde esta perspectiva, es la búsqueda de objetivos comunes con otros movimientos populares que podían exceder lo propiamente laboral y comprender cuestiones como obtener la reparación de vías públicas, infraestructura comunal, mejoramiento de servicios como los de agua y energía eléctrica.⁽⁷¹⁾

En materias de diversa índole, el sindicato también está llamado a cumplir un papel de participación; como ejemplo puede citarse el papel consultivo que se recomienda reconocer al sindicato en materia de implementación de la protección, frente al acoso sexual, según el “Código de conducta para combatir el acoso sexual” especial (se señala que este código surge de conformidad con la resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo).⁽⁷²⁾

5. Oferta de nuevos servicios

El sindicato en ejercicio de su acción reivindicativa probablemente olvidó, o no consideró prioritario, la realización de una serie de actividades o el ofrecimiento de servicios de interés para sus

(68) *Ibidem.*

(69) *Ibidem.*

(70) *Ibidem.*

(71) ALBURQUERQUE, Rafael F. *Sindicalismo y Globalización*, en “El Derecho del trabajo ante el nuevo milenio”, *ob. cit.*, pág. 97.

(72) LÓPEZ LÓPEZ, Julia. *Salud Mental y protección por maternidad*, en “Nuevos Escenarios para el Derecho del trabajo: Familia, inmigración y noción de trabajador”. Homenaje a Massimo D’Antona. Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 73-75.

afiliados y de gran impacto, respecto de su imagen frente a los trabajadores,⁽⁷³⁾ que seguramente podía realizar y que algunas legislaciones se lo permitían.⁽⁷⁴⁾ En esta línea señalan ALBURQUERQUE y RASO,⁽⁷⁵⁾ diferentes ejemplos de acciones que en este campo están desarrollando los sindicatos como, rebajas en préstamos, primas de seguros y tarjetas de crédito, agencia de viajes, residencias propias, programas de turismo social, asistencia médica y legal, programas de propaganda utilizando a figuras prominentes del mundo del deporte o del espectáculo, descuentos comerciales, cooperativas de consumo, estructuras deportivas o vacacionales.

7. IMPACTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La reducción del trabajo subordinado, por todos los motivos que han venido siendo examinados, impacta la seguridad social en diversa forma y desde diferentes ángulos:

a) Merma en las cotizaciones

La reducción del número de trabajadores subordinados, tiene como consecuencia directa la reducción de los ingresos por cotizaciones a los sistemas de seguridad social. Aún en el supuesto de

(73) Una de las explicaciones que tiene sobre el éxito del movimiento solidarista, independientemente de la polémica y condenable que resulta éste desde la perspectiva OIT, ha sido aparecer ante sus miembros, la comunidad en general, como una organización que ofrece según sea su grado de desarrollo, de cooperativa de consumo, de organización de ahorro y préstamo y desarrolladora de empresas propiedad de los trabajadores, entre otros.

(74) Es el caso de Costa Rica, el Código de Trabajo faculta, en su artículo 340, a “crear, administrar o subvencionar instituciones, establecimientos u otras sociales de utilidad común, tales como: cooperativas, entidades deportivas, culturales, educacionales, de asistencia y previsión”.

(75) ALBURQUERQUE, Rafael F. *Sindicalismo y Globalización*, en “El Derecho del Trabajador ante el nuevo Milenio”, ob. cit., pág. 102; RASO DELGUE, Juan, *La contratación atípica del trabajo*. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2000, pág. 27. En sentido similar SPYROPOULOS, Georges, *El sindicalismo frente a la crisis: situación actual y perspectivas futuras*. “Relasur”, No. 4, Montevideo, 1994, pág. 89.

que el extrabajador, ahora como autónomo, siga pagando, usualmente, este tipo de cotizante paga sobre una base fija y no porcentual por lo que el ingreso por este concepto es menor.

En el supuesto de que se recurra a una diversidad de contratos a plazo fijo, igualmente se afectará el importe global recibido, pues no habrá continuidad en los ingresos.

Dentro de los cambios que se producen, se le dan al trabajador bienes, servicios u oportunidades de inversión, como las opciones para compra de acciones de la firma empleadora que para los efectos de las cotizaciones de la seguridad social no se toman en cuenta como retribución, no se reportan y sobre ellos no se cotiza.

La reducción del empleo formal, y la consecuente merma en el ingreso de la seguridad social tiene como consecuencia que, los trabajadores con empleo formal, tengan que asumir una carga financiera directa cada vez mayor para atender las necesidades sociales que incide negativamente en su calidad de vida.⁽⁷⁶⁾

b) Aumento en las prestaciones por desempleo

En aquellos sistemas de seguridad social que contemplan el seguro de desempleo, la inestabilidad laboral que genera el mayor uso de los contratos a plazo fijo origina un mayor gasto para el sistema en concepto de tasa de las prestaciones a que puede tener derecho al trabajador como consecuencia de su cesantía.

c) Incremento de la siniestralidad

El ritmo que impone el cambio tecnológico, exige un esfuerzo mantenido al trabajador de adaptación, provocando lo que se conoce como “estrés continuado” que causa una patología variada, que abarca desde lesiones coronarias hasta, diversos tipos de dolencia psíquica.⁽⁷⁷⁾

(76) *Seguridad Social: temas, retos y perspectivas*. Informe VI. Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª Reunión. 2001. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, pág. 4.

(77) MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la Sociedad salarial y reporte del trabajo*. Comares, Granada 1999, pág. 154.

El ritmo de la producción también ha aumentado el nivel de estrés de modo sin precedente,⁽⁷⁸⁾ dando origen, como ha sucedido en el Japón, a una patología ligada a las nuevas condiciones de trabajo, el “Karoshi”.⁽⁷⁹⁾

También se ha destacado que el debilitamiento que afecta al movimiento sindical influye en el control del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, dado que este era un agente importante en la labor fiscalizadora.⁽⁸⁰⁾

El recurso a la descentralización empresarial cuando esto implique que diferentes empresas presten sus servicios en las instalaciones de otra empresa constituye un elemento adicional que puede afectar la determinación del reparto y cumplimiento de las obligaciones, o en su caso, la determinación de responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

d) Problemas derivados de la globalización

Diferentes problemas están surgiendo en el campo de la seguridad social derivados del hecho de que las empresas se mueven en un mundo globalizado que implica que trabajadores deben ser desplazados en forma temporal o definitiva a otros países, lo que puede originar el pago de doble cotización en el país de origen y en el de destino. Normalmente los sistemas de seguridad social están diseñados en función del trabajador del país y probablemente no tienen en cuenta estas situaciones particulares, que cada vez serán más frecuentes.⁽⁸¹⁾

(78) *Ibid.*

(79) MEDINA CASTILLO, José Enrique, *ob. cit.*, pág. 156; nos refiere que el “Japans National Institute of Public Health” define el Karoshi como, “una situación en la que prácticas laborales psicológicamente nocivas son permitidas hasta llegar al extremo de que trastornan el ritmo normal de vida y trabajo del obrero elevándolo a una situación de fatiga física y de estrés crónico, acompañado por un empeoramiento de la presión arterial, lo que, finalmente, trae un fatal desenlace”.

(80) HERBERT, María Marta; SILVEIRA, Jorge. *Repercusión de la descentralización en el problema del empleo*, en “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, *ob. cit.*, pág. 62.

(81) *Globalization of pension systems: Agreement on social Security*. Japan Labor Bulletin, April 2001, pág. 5.

En estos problemas también estaría presente el tema de los conflictos sobre la legislación aplicable y el de qué país debe conocer los conflictos que surjan.

e) En relación con el surgimiento de nuevos sistemas

El efecto de la acentuación del individualismo en las relaciones laborales y la consecuente pérdida del valor “solidaridad” también ha tenido su expresión en el campo de la seguridad social en el que, junto con otros factores que han influido, ha inspirado nuevos sistemas como el de capitalización. En efecto en el sistema de “reparto” “nadie paga su propia pensión, sino la de los pensionistas contemporáneos, y espera que cuando el mismo sea pensionista sus contemporáneos activos quieran y puedan pagarle su pensión,⁽⁸²⁾ sea es un sistema que está basado en la solidaridad”. En tanto que en el de “capitalización” cada generación soporta sus propios riesgos presentes y futuros,⁽⁸³⁾ recibiendo las pensiones de vejez, según el saldo acumulado por cada trabajador y pensiones de invalidez y sobrevivencia proporcionales a la renta imponible del afiliado.⁽⁸⁴⁾

8. El teletrabajo: un ejemplo emblemático

La riqueza del tema y las limitaciones que impone la extensión que puede tener esta comunicación, me lleva a exponer un ejemplo que resume del tema central a través del análisis de una de las modalidades de descentralización productiva; el teletrabajo.⁽⁸⁵⁾

(82) TORTUERO PLAZA, José Luis. *Teoría General sobre el Derecho de la Seguridad Social*, Corte Suprema de Justicia, San José, 2000, pág. 16. IGLESIAS, Augusto, ACUÑA, Rodrigo, “Sistema de Pensiones en América Latina. CHILE: Experiencia con un régimen de capitalización 1981-1991”, CEPAL/PNUD, SANTIAGO, 1991, pág. 21.

(83) TORTUERO PLAZA, José Luis, *ob. cit.*, pág. 16.

(84) IGLESIAS, Augusto, ACUÑA, Rodrigo. *Sistema de pensiones en América Latina*. CHILE: Experiencia con un régimen de capitalización 1981-1991. *Ob. cit.* págs. 41-42.

(85) GIUGNI, Gino, citado por SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores. *Tipología de teletrabajo y poder de control*, en “El empleador en el derecho del trabajo”, *ob. cit.*, pág. 85, por teletrabajo se entiende la “prestación de quien trabaja con un video geográficamente fuera de la empresa en la cual se inserta la prestación.

Esta modalidad de prestación tiene un fuerte impacto en lo individual, por su característica fundamental de que generalmente se presta fuera de la sede de la empresa empleadora, en cualquiera de sus modalidades de ejecución: domicilio del trabajador, centro o unidad satélite, centro comunitario, unidad móvil.⁽⁸⁶⁾

El recurso al uso del teletrabajo tiene una serie de ventajas para el empleador, que se expresa en una gran flexibilidad. En efecto le significa la reducción de los costos fijos que implica tener sus propias instalaciones, la reducción del capital inmovilizado que es necesario para producir; el sistema de remuneración generalmente empleado es a destajo, lo que excluye la remuneración de los tiempos muertos, la posibilidad de obtener los servicios en aquella parte del mundo, donde resulta más favorable en términos de calidad y costos.⁽⁸⁷⁾

Destaca Medina,⁽⁸⁸⁾ que el uso del teletrabajo configura un nuevo modelo de “empresa virtual” en el que el teletrabajador no puede identificar su trabajo con el resto de la organización productiva, no conoce a sus jefes ni compañeros, recibe sus instrucciones a través de la computadora, sea que hay un cambio en la concepción humana y colectiva, que tradicionalmente comparta la actividad laboral. Igualmente las circunstancias en que se presta el trabajo provoca aislamiento y mayor dificultad en plantear reivindicaciones colectivas. El mismo autor hipotiza que al extenderse el teletrabajo, puede acelerarse el proceso de destrucción de empleo, por la gran cantidad de servicios que se ofrezcan en la red, que conlleva la disminución de puestos de trabajo en las empresas del sector servicios.⁽⁸⁹⁾

(86) SANTOS FERNÁNDEZ, María Fernández, *ob. cit.*, pág. 88; SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, en *Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo*; conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el 21 de agosto del 2000.

(87) MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, Granada, 1999, págs. 151-152; SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, *ob. cit.*, pág. 86.

(88) MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, *ob. cit.*, págs. 151-152; SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores *ob. cit.*, pág. 152.

(89) *Ob. cit.*, pág. 153.

Es una modalidad de trabajo que pueda ofrecer posibilidades laborales de grupos que tienen dificultad de acceso a tal mercado, como son las mujeres y las personas con discapacidad, y los habitantes de zonas periféricas.⁽⁹⁰⁾

a) Aspectos que influyen en la remuneración en el teletrabajo

Se afirma que el teletrabajador gana, por norma general, entre un 19 y 20 por ciento menos que el trabajador que labora en los locales de la empresa.⁽⁹¹⁾ Asimismo que por trabajar a destajo no procede el pago de tiempo extraordinario.⁽⁹²⁾ Además como se contrata a trabajadores que residen en otros países usualmente el salario mínimo que se paga en el país de origen es mucho menor que aquel que devengaría en el domicilio del empleador.⁽⁹³⁾ También incide el hecho de que es que el teletrabajador tenga que comprar o alquilar el equipo.

b) Jornada laboral

Usualmente el teletrabajador no está sometido a un horario y maneja con libertad cuándo y cuánto trabajar. Se ha determinado que con frecuencia prefieren laborar por la noche por cuanto a esa hora el ordenador central está menos solicitado.⁽⁹⁴⁾

Una importante ventaja que disfrutan los teletrabajadores es evitar la pérdida de tiempo que emplea al trabajador clásico, el desplazarse todos los días laborales de su domicilio al trabajo y viceversa.

(90) *Ob. cit.*, pág. 153; SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, *ob. cit.*, pág. 86.

(91) DI MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*. Esto según un estudio realizado en el Reino Unido citado por Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, Vol. 109, 1990, No. 4.

(92) DI MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*, ob. cit.

(93) DI MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*, ob. cit.

(94) DI MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*, ob. cit.

c) Retos especiales para el sindicato y la acción sindical

Debe enfrentar una masa de trabajadores que no se encuentran concentrados en un centro de trabajo, sino dispersos. Y a su vez el teletrabajador realiza un trabajo intelectual, que se caracteriza por una menor conciencia de clase.⁽⁹⁵⁾

Retos muy importantes se plantean también en cuanto a qué centro de trabajo deben considerarse adscritos estos trabajadores para efectos de elecciones; en problemas derivados de la divulgación de la actividad sindical, el ejercicio del derecho a crédito de horas laborales retribuidas; la necesidad de obtener la autorización del teletrabajador para que se le dé su dirección personal a los dirigentes sindicales, en caso de que quieran contactarlo; o para el ejercicio del derecho de huelga.⁽⁹⁶⁾

En cuanto al ejercicio de la huelga PÉREZ y XALAMBRI,⁽⁹⁷⁾ han puesto de relieve las ventajas y desventajas que su práctica tiene en régimen de teletrabajo, señalando que su modalidad puede consistir en desconectarse de la red y aún al sabotaje mediante virus; destacan la dificultad que implica la dispersión de los trabajadores y la facilidad con la que el empleado puede recurrir a los “rompehuelgas”.

d) Transformación del lugar de trabajo

El lugar de trabajo está sufriendo transformaciones. Ocurre en dos sentidos: los trabajadores solicitan su oficina personalizada, que sea más hogareña, utilizando objetos y mobiliario personal. Pero en otras cosas se presenta una situación diversa en que existen muchas áreas de trabajo impersonales, modificando lo que ha sido usual, de que el empleador tenía su propio espacio; así, se usan mesas de libre disposición (hot

(95) THIBAULT ARANDA, Javier. *El teletrabajo, análisis jurídico laboral*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, págs. 238-239. PÉREZ TRONCOSO, Claudia Xalambri, MEDIEL, Adriana. *El teletrabajo y los problemas que plantea* en “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, *ob. cit.*, págs. 159-160.

(96) El análisis detallado de estos temas incluyendo posibles soluciones, puede consultarse en THIBAULT ARANDA, Javier, *ob. cit.*, págs. 239-249.

(97) *Ob. cit.*, pág. 161.

desking) que pueden ser reservadas de acuerdo a las necesidades; la desaparición de los paneles divisores; la utilización de carros, donde se guardan los objetos personales que el trabajador mueve por el centro del trabajo, y se ubica según el ambiente en que quiere trabajar, sea un lugar tranquilo o con un grupo de compañeros.⁽⁹⁸⁾

e) Los controles que se ejercen sobre el trabajador

Pueden referirse a la intimidad, por ejemplo, por el control que puede ejercer el empleador sobre la utilización de internet y el correo electrónico del empleador. O a los controles que mediante la computadora pueda llevar a cabo el empleador sobre la productividad del trabajador.⁽⁹⁹⁾ Estos pueden ser intensos, porque la tecnología le permite conocer al empleador, aspectos tales como las horas laboradas, las pausas y tiempos muertos, las operaciones no terminadas o terminadas anormalmente.⁽¹⁰⁰⁾

f) Efectos del Teletrabajo sobre la salud y los riesgos del trabajo

Además de los que, en forma general, se han señalado el teletrabajo tiene algunos efectos específicos sobre la salud. Uno de ellos es el aislamiento cuando laboran en su domicilio y los problemas de espacio, ventilación, luz y ruidos, pierden el estímulo de compartir e intercambiar ideas con sus compañeros.⁽¹⁰¹⁾ Otro problema que puede afectar la salud es el uso de aparatos sobre los que se debate que sus radiaciones pueden afectar la salud⁽¹⁰²⁾ y de la posición a que obliga su

(98) *Informe sobre el Teletrabajo en Europa. Nuevos Métodos de Trabajo 1999*. Comisión Europea, 1999, pág. 20.

(99) ROJO TORRECILLA, Eduardo. *Trabajo y emigración: Viejas respuestas frente a nuevas realidades*, en “Nuevos Escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador”. Homenaje a Massimo D’Antona, *ob. cit.*, pág. 265.

(100) SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores, *ob. cit.*, pág. 96.

(101) DE MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*, *ob. cit.*

(102) DE MARTINO, VITTORIO Y WIRTH, Linda, *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*, *ob. cit.*

uso, que pueden ocasionar fatiga visual, muscular y alteraciones psicosomáticas y psíquicas, tales como, dolor de cabeza, trastornos digestivos y del sueño, estrés, irritabilidad, insomnio y depresión.⁽¹⁰³⁾

En situaciones como las que se presentan con el teletrabajo, el empleador puede enfrentar dificultades para verificar las condiciones en que se desarrollan las labores, pues podrían surgir cuestionamientos tales como, el de la inviolabilidad del domicilio; igual problema se presentaría para las autoridades de la inspección de trabajo.⁽¹⁰⁴⁾

Igual dificultad puede enfrentar el empleador, en el supuesto que estemos considerando, para determinar si determinado suceso es un riesgo del trabajo o un accidente doméstico.⁽¹⁰⁵⁾

9. LA INCORPORACIÓN DE LA MUJER AL MUNDO DEL TRABAJO

Dentro del análisis que venimos haciendo sobre las relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social, consideramos que se debería tomar en cuenta, no sólo los cambios que se producen en el mundo del trabajo, derivadas de las nuevas tecnologías, de los nuevos modelos de organizar el trabajo, de la flexibilización, la mundialización, sino que además tener presente los nuevos escenarios, como la masiva incorporación de la mujer al mundo laboral.

Es un hecho indiscutible, la importancia de la presencia femenina en el mercado de trabajo. Sin embargo, se ha destacado que por la asignación de roles sociales tradicionales (“el hombre produce, la mujer reproduce”) el mercado del trabajo productivo se ha considerado un mundo extraño y esto ha repercutido en la legislación laboral, que ha tomado

(103) PÉREZ TRONCOSO, Claudia, y XALANBRI MEDICI, Adriana, *ob. cit.*, pág. 159; RASO DELGUE, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, *ob. cit.*, pág. 285.

(104) SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. *Telemática, teleworking, telecommuting*, en “El Empleador en el derecho del trabajo”, *ob. cit.*, pág. 80.

(105) SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *ob. cit.*, pág. 81.

como modelo al trabajador varón y consecuentemente, usualmente se ignora problemas como la maternidad y la atención de la familia.⁽¹⁰⁶⁾

Para lograr la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación, una vía es la ruptura de la asignación de roles para lo cual se están adoptando medidas legales, que tienen como objeto, que los hombres también asuman las responsabilidades familiares, todo lo cual, supone la modificación, o, en su caso la creación del régimen de permisos o licencias necesarias para cumplir adecuadamente tales cargos.⁽¹⁰⁷⁾

Ejemplo de este tipo de legislación, es la ley española 39/1999, que comprende permisos y licencias retribuidas, por ejemplo, en caso de enfermedad grave u hospitalización de parientes, reducción horaria por lactancia, permisos parentales y de atención de familiares, mejoramiento de la suspensión por maternidad, previendo la posibilidad de disfrute del padre de lo que reste de la licencia, en caso de fallecimiento de la madre, tomando en consideración los partos múltiples; ampliando y adecuando el período de suspensión en materia de adopciones.⁽¹⁰⁸⁾

Se señala que por la índole del trabajo que desarrolla la mujer, este tiene unas características: monotonía, falta de creatividad, exigencia de precisión y agilidad con mantenimiento de posturas forzadas e incómodas, ritmo excesivo sin posibilidades de proceso, escasa cualificación.⁽¹⁰⁹⁾ Estas condiciones del trabajo femenino propician determinados

(106) Vid. PÉREZ DEL RÍO, Teresa. *Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares*, en “Nuevos Escenarios para el Derecho del Trabajo: Familia, Inmigración y Noción del trabajador”. Homenaje a Massimo D’Antona. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 47.

(107) PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *ob. cit.*, pág. 47.

(108) PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *ob. cit.*, pág. 52-66; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. “Relaciones Laborales” No. 26, (1999).

(109) AREAL CALAMA, Ignacio. *Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva*, en Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona, coordinadora Julia López López, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 184.

riesgos laborales que detalla AREAL así: a) riesgo físico derivado de la adopción de posturas dolorosas, mantenimiento prolongado de los mismos, movimientos repetitivos que provocan alteraciones músculo-esqueléticas muy dispersos y focalizados en la espalda y miembros superiores, así como alteraciones circulatorias en miembros inferiores; b) riesgos psicosociales en relación a los trabajos monótonos que requieren escasa cualificación y autonomía y que pueden dar lugar a cuadros de estrés capaces de inducir una mayor tensión muscular. En aquellos puestos de trabajo que implican la atención a terceros, una excesiva carga emocional.⁽¹¹⁰⁾

También se destaca que las diferencias de sexo de tipo biológico implican un diverso grado de respuesta, ante un riesgo laboral, se mencionan, entre otros, “1. Mayor sensibilidad de la mujer en relación con la dermatitis de contacto producidas por sustancias químicas. 2. Diferencia entre hombres y mujeres en relación a las alteraciones provocadas por el estrés. 3. Mayor predisposición de la mujer a sufrir el síndrome del túnel carpiano. 4. Mayor sensibilidad química múltiple. 5. En relación a los pesticidas y plaguicidas, controles de toxicidad más bajos... 6. Diversa incidencia sobre ambos sexos de los riesgos derivados de la exposición a agentes químicos, físicos, biológicos, capaces de ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto los aspectos referidos a la fertilidad, como al desarrollo de la descendencia. 7. La maternidad de la mujer trabajadora como estado biológico que sitúa a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad o sensibilidad en relación a determinados riesgos laborales.”⁽¹¹¹⁾

10. COMENTARIOS SOBRE LO PATOLÓGICO

Los casos patológicos, siempre han existido en el derecho laboral. Basta recordar que una de las primeras reacciones ante el surgimiento de la legislación laboral en muchos de nuestros países, era la de contratar al trabajador por períodos inferiores al respectivo período de prueba, y posteriormente volverlo a contratar y así sucesivamente, considerando el empleador, que de esta manera, el trabajador no alcanzaría la estabilidad o la antigüedad en la empresa.

(110) AREAL CALAMA, Ignasi, *ob. cit.*, pág. 184.

(111) AREAL CALAMA, Ignasi, *ob. cit.*, págs. 186-187.

Las nuevas formas de regular o realizar el trabajo, en muchas ocasiones, se establecen sin que exista una norma precisa, clara y concreta que contemple esas modalidades.

Esta falta de regulación, puede generar que alguna de las partes pida, la intervención judicial, que así ampliará sin duda, la casuística de la zonas grises. Se estará dejando entonces en manos de los tribunales, en buena medida, determinar el grado de flexibilidad de un ordenamiento laboral, función típicamente de determinación política, o que ocurra, según lo expone Javillier, una regulación especializada, que conlleva un riesgo, el de la intromisión del juez en el funcionamiento de la empresa, pues quedará en las manos de éste, de su competencia, función para la que no está preparado ni especializado, tomar decisiones que le corresponden al jefe de la empresa.⁽¹¹²⁾

(112) JAVILLIER, Jean Claude. *Hacia un nuevo derecho del trabajo*, en “Evolución del pensamiento ius-laboralista, estudios en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata”, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1997, pág. 206. LYON-Caen. *¿Derecho del trabajo o derecho del empleado?*, en “Evolución del pensamiento ius-laboralista, estudios en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1997, pág. 280.

**ALGUNAS LUCUBRACIONES SOBRE ESCISIÓN
DE SOCIEDADES**

Dr. Gastón Certad M.

Profesor Catedrático de Derecho Comercial
en la Universidad de Costa Rica y en la
Universidad Autónoma de Centro América

Los institutos de la fusión, la escisión y la transformación de sociedades se hallan dentro de lo que la doctrina societaria denomina comúnmente **modificaciones estructurales de reorganización de la empresa.**⁽¹⁾ Las dos primeras son figuras aparentemente contrapuestas, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que la escisión “...es una fusión al revés. Es la operación inversa de la fusión...”⁽²⁾ pero al mismo tiempo, guardan entre sí una estrecha relación tanto desde el punto de vista funcional como desde el punto de vista técnico.

Así como la fusión de sociedades ha sido regulada, con mayor o menor amplitud pero con criterios semejantes, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos por nosotros consultados, la **escisión**,⁽³⁾ o no lo ha sido del todo –como sucede en Costa Rica– o la ha sido hasta época relativamente muy reciente, llegando incluso a discutirse, en aquellos países en donde no se la ha regulado *expressi verbis*, su eficacia y sus límites, aunque se tenga conciencia que los importantes fines a los que sirve esta operación societaria mercantil resultarían

-
- (1) La muy nueva Ley General de Sociedades del Perú denomina la Sección Segunda del Libro IV con el nombre de “Reorganización de sociedades”, comprendiendo en ella, bajo los títulos I a IV, en su orden, la transformación, la fusión, la escisión y otras formas de reorganización, rubro en el que contempla (i) las segregaciones patrimoniales simples; (ii) las operaciones combinadas de reorganización múltiple; (iii) las operaciones simultáneas; (iv) las reorganizaciones de sociedades constituidas en el extranjero; y (v) las reorganizaciones de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.
 - (2) En España, DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., *La escisión de sociedades*, en Estudios de Derecho Comercial en homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 127; en Italia, CAMPOBASSO, Gian Franco, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società*, Colección *Il Sistema Giuridico Italiano*, 3ª edición, U.T.E.T., Torino, Italia, p. 564. En la fusión desaparecen una o más sociedades mercantiles cuyos patrimonios y socios se integran en una nueva sociedad o en otra ya existente, mientras que en la escisión el patrimonio de una sociedad se divide y pasa a integrarse en otras sociedades creadas al efecto o que ya existían.
 - (3) Si se desea profundizar conocimientos sobre esta figura, véase, en el derecho español, RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, *Escisión*, en Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, T. X, vol. 3º, Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1993. En el Perú, LAROZA, Enrique Esteban, “*Derecho Societario Peruano*”, Lima, Perú, 2001.

prácticamente inalcanzables sin el reconocimiento legal de esta figura y, en particular, de la sucesión universal de la sociedad que se escinde por las sociedades beneficiarias.⁽⁴⁾

El proceso de concentración de sociedades, cuyo principal protagonista es la fusión, se inicia en el siglo XIX, adquiriendo un auge notable durante el siglo pasado. Nuestro país, fundamentalmente basado en una economía agrícola, no fue un protagonista significativo de ese auge. Sin embargo, en el último tercio del siglo XX el crecimiento de nuestras empresas nos ha colocado en un sitio importante, a lo que ha contribuido, sin duda, últimamente, la política mundial de mercados abiertos. Sin embargo, en igual medida en que las fusiones, y demás concentraciones, aportaban una serie importante de resultados positivos para las empresas agrupadas, en estos últimos años han comenzado a aparecer en nuestro país algunos efectos perniciosos consecuencia del crecimiento desmedido. Resulta manifiesta la pérdida de dinamismo, lo que va a convertirse, con el tiempo, en ineficacia de la empresa debido a la “burocratización” de sus órganos y al “tortuismo” en la toma de decisiones. Ante estos problemas, que ya aquejan a nuestras empresas de medianas dimensiones, surge la imperiosa necesidad de **reorganizar** la empresa o las empresas del grupo para reencontrarse con la dinámica y con la eficiencia que antes tenían; surge ahora la necesidad de desconcentrar, desgranar, descomponer, dividir, desmembrar la gran empresa en varios núcleos más pequeños y más eficientes. Esa necesidad debe ser reconocida y protegida por el legislador mediante mecanismos rápidos y eficientes. Entre ellos se destaca con luz propia la escisión. Es por esto que nuestro legislador no puede seguir prestando “oídos de mercader” a las necesidades empresariales que plantea el nuevo milenio, debiendo trabajar en la promulgación de una moderna teoría de la reorganización empresarial, a la manera, tal vez, del legislador peruano.

El pionero de la regulación sustantiva de la escisión es, sin lugar a dudas, el Derecho Francés con la promulgación de la Ley de

(4) Imaginémonos una sociedad mercantil: que a) vende vehículos automotores nuevos, b) vende vehículos automotores usados, c) alquila vehículos automotores, d) repara mecánicamente vehículos automotores, e) endereza y pinta vehículos automotores, y f) vende repuestos para vehículos, a la que sus asesores legales y financieros le recomiendan separar esas seis actividades en seis sociedades distintas. De no admitirse la escisión, el “papeleo” sería tortuoso y los costos, muy elevados.

Sociedades de 1966;⁽⁵⁾ pero no es sino con la promulgación de la Sexta Directiva del Consejo del 17 de diciembre de 1982, basada en el literal g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado (82-89-CEE), que se impulsa la regulación de la escisión en los Estados miembros de la Comunidad Europea, y de allí, al resto del mundo.⁽⁶⁾

Como dijimos líneas atrás, nuestro Código de Comercio ni regula, ni menciona siquiera la escisión; pero lo más trascendental es que tampoco la prohíbe.⁽⁷⁾ En cuanto se trata de una operación entre sociedades,⁽⁸⁾ cualquier sociedad puede participar en ella ya como escindida, ya como sucesora del patrimonio de ésta (sea de nueva creación o ya existente); sin embargo, en los países europeos, la sociedad que se escinde debe ser una s.a., quizás porque la división en partes de una sociedad supone que esta sea una gran sociedad, característica propia de la sociedad por acciones desde sus primeros prototipos, en los albores del siglo XVII (al menos en Europa).

La operación en que la escisión consiste responde a exigencias de reestructuración y de reorganización hacendística que en nada se diferencian a la de aportar en sociedad un establecimiento mercantil o

(5) Sin embargo, DUQUE DOMÍNGUEZ (J. F., *op. cit.*, en nota 1, p. 128) afirma que *“los procesos de escisión o división de sociedades surgidos en la práctica del derecho de la reestructuración de empresas en el derecho francés, se remontan a los años 1949 y 1952”*.

(6) Aunque sabemos de algunos pocos hermanos países latinoamericanos que la regularon antes de esa década.

(7) Por más que un importante y muy distinguido sector doctrinario sostenga con vehemencia que, desde hace ya algunos lustros, se ha venido produciendo, cada vez con más intensidad, el fenómeno que algunos llaman de la **“publicización” del Derecho Comercial** –sobretudo en relación a ciertas instituciones mercantiles, como la sociedad anónima y los títulos valores–, lo cierto es que en nuestro país todavía se lo considera y se lo tiene –cuando menos por el legislador y la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional– como Derecho Privado.

(8) De las que la legislación europea no excluye a las civiles ni a las cooperativas, aunque sí quedan fuera, en Italia al menos –por expresa sanción normativa del **Codice Civile**–, las sociedades sometidas a procedimientos concursales y las que se hallen en estado de liquidación, siempre que hubieren iniciado la distribución del activo. CAMPOBASSO, Gian Franco, *op. cit.*, en nota 1, p. 566.

industrial o un ramo de un establecimiento mercantil o industrial, por ejemplo; pero se distinguen claramente en el plano jurídico: en la escisión, las acciones, cuotas o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias del traspaso patrimonial son adquiridas directamente por los socios de la sociedad que se escinde y no por la sociedad misma, de modo que para los socios, el contrato social continúa en nuevas y distintas estructuras societarias.

La llamada **escisión propiamente dicha** se produce como consecuencia de la extinción de una sociedad (en Europa necesariamente anónima), con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque a dos (o más) sociedades de nueva creación, o es absorbida por dos (o más) sociedades ya existentes (llamadas sociedades beneficiarias y que pueden ser de cualquier tipo) o ambas cosas a la vez. A esta figura se le llama **escisión total** y se caracteriza porque la sociedad escindida se extingue sin disolución ni liquidación ni definición de sus relaciones con sus acreedores y entre sus socios, dado que la actividad continúa en cabeza de las sociedades beneficiarias que asumen los correspondientes derechos y obligaciones de acuerdo a la cuota patrimonial que a ellas se les transfirió.

Estamos por el contrario ante una **escisión por incorporación** cuando se produce la separación en una o varias partes del patrimonio de una sociedad (en Europa necesariamente anónima), sin que se produzca su extinción, traspasándose en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (sociedades beneficiarias de cualquier tipo) o ambas a la vez; por supuesto que aquí la sociedad escindida no se extingue, pero debe disminuir su capital social en medida proporcional al capital neto transferido, continuando la actividad paralelamente a las sociedades beneficiarias. Es ésta la llamada **escisión parcial**.

Efecto típico y constante de toda escisión es la directa atribución a los socios de la sociedad escindida de las acciones o cuotas de la o de las sociedades beneficiarias.

No debemos confundir la escisión con la llamada **segregación patrimonial o desincorporación** –que no es una escisión en sentido estricto– que se produce cuando una sociedad de cualquier tipo –en Europa necesariamente anónima– aporta parte de su patrimonio a otra u otras sociedades, ya existentes o de nueva creación, y a cambio la sociedad que se segrega –y no sus socios como sucede en la escisión–,

recibe acciones, cuotas o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de esa aportación.

Ninguna de estas figuras –ni las distintas escisiones apenas descritas, ni la desincorporación– es regulada por nuestro Código de Comercio, ni por ley alguna que nosotros conozcamos; lo cierto es que nuestro legislador ni siquiera las menciona. Ello no obstante, opinamos que en un país en donde rige el principio de la libre contratación,⁽⁹⁾ en donde estas figuras contractuales societarias no están prohibidas y no atentan contra normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, ellas deben considerarse válidas y eficaces. Es más, nosotros somos proclives a considerar que el Registro Mercantil no tiene siquiera motivos legales para denegar su inscripción.⁽¹⁰⁾ Veamos: el artículo 19⁽¹¹⁾ establece que *cualquier acto que en alguna forma modifique la estructura de una sociedad* debe consignarse en escritura pública, publicarse en extracto en el periódico oficial e *inscribirse en el Registro Mercantil*; paralelamente el artículo 235 dice que en este Registro se inscribirán, entre otras, las *escrituras* de constitución, prórroga, modificación o disolución de *sociedades comerciales*... No existe la más mínima duda que toda escisión –así como la desincorporación– conlleva, necesariamente, una modificación de la estructura tanto de la sociedad escindida –en la escisión parcial– como, eventualmente, de las sociedades beneficiarias –en todas las hipótesis aquí contempladas– de donde el acto generador de esa metamorfosis puede inscribirse en el Registro Mercantil.⁽¹²⁾

(9) “*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*” (Art. 1022 del Código Civil).

(10) Comparte este criterio, CARDENAS V., Rodrigo, “*La utilidad de la escisión en las sociedades mercantiles*”, en Revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América, San José, Costa Rica, No. 33, próximo a publicarse en noviembre del 2003.

(11) Cuando en este ensayo se cite un artículo de ley sin indicar su procedencia, se entenderá que se halla en el Código de Comercio.

(12) A idénticas conclusiones se llega con fundamento en los artículos 4 de la “Ley sobre inscripción de documentos en el Registro Público”, N° 3883 del 30 de mayo de 1967 y sus reformas, y 24 y 49 inciso f) del “Reglamento del Registro Público”, decreto ejecutivo N° 26771-J del 18 de febrero de 1998 y sus reformas.

Claro que la laguna más seria la constituye, en todo esto, la falta de articulación normativa de un procedimiento. Lo primero que podríamos decir y recomendar al respecto es que ese procedimiento omitido por el legislador sea articulado en el estatuto de la sociedad, con el cuidado de no crear indefensión para las sociedades envueltas en el mismo, para sus socios ni para terceros –esto es, con respeto al debido proceso de que tanto ha hablado nuestra Sala Constitucional últimamente.

A falta de regulación estatutaria, nosotros consideramos que podría aplicarse –por supuesto que con las adaptaciones del caso en atención a los distintos efectos de ambas operaciones–, el procedimiento contemplado normativamente para la fusión (arts. 221, 222 y 224), al ser ésta considerado, por la mayoría de los autores, como el fenómeno diametralmente opuesto a la escisión. Veamos: el procedimiento de fusión está descompuesto, en nuestro país, en tres fases esenciales: el proyecto de fusión, la deliberación de la fusión y el acto de fusión. De la misma manera debería implementarse el procedimiento de la escisión: con base en la normativa vigente, los administradores de las sociedades participantes en la escisión deberían preparar un proyecto de escisión, que será luego sometido a la aprobación de las respectivas asambleas (extraordinarias) de socios y cuyas actas deberán ser protocolizadas por Notario Público; un extracto de esa escritura se deberá publicar (por lo menos) una vez en el Diario Oficial e inscribirse en la Sección Mercantil del Registro Público (doctrina del art. 221).

La lógica impone que ese “proyecto” debería incluir, por lo menos, el pacto constitutivo de las nuevas sociedades que resulten de la escisión o las (eventuales) modificaciones a los pactos sociales de las absorbentes –si la escisión fuere total–; o las modificaciones al pacto de la sociedad escindida y las (eventuales) variaciones al pacto o pactos sociales de la absorbente o absorbentes –si la escisión fuere parcial–; la relación de cambio de las acciones, cuotas o participaciones sociales,⁽¹³⁾ la disciplina de las eventuales equiparaciones en dinero, así como la modalidad de asignación de las cuotas, acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias a los socios de la escindida. Además, es de suponer que los administradores deben preparar la situación patrimonial

(13) La relación de cambio es la relación con base en la cual se atribuyen las participaciones sociales de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión, de nueva creación o ya existentes, a los socios de la sociedad escindida, y resulta, a no dudarlo, el aspecto más delicado y complejo de todo el procedimiento.

(balance) de todas y cada una las sociedades participantes, que también deberá ser aprobada por las respectivas asambleas de socios.⁽¹⁴⁾

La escisión tendrá efecto un mes después de la publicación y podrá entonces inscribirse en la Sección Mercantil del Registro Público, si no hubiere oposiciones. Dentro de ese plazo, cualquier interesado (socios disidentes y acreedores de las sociedades participantes)⁽¹⁵⁾ podrá oponerse a la escisión en la vía ordinaria.⁽¹⁶⁾ Dicha oposición no suspenderá el procedimiento de escisión si el interés del opositor fuere suficientemente garantizado, a juicio del juez competente y en aplicación del instituto procesal de las medidas cautelares atípicas (artículos 241 a 244 del Código de Rito). Si la sentencia declarare infundada la oposición, la escisión podrá efectuarse tan pronto como aquella cause ejecutoria (doctrina del art. 222).

A partir de ese momento se produce el “nacimiento”, esto es, la diversificación subjetiva y patrimonial de la sociedad o de las sociedades que surgieron de la operación, que no afecta la responsabilidad de los socios y funcionarios de la sociedad escindida, ni los derechos o acciones contra ellos existentes (doctrina del art. 224). La sociedad o sociedades beneficiarias, nuevas o no, asumen todos los derechos y obligaciones de la escindida. Así, los acreedores de la sociedad escindida pueden hacer valer sus derechos sobre el unitario patrimonio de la sociedad o sociedades que surjan de la operación o que hayan recibido parte del patrimonio de la escindida; a su vez, los

(14) Y decimos que todo esto es de suponer, porque esta primera fase ha sido del todo ignorada por nuestro legislador en la fusión, siendo la tendencia moderna en las más recientes reformas europeas disciplinarla detalladamente con una serie de normas inspiradas por la finalidad de ofrecer una adecuada información preventiva a los socios y a los terceros envueltos en la proyectada fusión.

(15) La escisión puede perjudicar la posición de los acreedores de las sociedades participantes dado que, una vez efectuada, todos concurren sobre los patrimonios de las nuevas sociedades surgidas de la escisión o de las absorbentes –si la escisión fuere total– o bien deben compartir con otros el patrimonio o patrimonios de la nueva o nuevas sociedades o de la absorbente o absorbentes –si la escisión fuere parcial–, lo que puede dañar a los acreedores de las sociedades más sólidas.

(16) En Italia se considera que el respeto a este plazo no es necesario cuanto exista consentimiento de todos los acreedores sociales anteriores a la publicación del edicto y el pago de aquellos que no hubieren dado el consentimiento, o el depósito judicial del dinero necesario para la cancelación de esos créditos.

socios de la sociedad escindida pasan a ser socios de la o las beneficiarias, y reciben, en cambio de su originaria participación social, cuotas o acciones de esta o estas últimas. Bajo el ámbito exclusivamente sustancial, tendríamos entonces que, respecto a los socios, hay continuación –y no disolución– del contrato social,⁽¹⁷⁾ aunque la ejecución del mismo prosiga para todos en una o más sociedades diferentes y mediante una renovada y unitaria estructura organizativa.⁽¹⁸⁾

Y es que de los datos normativos emerge, con claridad meridiana, que la fusión es una modificación estatutaria bastante peculiar: con su ejecución la sociedad absorbente, o la nueva que resulte, asume los derechos y las obligaciones de las otras y estas, consecuentemente, se extinguen, es decir que varias sociedades son sustituidas por una sola, sin que se produzca ninguna solución de continuidad entre “el antes” y “el después”. Y es precisamente en esta conciliación normativa entre continuidad y extinción que reside la esencia del instituto de la fusión, y también del de la escisión.

En lo que toca al procedimiento de escisión en aquellos países que la regulan, este consiste, generalmente, en la redacción del proyecto de escisión por los administradores de las sociedades que en ella participen, con una relación ilustrativa del proyecto mismo y de la relación de cambio –criterios utilizados para la distribución de las acciones, cuotas o participaciones sociales–; preparación del balance o estado de situación de la sociedad a escindir; aceptación de la escisión por acuerdo de asamblea general extraordinaria de socios de cada una de las sociedades que participan en la operación; ejecución de la escisión, publicación en el Diario Oficial, e inscripción en el Registro respectivo mediante escritura pública, en caso de que no medien oposiciones judiciales de interesados.

(17) Por esta razón, la doctrina mayoritaria excluye correctamente que la esencia del instituto resida en la extinción de la sociedad escindida y que la escisión sea un fenómeno de sucesión, asimilable a la sucesión universal *mortis causa* de las personas físicas. Y verdaderamente, la extinción es **efecto** y no **causa** del “ingreso” de la sociedad escindida en todas las relaciones que pertenecen a las nuevas sociedades o a las absorbentes. Por eso hoy la escisión, y la fusión también, están bien encuadradas entre las vicisitudes modificativas del negocio constitutivo de las sociedades participantes (tesis sostenida en la doctrina italiana por autores de la talla de CAMPOBASSO, FERRARA, GALGANO, SERRA, SILVETTI, SIMONETTO, TANTINI).

(18) CAMPOBASSO, G.F., *op. cit.*, en nota 1, pp. 551-2.

LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Lic. Celín Arce Gómez^()*

Abogado costarricense

SUMARIO:

- A. Orígenes
- B. Concepto
- C. Valor jurídico tutelado
- D. Sujetos titulares del derecho
- E. Contenido

LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Establece el artículo 87 constitucional que: *“La libertad de cátedra es un principio fundamental de la enseñanza universitaria.”*

Procede, por tanto, que nos aboquemos a desentrañar su alcance y contenidos en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere.

No recoge las Actas de la Asamblea Constituyente de 1949 discusión alguna referente a la libertad que nos ocupa, razón por la cual no podemos determinar cuál fue la intención y el espíritu del constituyente sobre la misma. Únicamente en el acta 161 se da a conocer que este artículo es producto de una moción presentada por el Diputado Baudrit Solera y compañeros, la que fue aprobada; consecuentemente, la libertad de cátedra no fue objeto de polémica alguna en el seno de dicha Asamblea.

A. ORÍGENES

Al carecer Costa Rica de una larga tradición universitaria, el tema de la libertad de cátedra no ha sido ni es un tema polémico.

Dicha libertad no ha sido un derecho conquistado ni arrebatado al Estado o a la Iglesia como sí es el caso de países como España.

En efecto, la libertad e independencia del profesor universitario surge históricamente en el siglo XIX, cuando los liberales culminaron el proceso de secularización, el traspaso del control de la enseñanza universitaria de la Iglesia al Estado.

Este proceso de sometimiento de la enseñanza al control estatal, como corolario de su concepción como una función pública a la que el Estado no puede renunciar, va a alterar profundamente las características sociales de la universidad y, en especial, de sus profesores.

“La necesidad de garantizar la libertad e independencia del profesor universitario surge históricamente cuando, como consecuencia del proceso de sujeción de la enseñanza al control del Estado, que se inicia con el despotismo ilustrado para ser culminado por el liberalismo doctrinario, se somete al profesorado al estatuto de funcionario y se hace

patente la contradicción existente entre dicho estatuto, que conllevaba en el siglo XIX la total subordinación a la autoridad administrativa con los imperativos de cualificación, autonomía y libertad científica propios de la actividad docente”.⁽¹⁾

Si bien es cierto que la libertad de cátedra surge en el siglo XIX como garantía de la independencia de los profesores funcionarios, no es sino hasta en la Constitución de 1931 que España eleva a rango constitucional esta libertad al consignar en su artículo 48.3 que: “*La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada*”.

Posteriormente la Constitución de 1978 confirma tal libertad en su artículo 20.

En nuestro caso la Universidad de Costa Rica fue creada mediante Ley Nº 362 del 26 de agosto de 1940, en la que no se consignó la libertad de cátedra como un derecho o garantía de la misma, razón por la cual la historia de dicha libertad arranca en nuestro medio con la Constitución de 1949.

Durante la existencia de la Universidad de Santo Tomás fundada en el año 1843 y derogada en el año 1888, tampoco significó tema de análisis la libertad académica del profesor universitario, por cuanto desde su fundación estuvo determinada por los poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que contó con una autonomía interna muy escuálida.⁽²⁾

Por otro lado, en el año 1853 la Universidad fue declarada pontificia por el Papa Pío IX, resultando de ello, entre otras cosas, la obligación de la misma de ceñir su enseñanza en todos los ramos “*a las Doctrinas de la Fe y la Moral Cristiana*”, y la facultad para el Obispo de velar sobre “*la conducta religiosa y moral de todos los que componen la misma Universidad*”, la obligación para los profesores y los graduados de hacer ante el mismo Obispo “la profesión de Fe”, y la proscripción de las obras prohibidas por la Iglesia.⁽³⁾

(1) LOZANO, Blanca. *La libertad de cátedra*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 27.

(2) GONZÁLEZ G. Yamileth. *La Universidad de Santo Tomás: una polémica sin cuartel*. En la obra **Historia de la Educación Superior en Costa Rica**. Universidad de Costa Rica. 1991, pág. 9 y ss.

(3) Véase: Obras de Rodrigo Facio. *Obras Históricas, Políticas y Poéticas*. Editorial Costa Rica, San José, 1982, pág. 390.

Es decir, que además de su limitada autonomía, a partir del momento en que fue declarada pontificia se convirtió en una universidad confesional en la que, por definición, no podía haber libertad de cátedra, porque la enseñanza quedaba subordinada en un todo a la doctrina católica y a la moral cristiana. Para cumplir con lo anterior, sus profesores debían inclusive hacer profesión de fe, lo cual causó la renuncia del rector Lorenzo Montúfar y profesor de la Escuela de Derecho, a quien en 1885, el Ministro de Instrucción Pública le conminó a someterse a textos recomendados por la Iglesia Católica.⁽⁴⁾

B. CONCEPTO

Podemos, en primer lugar, concebir la libertad de cátedra como *“... la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones a través de la enseñanza, ejercida como saber organizado por profesores y en relación con alguna disciplina académica. Se configura, en efecto, como una expresión concreta –entre otras que se hallan en el texto constitucional– de la genérica libertad de pensamiento concebida como la producción, transmisión o recepción de opiniones, creencias o contenidos científicos.”*⁽⁵⁾

Como se aprecia, para este autor la libertad de cátedra consiste en la libre expresión y difusión de las ideas y pensamientos, pero a través de la enseñanza y en ejercicio de la respectiva disciplina académica, por lo que se restringe al profesor propiamente dicho.

Por otro lado, la libertad de cátedra, lo mismo que la libertad de enseñanza derivan de la libertad más amplia de pensamiento y de expresión.

“...la libertad de cátedra o libertad científica se fue gestando desde mediados de la segunda mitad del siglo XX contra el Estado por su pretensión centralizadora y monopolizadora del proceso de creación y transmisión del saber. Se configuró, por ello, como un reducto de autonomía del profesor-funcionario, que pretendía reafirmar su inmunidad frente a las injerencias del Gobierno”.⁽⁶⁾

(4) *Ibidem*, pág. 390.

(5) SALGUERO, Manuel. *La libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*. Editorial Ariel, Barcelona, 1997, pág. 48.

(6) *Ibidem*, pág. 106.

C. VALOR JURÍDICO TUTELADO

El valor jurídico que tutela esta libertad es la libre, permanente y eficaz investigación, exposición y transmisión de los contenidos científicos de los profesores universitarios.

Garantiza la transmisión de la ciencia y de la investigación científica, por lo que busca evitar que exista en la sociedad una ciencia oficial, única o estatal.

Como tal es una libertad propia de todo régimen democrático que parte del principio de que no existe una única y sola verdad, que la verdad sólo se puede alcanzar dando la máxima libertad posible a las personas para que, libremente, sin ninguna imposición externa y particularmente del Estado busquen la misma.

La libertad de cátedra garantiza la autonomía ideológica de la universidad, puesto que no puede ser compelida a enseñar una ciencia estatal u oficial, porque ello sería contradictorio respecto a la búsqueda de la verdad que es uno de sus objetivos y atentario de su autonomía política o de gobierno.

Tal y como lo expresó el Lic. Rodrigo Facio:

“Una Universidad donde se coartara el derecho de exponer o a contradecir cualquier idea, dentro de los cánones de la mayor compostura en la palabra, sería una Universidad no más de nombre. Porque en la libérrima discusión de todas las ideas y todos los principios descansa la condición del progreso científico, y la seguridad de que todos los hombres sean respetados en su conciencia y su dignidad individuales” (...) El día en que la universidad estuviera al servicio de un poder político, o de una confesión religiosa, o de una tendencia anti-religiosa mutiladora de la integridad de la vida interior, o de un sectarismo doctrinario, o de una distinción social, ese día sería pese a las brillantes apariencias y a las frases elaboradas con que se pretendiese disimularlo, el de la liquidación de la vida espiritual creadora en la institución y, por ende, el de ella misma”.⁽⁷⁾

(7) Obras de Rodrigo Facio. *Documentos Universitarios*. Editorial Costa Rica. San José, 1977, págs. 33 y 34.

D. SUJETOS TITULARES DEL DERECHO

En cuanto a la definición de los sujetos titulares de la libertad de cátedra debemos de indicar que, en lo que a nuestro régimen constitucional se refiere, debe prevalecer una interpretación restrictiva, en el sentido que sólo comprende al ámbito universitario, por lo que no puede entenderse referida de manera alguna a los niveles educativos no universitarios. En fin, es exclusiva de los profesores universitarios, no pudiendo ser extendida a los profesores de las escuelas y colegios.

Por la redacción tajante que al artículo 87 dicho le dio el constituyente, tal libertad no es extensiva tampoco a la educación superior parauniversitaria por cuanto, si bien es cierto es educación superior, no es educación universitaria propiamente dicha.⁽⁸⁾

En lo que a la educación general básica y educación diversificada se refiere, recordemos, que están bajo la dirección del Consejo Superior de Educación lo que significa, en este caso, que sus planes y programas de estudio son aprobados por aquél, lo mismo que los libros de texto, así como lo fines que se deben alcanzar en dichos niveles de la enseñanza.

En tales niveles el docente carece de toda potestad para definir tales extremos ya que están reservados al Consejo Superior de Educación.

En fin, con programas y planes de estudio y libros de textos oficiales, el Estado es el que enseña y los maestros sólo llevan su voz a las aulas.⁽⁹⁾

(8) La educación superior parauniversitaria se regula mediante la Ley No. 6541 del 19 de noviembre de 1980. Su artículo 2 dice: "Se considerarán instituciones de educación superior parauniversitaria las reconocidas así por el Consejo Superior de Educación, y cuyo objetivo principal sea ofrecer carreras completas, de dos o tres años de duración, a personas egresadas de la educación diversificada. El nivel de las carreras de educación superior parauniversitaria es intermedio, entre la educación diversificada y la educación superior universitaria".

(9) De conformidad con el artículo 81 de la Constitución, la dirección general de la enseñanza oficial, compete al Consejo Superior de Educación, que preside el Ministro del ramo.

Por otro lado, con base en el principio general de que no hay que hacer distinciones donde la ley no las hace, la libertad de cátedra comprende también a las universidades privadas, convirtiéndose en un límite más a la libertad de enseñanza que, como tal, las universidades privadas deben de respetar.

La libertad de cátedra la ostenta, por tanto, todo profesor universitario público o privado independientemente de su denominación o ubicación en el escalafón docente, más concretamente, no es una libertad exclusiva del catedrático propiamente dicho.

Es decir, es una libertad que ostenta todo profesor universitario titular de una cátedra, entendiéndose por ésta, todo puesto docente en las universidades públicas y privadas, comprende, en suma, a todo el profesorado universitario sean éstos catedráticos o simples profesores universitarios.

La universidad, por definición, tiende a la búsqueda de la verdad, a la investigación y al desarrollo de la ciencia independientemente que sea una universidad pública o privada, de tal suerte que la libertad de cátedra es extensiva a las universidades privadas por igual.

Finalmente podemos decir que la libertad que nos ocupa, no sólo es propia de todo profesor universitario en la forma que lo hemos expuesto sino que, también, es una garantía de la universidad como institución y de manera particular de las universidades estatales, a las que, por consecuencia, el Estado no les puede imponer una ciencia oficial, porque tal acto además de negar la libertad de cátedra, conlleva a una lesión a su autonomía de gobierno.

E. CONTENIDO

Esta libertad en cuanto a su contenido encierra varias ideas fundamentales.

No cabe duda que es una proyección de la libertad ideológica, y una manifestación de la libertad de expresión, sea, que es la manifestación de ésta última libertad en el ejercicio de la docencia universitaria.

Por ende, la libertad de cátedra no es sinónimo de libertad de expresión, porque si así fuese, sería superfluo de que hablemos de la

misma, si no hay distinción entre ellas, aunque ambas tienen en común la garantía de la difusión de las ideas y opiniones, prohibiendo cualquier tipo de censura previa.

Por tanto, debemos de precisar aún más el contenido de la libertad de cátedra, ya que es una libertad autónoma y constitucionalmente distinta de la libertad de expresión.

La primera consiste en el derecho o libertad de transmitir los conocimientos, ideas y convicciones científicas que se estimen a bien, por lo que se excluye la posibilidad de toda injerencia externa, particularmente del Estado, que tienda a imponer al profesor universitario una ciencia oficial en el acto docente o una orientación ideológica determinada. El profesor no tiene, entonces, que someterse a una línea ideológica preestablecida.

Nos parece aceptable por ello la definición dada por el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 5/1981, cuando conceptúa esta libertad como:

“...aquella libertad que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de lo que es el amplio marco de los principios constitucionales hace posible (...) La libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales”.⁽¹⁰⁾

Una segunda idea se refiere al método para transmitir dichos conocimientos, ingrediente que se conoce usualmente como *libertad pedagógica*. Significa lo anterior que, así como al profesor universitario, le asiste el derecho a la libertad de investigación, también le asiste el derecho de escoger los métodos pedagógicos que estime más conveniente para transmitir su ciencia y sus conocimientos.

El profesor está facultado para desarrollar su actividad en la forma que estime más conveniente, aunque con sujeción a criterios serios, objetivos y técnicos.

(10) Citada por RODRÍGUEZ COARASA, Cristina. *La libertad de enseñanza en España*. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 197-198.

La tercera idea, ya adelantada por lo demás, se refiere a que esta libertad no se reduce al hecho de simplemente expresar ideas o conocimientos, lo que es algo propio de la libertad de pensamiento y de expresión, sino que demanda que la actividad se produzca de una manera sistemática e institucionalizada de ahí que esté referida a la cátedra universitaria que, por definición, cumple con dichos requerimientos.

La cátedra universitaria es metodología, es estructuración del conocimiento, es razonamiento y argumentación, es la búsqueda y la transmisión de la verdad de una manera organizada.

Por tanto, la libertad de cátedra no está referida a la mera emisión de ideas, pensamientos y opiniones fuera de la cátedra universitaria, o sea, de manera no organizada, como por ejemplo la conferencia o la opinión de cualquier tema en otra sede, ya que ello es propio de la libertad de expresión que tiene toda persona por su condición de tal.

“La libertad de cátedra no protegería la emisión de opiniones que no guardaran relación con la materia impartida y fueran, únicamente, expresión de opciones ideológicas cualesquiera pronunciadas con ánimo proselitista o denigratorio”.⁽¹¹⁾

En efecto, no sería parte de la libertad de cátedra el deseo de un profesor universitario de llevar a cabo la publicación de sus ideas o posiciones sobre un tema específico en un boletín de la universidad, o en un periódico de circulación nacional.

Tal y como lo ha indicado nuestra Sala Constitucional:

“II). Por otra parte, la libertad de cátedra es un instrumento de protección de las actividades investigadoras y docentes. Desde el punto de vista individual es una expresión fundamentalmente personal de la libertad de manera que, el docente puede manifestar sin trabas y con finalidad propiamente pedagógica, su propio pensamiento así como dedicarse con autonomía a la investigación. Para la

(11) EMBID IRUJO, Antonio. *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 291.

Sala, los hechos que se narran en el amparo no dan base para estimar que se ha violentado la libertad de cátedra, toda vez que no se le ha impedido al accionante la manifestación y difusión de su pensamiento. Si lo que el amparado pretende es, con finalidad pedagógica, difundir su pensamiento y el de sus colegas en un boletín financiado por la Universidad de Costa Rica, deberá estarse al procedimiento que ese ente ha dispuesto para tal fin. Consecuentemente, podrá participar de las bondades del régimen de publicaciones de la Universidad para la que labora, en condiciones de igualdad, y en estricto apego a las posibilidades institucionales. Este extremo del recurso también resulta improcedente y debe ser desestimado.” (voto No. 6669-93)

Finalmente, la libertad de cátedra está referida a la materia impartida por el profesor universitario, esto es, que no puede hacerse extensiva a otros temas o ramas del saber por más que sea del agrado del docente, porque el ejercicio de esa libertad debe referirse exclusivamente a la materia objeto de su enseñanza como profesor universitario.

“La libertad de cátedra toma como contenido específico la protección de los profesores en su actividad cuando ésta es ejercida de forma sistemática y organizada, y en relación con una disciplina académica institucionalizada”.⁽¹²⁾

Supone la libertad de cátedra el derecho de expresar las ideas y convicciones científicas que asume cada profesor en el ejercicio de las actividades docentes, específicamente en la programa de la asignatura a cargo del docente universitario.

F. LÍMITES

1. Límites externos

Como toda libertad fundamental la libertad de cátedra tiene límites porque no es una libertad absoluta e ilimitada.

(12) Salguero, *op. cit.*, pág. 75.

Como toda libertad está sujeta, en primer lugar, a los límites genéricos del artículo 28 constitucional a saber el de respetar los derechos de los terceros, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

El respeto y la fidelidad a la Constitución es otro límite, porque la libertad de cátedra no puede llevarse al límite de que el profesor universitario pueda criticar los valores supremos del ordenamiento jurídico-político, aunque debemos de aceptar que el especialista o profesor del derecho constitucional sí puede hacer la crítica técnica de la Constitución, lo cual es materia inclusive de los cursos de Derecho Constitucional.

Es decir, la crítica de la Constitución podrá hacerse siempre y cuando el contenido de la disciplina que se imparte así lo permita, crítica que podrá ser tanto técnica como ideológica.

Dicha fidelidad a la Constitución y a las leyes en general la contempla el artículo 11 de la misma al establecer que los funcionarios públicos deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes, juramento que, aunque no se dé en la práctica comprende a los profesores de las universidades estatales, ya que son funcionarios públicos.⁽¹³⁾

En cambio, no ampara la libertad de cátedra por ejemplo, al profesor de física pura que rechace de manera sistemática el régimen democrático que establece la Constitución, ya que ello es ajeno totalmente a su cátedra y, tal y como lo dijimos, dicha libertad protege únicamente el contenido de la asignatura que imparte el docente.

Nos parece aplicable a nuestro medio, la disposición de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania según la cual "*La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución*". (art. 5.3).

En efecto, si la libertad de cátedra es una derivación del régimen democrático que a su vez se asienta en la Constitución Política, sería un contrasentido que aquella se convierta en un instrumento para socavar a los mismos.

(13) El juramento lo contempla el artículo 194 de la Constitución y consiste en ¿Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? –Sí, juro–. Si así lo hicieris, Dios os ayude, y si no, Él y la Patria os lo demanden”.

2. Límites internos

Tal y como se indicó, el profesor no puede enseñar lo que estime a bien sino que debe sujetarse a transmitir el conocimiento propio de la cátedra para la que fue contratado.

Es decir, la libertad de cátedra no puede usarse como excusa para desatender la cátedra respectiva y para transmitir conocimientos ajenos a la misma.

En el caso de las universidades privadas el profesor tiene la restricción de asumir una actitud de respeto y de no ataque a la universidad, ni a su ideario educativo aunque ello no significa tampoco que deba convertirse en un apologista de los mismos. Pensemos en el caso de una universidad católica, por ende confesional cuya educación gira entorno a la dogmática del catolicismo. No hay duda que la libertad de cátedra cubre a los profesores de los mismos, pero dicha libertad no los autoriza a atacar dicho ideario.

La libertad de cátedra no se puede utilizar como un instrumento para atacar el ideario de la universidad privada, en caso de que lo tuviese, ya que ello sería violentar la libertad de enseñanza, esto es, la facultad que le asiste a toda persona para crear y dirigir una universidad privada y asignarle el ideario educativo que estime a bien.

No significa la libertad de cátedra de manera alguna que la universidad delega en el profesor toda la materia atinente a la organización y contenido de la materia objeto de enseñanza.

Por el contrario, no es incompatible con dicha libertad la potestad de la universidad de poder definir el contenido y la programación de la cátedra correspondiente, incluida la definición de temarios para efectos de evaluación de los estudiantes.

La libertad de cátedra no puede extrapolarse a tal punto que sea el profesor el que inclusive define el contenido del programa de estudios.

Por el contrario, debemos tener en mente los derechos igualmente importantes que asisten a los estudiantes quienes tienen el derecho por cierto de recibir una educación adecuada y de calidad, derecho que se vería amenazado si la universidad delega en el profesor inclusive la potestad de definir libre e irrestrictamente el programa de

estudios, porque la enseñanza universitaria se estaría desnaturalizando al constituirse no en una cátedra universitaria sino que, en un foro en el cual se impondría solo la visión personal y unilateral del docente.

En suma, las potestades que hoy día ejecutan, por ejemplo las universidades estatales, sobre el procedimiento y los requisitos para la creación de las carreras y sobre el contenido de los planes y programas de estudio, son potestades propias de las universidades, más no atribuciones de los profesores so pretexto de la libertad de cátedra.

Es el caso, igualmente, del régimen de evaluación de los estudiantes normalmente reglamentado por las universidades, el cual no cabe duda que es de obligado acatamiento por parte de los profesores, no siendo una derivación de la libertad de cátedra.

Finalmente, no puede tenerse como violación a la libertad de cátedra la asignación que llevan a cabo las universidades estatales de la respectiva carga académica a los profesores en la correspondiente unidad académica.

Sobre el particular ha dicho nuestra Sala Constitucional en el voto 196-94 que:

“...la determinación, por parte de la Dirección de la Escuela demandada –dentro del límite de sus atribuciones y en la forma prevista en los reglamentos que la regulan– de la carga académica correspondiente a la recurrente para el primer ciclo lectivo del año en curso, no implica –como se afirma– un impedimento para su ejercicio profesional –como educadora–, ni tampoco tiene la virtud de constituir limitación alguna a la libertad de cátedra, que consagra a su favor el artículo 87 Constitucional, ya que con ello no se obliga a patrocinar ideas o conocimientos no compartidos por ella –contrarios a la moral y el orden público– sino a que colabore –como es su obligación– en aquellos cursos que, para las propias necesidades de la unidad académica, son relevantes. La elaboración de la carga académica para cada ciclo lectivo, no constituye un derecho adquirido a favor del profesor –como se pretende hacer ver– sino que es

una obligación para él, que emana del propio contrato de trabajo para con la unidad académica en la que preste sus servicios, máxime que es el director de ésta, quien junto con el educador, aprueba o reforma el plan de trabajo presentado por éste, sin que su grado académico o sus años de experiencia puedan afectar esa decisión de forma alguna...” (Sala Constitucional, sentencia número 418-91 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del veinte de febrero de mil novecientos noventa y uno. Además ver Sentencia número 469-91 de las quince horas con treinta minutos del veintisiete de febrero del mismo año, entre otras).

G. LIBERTAD DE CÁTEDRA Y AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La autonomía de las universidades y la libertad de cátedra son dos libertades estrechamente vinculadas, de manera tal que la suerte de la una es el destino de la otra.

En efecto, la autonomía le permite a la universidad ser ella misma y cumplir con sus fines medulares ya que le garantiza la libertad académica, docente e investigadora en forma libre y sin injerencia externa a ella.

Esta autonomía permite, a su vez, que la libertad de cátedra sea real y tangible en las universidades, o sea, difícilmente se puede concebir que una universidad pueda garantizar la libertad de cátedra si aquélla como institución no es autónoma, sea, si no está exenta de injerencias externas de los poderes públicos.

Si en Costa Rica no conocemos polémicas o casos de negación de la libertad de cátedra, ello obedece en mucho a la autonomía constitucional de que gozan nuestras universidades que les permite actuar y organizarse en función de aquélla otra libertad.

Desde éste punto de vista, basta restringir o negar la autonomía a las universidades para ir restringiendo y mutilando la libertad de cátedra.

Dichas libertades son, indudablemente, los pilares básicos en los que se asienta la universidad moderna y, como tales, son por los que más celosamente debe velar la comunidad universitaria.

La autonomía le permite a la universidad la búsqueda de la verdad y ejercer la investigación científica, en tanto que la libertad de cátedra le garantiza a la propia universidad la creación y la transmisión crítica del saber.

Por tanto, sin autonomía y sin libertad de cátedra no hay libertad académica y, consecuentemente, no hay universidad.

H. LIBERTAD DE CÁTEDRA Y UNIVERSIDADES PRIVADAS

A la luz de nuestro ordenamiento constitucional, no cabe duda que el derecho de libertad de cátedra tiene plena vigencia y aplicabilidad en las universidades privadas, al declarar nuestro artículo 87 constitucional que dicha libertad “es principio fundamental de la enseñanza universitaria”, es decir, que es una libertad inherente a la enseñanza universitaria en general tanto pública como privada.

Si no fuese así, se estaría introduciendo una discriminación odiosa y absurda en perjuicio del profesor de la universidad privada y, lo más importante aún, negaría la esencia y razón de ser de la propia universidad a saber: la transmisión del conocimiento científico, la búsqueda de la verdad y su carácter científico vinculado a la investigación.

En suma, negar la libertad de cátedra en las universidades privadas, sería reducirlas a simples entes transmisores del conocimiento y despojarlos de su naturaleza y vocación para la investigación científica y búsqueda crítica de la verdad.

Aceptando que en la enseñanza universitaria privada existe la libertad de cátedra en los mismos alcances y razón de ser que en la educación universitaria estatal, el tema nos conduce ineludiblemente a otro tema de importancia cual es el de conciliar los derechos de quienes ostentan la libertad de cátedra con los derechos de aquéllos que ostentan los derechos de fundar y dirigir universidades privadas.

En efecto, ¿Cómo actuar cuando entran en conflicto los intereses de los profesores universitarios en ejercicio de la libertad de cátedra con los propios de los titulares y rectores de la universidad privada?

En el ejercicio de la libertad de enseñanza que garantiza nuestro artículo 79 constitucional, las personas pueden crear no solo

universidades privadas sino que, dotarlas de una orientación ideológica definida, sea, darles un ideario específico e individualizable.

¿Qué procede, específicamente, en el caso de una universidad privada abiertamente confesional, si su profesorado en ejercicio de la libertad de cátedra, sea ejerciendo la libertad de expresión como docentes, atentan contra el ideario de esa universidad?

¿Cuál de los dos derechos prevalece? ¿Puede la universidad privada despedir a ese profesor por haber incurrido en un ejercicio abusivo de la libertad de cátedra?

Ante tal situación los derechos de ambas partes deben ser conciliados y armonizados.

Partiendo del principio de que ningún derecho es absoluto, en el ejemplo planteado, tanto la libertad de cátedra como el derecho de fundar y administrar universidades privadas, deben conciliarse encontrándose un punto intermedio entre ambos cuando entren en conflicto.

Así planteado el caso, nos parece que el criterio más racional y equilibrado, consiste en que el profesor universitario sólo incumpliría sus obligaciones con la universidad privada o, lo que es lo mismo, estaría extralimitándose en el ejercicio de la libertad de cátedra, “cuando desarrolle una actividad manifiesta e infundadamente hostil contra la orientación ideológica del mismo que carezca de justificación en el desarrollo de la enseñanza y no pueda, por consiguiente, entenderse amparada, en el ejercicio de la libertad de cátedra”.⁽¹⁴⁾

En efecto, los profesores de las universidades privadas gozan de plena libertad de cátedra por lo que pueden ejercer a plenitud su libertad de expresión en la docencia, mas ello no los legitima a asumir una actividad docente abiertamente hostil o contraria al ideario de la universidad y ajena a la enseñanza que le compete impartir.

El anterior principio debe ser analizado caso por caso a la luz del ideario específico de cada universidad y dentro del marco de la cátedra concreta que ejerce el profesor universitario.

(14) Lozana, *op. cit.*, pág. 234.

Si la libertad de expresión en la docencia consiste, fundamentalmente, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias, en directa relación con la materia objeto de enseñanza; se estaría extralimitando en su ejercicio aquél profesor que expresa ideas abiertamente contrarias al ideario de la universidad y que, además, son ajenas a la materia objeto de enseñanza.

La libertad de cátedra solo puede ser ejercida respecto de la materia objeto de enseñanza, sea, aquella para la que el profesor ha sido contratado.

Por ejemplo, no está protegida por la libertad de cátedra las opiniones o convicciones del profesor de la cátedra de química que contradice los principios filosóficos del ideario de la universidad, al no existir conexión directa entre su cátedra y el contenido de sus opiniones.

No tutela la libertad de cátedra, la opiniones del profesores universitarios en contra de las autoridades y organización de la universidad o contra las disposiciones que aquéllas adopten en la definición de las políticas universitarias en genera.

En este caso no cabe duda que, este profesor más que externar sus opiniones y convicciones sobre un tema propio de su cátedra, ha optado por asumir una actitud hostil en contra de la universidad para la que labora, extralimitándose en las atribuciones para las que fue contratado como profesor universitario.

I. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA EN ESPAÑA

Para concluir exponemos de una forma somera la regulación jurídica de la libertad que nos ocupa en España la que, como lo dijimos, la recoge de manera expresa la Constitución de 1978 en el artículo 20, apartado 1 inciso c) al declarar que se reconocen y protegen los derechos “A la libertad de cátedra”, disposición que no se ubica en el artículo 27 referido a la libertad de enseñanza y al derecho a la educación.

A diferencia de Costa Rica en que está referida de manera exclusiva a la cátedra universitaria, en España prevalece un criterio amplio, en el sentido de que dicha libertad se aplica a todos los profesores con independencia del nivel educativo y de la titularidad del centro docente, público o privado.

Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981.

“Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia, sólo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente “cátedras” y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable sólo de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora”.⁽¹⁵⁾

En segundo lugar en la doctrina y en la jurisprudencia española se concibe esta libertad como una proyección de la libertad ideológica.

“En el ámbito docente, la libertad ideológica posibilita que el profesor no tenga que someterse a una línea ideológica preestablecida, lo cual no es óbice para el respeto al ideario, en el caso de los centros docentes de titularidad privada”.⁽¹⁶⁾

Referente al contenido de dicha libertad, la jurisprudencia española ha dicho:

“No ofrece duda, pues, que el citado derecho fundamental radica en la posibilidad de exponer el contenido de la disciplina científica según el programa propio y mediante la orientación bibliográfica que se estime adecuada porque, precisamente el programa es lo que define tanto el contenido como

(15) Citado por Rodríguez Coarasa, *op. cit.*, pág. 198.

(16) *Ibidem*, pág. 190.

la sistemática y el método de la disciplina, determinados a su vez por las concepciones generales acerca de ésta; y las explicaciones (orales y escritas) y la bibliografía constituyen su contenido”.⁽¹⁷⁾

Como se puede apreciar, la libertad de cátedra está restringida a la cátedra correspondiente, de manera tal que no puede hacerse extensiva a aspectos ajenos a la misma, en cuyo caso lo que opera es la libertad de expresión y de pensamiento.

(17) *Ibídem*, págs. 218-219.

LA GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA EN COSTA RICA^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo

(*) Ponencia al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, expuesta el lunes 9 de febrero del 2004. (Del 9 al 14 de febrero del 2004). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

(**) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

SUMARIO:

1. Introducción
2. Sala Constitucional y contratación administrativa
3. Actividad ordinaria:
Concepto
Efectos
4. Criterio de la Procuraduría General de la República sobre actividad ordinaria: dictamen C-250-99
5. Legislación de generación eléctrica privada
6. La actividad ordinaria del ICE es vender electricidad a los usuarios
7. Generación privada y generación estatal, ICE
8. Políticos y empresarios ligados a la generación eléctrica privada
9. Dólares y colones
10. Informe No. 90 del 2000, de la Contraloría General de la República
11. Dictámenes de la Procuraduría: C-257-95 y C-250-99
12. Proyecto de ley de derogatoria de las leyes: 7200 (1990) y 7508 (1995)
13. Autoridad reguladora de los servicios públicos
14. Reflexión final
15. Glosario
16. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El Instituto Costarricense de Electricidad, ICE, es una institución descentralizada del Estado creada por Ley 449 de 1949, cuyo artículo 1 manda:

Créase el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante llamado el Instituto, al cual se encomienda el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos.

La responsabilidad fundamental del Instituto, ante los costarricenses será encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica.

Habiendo transcurrido varias décadas con una actividad exitosa del ICE, en el campo de la energía eléctrica y telecomunicaciones (CEPAL, 2003), grupos privados con vínculos en la cúpula política del país han logrado fácilmente aprobar las leyes, en la Asamblea legislativa donde han tenido presencia e influencia necesaria, para privatizar el campo de la venta de electricidad, de modo parcial, ya que todavía el mercado de la electricidad, en su mayoría, lo controla el ICE.

Por su parte, la televisión tradicional y por cable, radiomensajes (*beepers*) y otras formas de las *telecomunicaciones* están en manos privadas, con el gigantesco negocio y poder que ello significa. Respecto de este negocio, la *Procuraduría General de la República* dijo que se requiere concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa para su explotación por particulares (*oficio OJ-137-1999*). Esta concesión no existe, razón por la cual se trata de una contratación inconstitucional.

Toda esta contratación millonaria de empresarios-políticos y políticos-empresarios, se puede entender mejor releyendo a Francisco de Quevedo (1580-1645) *poderoso caballero es don dinero* y a Jacinto Benavente (1866-1954), con sus *intereses creados*.

2. SALA CONSTITUCIONAL Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Con el fin de explicar la inconstitucionalidad de la ley 7200 de 1990 y su reforma por ley 7508 de 1995, procedo a focalizar la

información en torno al *principio de actividad ordinaria* en el campo de su aplicación: la contratación administrativa.

Por el *voto 998 de 1998*, la Sala Constitucional estableció los parámetros más relevantes en la materia de la contratación administrativa.

Por esta sentencia, a clásica, *998-98*, se afirmó que el artículo 182 de la Carta Magna, contiene los principios –con rango constitucional– propios de la negociación administrativa pública.

Artículo 182:

Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Estos principios constitucionales de la contratación administrativa la Sala Constitucional los ha indicado en las sentencias, entre otras, *3348-95*, *8320-97* y *998-98*.

Algunos de esos principios son (*numerus apertus*)

- competencia
- igualdad
- transparencia
- libre, amplia y abierta participación de los oferentes
- eficiencia
- publicidad
- equidad
- reajuste de precios
- buena fe
- igualdad de oportunidades
- control de los procedimientos administrativos
- mutabilidad del contrato
- intangibilidad patrimonial
- disponibilidad presupuestaria
- equilibrio de intereses
- libertad de concurrencia
- formalismo de los procedimientos administrativos
- actividad ordinaria

3. ACTIVIDAD ORDINARIA

Este principio de la contratación administrativa está centrado, al menos, en dos aspectos: concepto y efectos.

Concepto

La definición de la actividad ordinaria la ha establecido la Ley de la contratación administrativa y su respectivo reglamento; al igual, que la propia Sala Constitucional.

Ley de la Contratación Administrativa, artículo 2, inciso a)

Es actividad ordinaria del ente, el suministro directo al usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

Reglamento de la contratación administrativa, artículo 76.1

Estamos en presencia de actividad ordinaria cuando la prestación objeto del contrato constituya una actividad que se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la administración respectiva. En estos casos, la actividad podrá desarrollarse dentro del marco legal y reglamentario respectivo, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación establecidos en la ley y en el presente reglamento.

Por su parte, la Sala Constitucional afirmó:

Voto 8320- 97

Actividad ordinaria: es la actividad contractual de la Administración que, por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios, resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de la contratación. Constituye la prestación final de la actividad frente a los usuarios.

El voto 6754-98

La actividad ordinaria es la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar

definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no por el reglamento ejecutivo.

En la actividad ordinaria se da la excepción a la licitación pública, en tanto la prestación del servicio o actividad a brindar constituye el fin último de la respectiva institución.

Efectos

En nuestro ordenamiento el concepto de actividad ordinaria, trae consigo el del medio de selección del contratista público: la contratación directa, es decir, no se da la licitación o concurso público, pues es una excepción a la realización licitatoria (artículo 2º de la Ley de contratación administrativa, citado).

Sin embargo, una contradicción aparente se da con el artículo 21 de la ley 7200 y su reforma la 7508, que enuncia la licitación pública.

Formalmente, se indica la licitación pública, pero en la realidad los generadores privados pueden establecer acuerdos en la participación de estos millonarios contratos. De tal modo que no hay que dejarse engañar por la letra de la ley.

4. CRITERIOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, RESPECTO DE LA ACTIVIDAD ORDINARIA

En el *dictamen 250 del 21 de diciembre de 1999*, la Procuraduría General de la República afirmó que los contratos del ICE con los generadores privados para la compra de electricidad, se dice forman parte de la *actividad ordinaria* del ICE, lo cual es discutible en razón de la jurisprudencia constitucional (*sentencia 6754-98*), que ha definido la *actividad ordinaria*, como *venta al consumidor* de energía eléctrica; y, no la *compra* de este bien.

En este mismo dictamen, la Procuraduría llegó a la siguiente conclusión:

De lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

a) *Los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compra venta de energía eléctrica, aún cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.*

b) *La circunstancia de que una determinada fórmula de ajuste automático haya sido incluida en los contratos de compra venta de energía eléctrica no enerva la competencia que en su momento la Ley N° 7200 de 28 de setiembre de 1990 y actualmente la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996, han otorgado a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para fijar la tarifa del servicio de generación de energía eléctrica.*

c) *La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ARESEP, puede establecer una fórmula de ajuste automático uniforme para los prestatarios del servicio de generación de electricidad que se encuentre en la misma categoría jurídica.*

5. LEGISLACIÓN DE GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA

Con el objeto de favorecer los intereses de pequeños grupos de empresarios-políticos se promulgó una legislación que permite que el Instituto Costarricense de Electricidad, ICE, le compre electricidad a generadores privados, a precios más altos que los establecidos por el ICE, incluso cuando ello no es necesario y también bajando los niveles de las represas de agua para verse obligado el ICE a efectuar esas compras (grupo de energía Fecon, revista *Degeneración eléctrica*, campaña por la derogatoria de las leyes 7200 y 7508, marzo del 2003, *in toto*).

Esa *compra* de energía eléctrica por parte de la institución estatal, ICE, a las empresas privadas ha sido facilitada y autorizada por las *leyes 7200 de 1990 y 7508 de 1995*, que es una reforma a la anterior.

Los artículos claves en esa legislación son: 3, 13, 20 y 21.

Artículo 3

Se declara de interés público la compra de electricidad, por parte del ICE a las empresas privadas (...).

Artículo 13

El Instituto Costarricense de Electricidad estará facultado para suscribir contratos destinados a la compra de energía eléctrica como parte de su actividad ordinaria.

Artículo 20

Se autoriza al ICE para comprar energía eléctrica proveniente de centrales eléctricas de propiedad privada, hasta por un quince por ciento (15%) adicional al límite indicado en el artículo 7 de esta ley.

Artículo 21

Las compras deberán efectuarse mediante el procedimiento de licitación pública (...).

Ley 8345 del 3 de enero del 2003, de participación de las cooperativas de electrificación rural y de las empresas de servicios públicos municipales en el desarrollo nacional.

Por esta ley se le permite a las cooperativas la *venta* de electricidad al ICE. Lo que ocurre es que bajo el nombre de cooperativa pueden encubrirse sociedades mercantiles privadas (como ya ocurre con otras “cooperativas”) de tal modo que es una vía de privatización del ICE y del enriquecimiento de este sector privado por la venta de un *servicio público* estratégico, como es la electricidad.

6. LA ACTIVIDAD ORDINARIA DEL ICE ES VENDER ELECTRICIDAD A LOS USUARIOS, A LOS CONSUMIDORES

La *actividad ordinaria del ICE* no es comprar electricidad, es *vender electricidad* a los consumidores finales o usuarios, que son las personas que habitan este país, tal y como está debidamente regulado por la Ley y el reglamento de la contratación administrativa y por la propia Sala Constitucional.

La actividad ordinaria del ICE es la *venta* de electricidad a los usuarios de este servicio público, a los consumidores finales, tal cual lo ordena nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, la ley 7200 de 1990 es inconstitucional, en sus artículos 3 y 13, porque califica de *actividad ordinaria* la *compra* de electricidad por parte del ICE a las generadoras eléctricas privadas, con el fin de autorizar ese contrato administrativo entre empresas privadas y el ICE.

Existe otro principio constitucional llamado de *reserva de ley en materia de contratación administrativa*, de tal modo que los procedimientos de contratación, selección del contratista público, clases de negociación y otros aspectos claves en esta relación contractual sólo se pueden establecer mediante Ley emanada del Poder Legislativo; y, no vía reglamento o decreto ejecutivo.

Obviamente, lo que la Ley disponga tiene que ser congruente y concordante con las disposiciones constitucionales, lo cual no se da en este caso concreto, por las razones ya indicadas, para los efectos de la declaratoria de inconstitucional correspondiente.

7. GENERACIÓN PRIVADA Y GENERACIÓN ESTATAL (ICE)

– 31 proyectos privados generan el 13.2 % de la electricidad del país, con un costo para los consumidores de 12.266 millones de colones, que es el 24% de todos los ingresos que pagan los habitantes de este país por electricidad. Esto es así porque el ICE paga a las empresas privadas un 60% más cara la electricidad, calculada en el costo de la energía térmica, con uso de hidrocarburos.

– El ICE con 16 proyectos, produce más del 81.2% de la electricidad del país con un costo de 26.390 millones de colones.

– **Año 2000:** transferencia de capital del ICE a generadores privados por leyes 7200 y 7508: 30 mil millones de colones.

– En los primeros cuatro meses del 2000, el ICE le había pagado a los generadores privados 14 mil millones de colones, equivalentes al 36% del total de los ingresos del ICE.

– **Año 2001:** la oferta eléctrica estaba compuesta así:

75% hidroelectricidad

14% térmica

9% geotérmica

3% energía eólica

Desde el punto de vista del mercado:

el ICE controlaba el 81.2% de la oferta eléctrica nacional
proyectos privados 13.2%
otros distribuidores 7.6%

– **Año 2003:** el ICE paga una factura a los generadores privados de más de 29 mil millones de colones, a un promedio ponderado de 24.75 colones cada kw generado, lo cual contrasta con el costo de generación que mantiene el ICE, cuyo promedio es la mitad de ese monto.

Los generadores privados recibieron más de 34 mil millones de colones.

– Se calcula que para el **2005**, ese monto será de 61 mil millones de colones, cantidad cercana a la mitad de los ingresos del ICE.

– **Años 1999 a 1910:** en este periodo, estas empresas privadas habrán recibido la suma de 484.500 millones de *colones*.

– **Año 2025:** se calcula que las empresas privadas habrán recibido dos mil millones de dólares (Álvarez, setiembre 2003).

Tres aspectos negativos para la institucionalidad del ICE:

a) Eliminación de la *cláusula nocturna* en la relación contractual con los generadores privados. Esta cláusula estuvo vigente hasta 1993, pero posteriormente fue eliminada. Mediante esta cláusula el ICE podría decidir si compraba electricidad a los generadores privados durante la noche, entre agosto y noviembre de cada año, que son los meses de invierno en el país.

Al eliminarse esa cláusula, el ICE quedó obligado a comprar todos los excedentes de energía a las empresas privadas, aunque el ICE tuviera en sus plantas energía disponible o la pudiera producir a un costo menor. El ICE se vio obligado a botar agua de sus reservas, para comprarla a los tenedores privados.

En los meses de julio a octubre de 1996, el ICE tuvo que comprar energía a los generadores privados por la suma de *162.978.000,00* millones de colones, a pesar de que tenía excedentes de agua que le permitían generar esa energía en sus propias plantas.

La Contraloría General de la República, en su informe No. 28 de 1998, afirmó lo siguiente:

Debido a una cláusula contractual, el ICE tiene que comprar todos los excedentes de energía a las empresas cogeneradoras.

Esta situación provocó que ese Instituto, durante la madrugada de los meses lluviosos de 1996 (junio a noviembre), vertiera agua sin turbinar, proveniente de los embalses que alimentan sus plantas conocidas como “a filo de agua”, y comprara energía a los generadores privados, a pesar de tener en sus propias plantas una disponibilidad de energía que superaba las necesidades del país. De acuerdo con información suministrada a este órgano contralor por el Instituto, esa entidad compró, entre julio y octubre de 1996, 23.283 megavatios hora, cuyo costo sumó ₡162.978.000,00 durante ese lapso, a pesar de que tenía excedentes de agua que le permitían generarla en sus propias plantas (página dos de su informe ejecutivo).

En las páginas 3 y 6 de este documento público se lee la misma información de este modo:

En los meses lluviosos de 1996 el ICE vertió sin turbinar agua proveniente de los embalses que alimentan sus propias plantas hidroeléctricas conocidas como “a filo de agua”, principalmente en las horas de la madrugada, situación que se dio porque, de acuerdo con una cláusula contractual contenida en los contratos de compra de electricidad a generadores privados, ese Instituto se obligó a comprar todos los excedentes de electricidad que producen las empresas dedicadas a la generación privada, de tal forma que se tuvo que comprar electricidad aún cuando se pudo haber producido por el propio ICE.

La misma Contraloría General de la República, en el tema de la compra de electricidad a los generadores privados afirmó que:

De los artículos respectivos de la Ley 7200 de 1990 y su reforma por ley 7508 de 1995, no son suficientes para afirmar que existe una obligación a cargo del ICE de adquirir el cien por ciento de los excedentes. Por el contrario, consideramos que parte de la negociación entre el ICE y el generador privado constituye, precisamente, determinar la cantidad (o porcentaje) del excedente que el ICE se compromete a comprar (oficio 11557 del 19 de setiembre de 1997; pág. 4 del informe 28-98 citado de la Contraloría).

b) El establecimiento de la *tarifa piso*, que sustituyó a la tarifa anual. Esta la fijaba el organismo regulador, al tanto que la *tarifa piso* variable se incluía la tarifa original en el contrato y las variaciones se producen con una fórmula de ajuste que excluye de la fijación a la autoridad reguladora de los servicios públicos, ARESEP. Esto provocó el pago de un sobreprecio entre 1997 y el 2001, de 17 mil millones de colones.

c) Se modificó la fórmula de ajuste intranual de la tarifa de pago a los cogeneradores, que brindó ventajas únicamente a 5 empresas privadas, entre ellas Volcán y Don Pedro, ligadas al Presidente de la República José María Figueres.

El sobreprecio provocado por este manejo tarifario implicó para el ICE el pago de 271 millones de colones a los cinco proyectos privados beneficiados por este cambio tarifario, durante el período 1996-2000 (*Merino*, 2002 y setiembre 2003).

Por lo anterior, tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la República indicaron que era absolutamente ilegal la inclusión de cláusulas tarifarias en los contratos, ya que la ARESEP tiene la potestad exclusiva de establecer las tarifas y las fórmulas de ajuste.

La Contraloría fue más allá, al ordenar al ICE iniciar un *juicio de lesividad* para establecer la nulidad de la inclusión en los contratos de la tarifa piso ajustable, y a la ARESEP denegar aumentos superiores a la tarifa anual. Tanto las autoridades del ICE como de la ARESEP se han negado a emprender las acciones necesarias en salvaguarda del interés público (*Merino*, 2002 y setiembre 2003).

8. POLÍTICOS Y EMPRESARIOS LIGADOS A LA GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA

<i>Inversionistas</i>	<i>Planta eléctrica en funcionamiento o proyecto</i>	<i>Potencia (kw)</i>
Familia Figueres	Planta La lucha (Desamparados)	00.254
(Hermanos Figueres	Planta Don Pedro (Sarapiquí)	14.000
Olsen Figueres Boggs)	Planta Volcán 3X (Sarapiquí)	17.000
	Proyecto Guácimo (Guácimo)	12.000

<i>Inversionistas</i>	<i>Planta eléctrica en funcionamiento o proyecto</i>	<i>Potencia (kw)</i>
Franz Koberg Gutiérrez	Proyecto San Gabriel (Aserrí)	210
	Proyecto Río Limón (San Vito)	20.000
	Proyecto Río Banano	20.000
Franz Koberg Facio	Proyecto Buena Vista (Coto Brus)	20.000
	Proyecto Río Banano	20.000
Familias Gurdíán y Montealegre Gurdíán Moreno, asociadas a Hydro Québec y Abonos Superior	Planta Río Lajas (Turrialba)	10.000
Familia Corrales Villalobos	Volcán 3X (Sarapiquí)	17.000
	Don Pedro (Sarapiquí)	14.000
	Proyecto Doña Julia (Sarapiquí)	16.000
Familias Arias Sánchez Sánchez Benavides y Sánchez Marí (Ingenio Taboga)	Proyecto Taboga (Cañas)	5.000
Efraín Matamoros Corrales y hermanos Madrigal Matamoros	Planta San Rafael (Naranjo)	300
	Planta Platanar (San Carlos)	15.000
	Planta Matamoros (Ciudad Quesada)	4.000
Familia Ramírez Steller	Planta Platanar (San Carlos)	15.000
	Proyecto Doña Julia (Sarapiquí)	16.000

(Fuente: Instituto Costarricense de Electricidad, oficio PE-033-99P, 29 de enero de 1999, Álvarez, marzo 2003).

En lo que respecta a la **Ley 8345 del 3 de enero del 2003**, de participación de las **cooperativas** de electrificación rural y de las empresas de servicios públicos municipales en el desarrollo nacional, el diputado Rodrigo Carazo Zeledón hizo la denuncia de que Coopeguanacaste es una mampara para una entidad llamada Electricidad Eólica Chorotega S.A.; 35% de sus acciones son de Coopeguanacaste R.L., 35% son de la empresa Turbo Winds de Centroamérica S.A. y 30% son de

dos sociedades denominadas Corporación Inversionista Cúspide ICE S.A. e Inversiones Mandarín de Occidente S.A.

Estas dos últimas son las propietarias de los terrenos del Cerro Cacao en Santa Cruz de Guanacaste y son sociedades en cuyo capital accionario tiene participación mayoritaria y relevante el señor Rodolfo Brenes Gómez, Presidente del Banco Nacional de Costa Rica, miembro de la junta Directiva del Banco Internacional de Costa Rica, ex diputado por el partido Unidad Social Cristiana, ex jefe de la fracción, asesor directo del expresidente de la República Miguel Angel Rodríguez Echeverría; y, quien hace todas las gestiones del proyecto eólico Chorotega es el abogado Carlos Vargas Pagán, miembro del bufete o despacho de abogados que dirige el ex Presidente Rafael Angel Calderón Fournier (fuente: evaluación financiera del proyecto eólico Chorotega, realizado en enero del 2003 por el Centro Nacional de Planificación Eléctrica, e información del Registro Público; Fecon, revista de setiembre del 2003, degeneración eléctrica).

9. DÓLARES Y COLONES

<i>Año</i>	<i>valor del colón respecto del dólar</i>
1995	193
1996	218
1997	243
1998	270
1999	296
2000	317
2001	340
2002	376
2003	415
2004	422

10. INFORME No. 90 DEL 2000 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En este informe contralor, se llegó a la siguiente conclusión:

Con base en los resultados antes expuestos, se concluye que efectivamente existen diferentes tarifas para el pago de las compras de

energía eléctrica que realiza el ICE a los generadores privados, aún y cuando esa energía es un servicio que no presenta distinciones independientemente de su proveedor, por lo que su precio debería ser el mismo para todos. Esa diferencia obedece a las condiciones tarifarias vigentes al momento de la firma de los respectivos contratos, bajo las cuales se establecieron en éstos las cláusulas correspondientes, como resultado de la negociación entre las partes –(el generador y el ICE)–; contratos que en su oportunidad fueron ratificados por el SNE, conforme a lo indicado en el artículo 13 de la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela No. 7200 del 28 de setiembre de 1990 y sus reformas.

Al respecto, hay 15 contratos suscritos antes de julio de 1995 cuya tarifa es fija ajustable (tarifa piso ajustable), la cual no está prevista en dicha ley; además, cinco de ellos tienen una fórmula de ajuste de tarifa cuyos parámetros no responden a la estructura financiera del ICE sino, al parecer, a la de las respectivas empresas generadoras, lo cual es contrario a lo señalado en el artículo 14 de esa ley que dispone que las tarifas deben ser fijadas *“dentro del principio de costo evitado de inversión y generación del sistema nacional interconectado, con un criterio económico nacional”*, criterio que necesariamente implica que éstas se determinen en función de los costos que la generación privada pueda evitarle al ICE y no de aquellos costos propios de los generadores privados.

Procede mencionar que esas condiciones relativas a tarifa fija ajustable y fórmula de ajuste en función de los costos de producción de los generadores privados supuestamente eran estímulos para que inversionistas privados ingresaran al negocio de la generación, al garantizarles así una rentabilidad constante durante la vigencia del contrato. Pero esos estímulos carecen de sustento legal, puesto que las tarifas deben ser fijadas con base en los criterios definidos por el respectivo ordenamiento jurídico, el cual no contempla este tipo de incentivos, por lo que se debe acudir a lo establecido en el inciso 2 del artículo 21 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, el cual dispone que se admitirá la impugnación, entre otros casos, contra actos que no hubieran sido recurridos en tiempo y forma, *“... cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura”*.

En ese sentido, la Administración del ICE puede impugnar en esa vía los contratos con tarifa fija, con el fin de solicitar su anulación e inaplicabilidad futura bajo esa modalidad.

La diversidad en las tarifas que se aplican a los generadores privados es de conocimiento del ICE y de la ARESEP, entidades que han tomado las medidas pertinentes para uniformar las condiciones en los contratos suscritos a partir de 1997, por cuanto éstos incluyen sólo tarifa de revisión anual, una cláusula de reserva de compra nocturna de energía y una única fórmula de ajuste de tarifas; condiciones que deberán mantenerse en futuros contratos. De esta manera, si todos los contratos tuvieran esa modalidad de tarifa, se les aplicara la misma fórmula de ajuste de tarifa y los reajustes fueran de aplicación general, no habría diferencias en los precios que le paga el ICE a esos generadores por la energía eléctrica que les compra.

Razón por la cual esta Contraloría dispuso:

Esta Contraloría General, en uso de sus facultades constitucionales y legales y aparte de las disposiciones que se consignan en los puntos 4.1 y 4.2 siguientes, considera pertinente trasladar este documento al Ministerio Público, con el fin de que ese órgano conozca las actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en esos contratos, y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que, legalmente, pudieran corresponder.

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ICE:

*a) Ordenar a la Administración de esa entidad disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso-administrativa, inicie un **juicio de lesividad** con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica; lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

b) Remitir a esta Contraloría, dentro de los próximos quince días, copia del acuerdo que tome ese Consejo Directivo en relación con el contenido de este documento y la disposición consignada en el inciso anterior.

A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ARESEP:

a) Disponer las acciones que sean pertinentes y velar para que, en adelante, todo contrato de compraventa de energía eléctrica suscrito entre el ICE y un generador privado esté sujeto a la tarifa ajustable anualmente y a una única fórmula de reajuste de tarifas, de manera tal que haya tarifas iguales para servicios brindados en igualdad de condiciones.

b) Ordenar que se efectúe un estudio jurídico para determinar la posibilidad de que la ARESEP, ante peticiones de reajustes de tarifas de las empresas cogeneradoras cuyos contratos establecen tarifa fija ajustable, deniegue los aumentos solicitados si éstos implican que la tarifa ajustada sea superior a la tarifa de revisión anual definida por esa Autoridad y velar porque dichas tarifas estén en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley No. 7200 y su reglamento.

c) Dicho estudio deberá considerar los efectos que podría acarrear para la ARESEP la no aprobación de esos reajustes en esa condición.

Una vez concluido el estudio, esa Junta Directiva, con fundamento en los resultados que se obtengan, deberá tomar las medidas que procedan al respecto.

La vigencia de esta disposición será hasta tanto los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se hayan pronunciado sobre la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable, según la disposición consignada en el inciso a) del numeral 4.1 de este documento.

d) Remitir a esta Contraloría, dentro de los próximos quince días, copia del acuerdo que tome esa Junta Directiva en relación con el contenido de este documento y las disposiciones consignadas en los incisos a) y b) de este aparte 4.2.

11. DICTÁMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En el *dictamen No. C-257 de 1995*, la Procuraduría consideró que la existencia de una tarifa piso ajustable era ilegal y que debería haber una única tarifa de compra a los cogeneradores privados, siendo

necesario que en la fijación de los precios debían intervenir los criterios técnicos de la ley. (Merino, 2002).

Este mismo dictamen afirmó que resulta imperativo que las decisiones administrativas se ajusten al criterio de legalidad, más que a criterios políticos (Procuraduría, dictamen C-257-95).

La conclusión de este dictamen fue la siguiente:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1-. La fijación de una “tarifa piso” sería ilegal en la medida en que la tarifa no corresponda a los criterios legalmente establecidos para esa fijación y, por ende, no se adapte a los costos de producción.

2-. Constituye una potestad discrecional del SNE de ejercicio unilateral, el establecimiento y adaptación de la fórmula de ajuste que debe regir en los diversos contratos de compra venta de energía en que es parte el ICE. El ejercicio de esa potestad debe respetar, empero, el ordenamiento jurídico.

3-. El concepto “criterio económico nacional” empleado por el legislador remarca que la fijación del precio de compra de energía eléctrica por parte del ICE debe tomar en consideración la situación económica nacional y los efectos que sobre ella tendrán las tarifas fijadas.

4-. En ausencia de una definición legal sobre el punto, corresponde al SNE establecer qué elementos concretiza el “criterio económico nacional”, lo cual debe hacer con estricto apego a los principios y normas de las Ciencias Económicas.

5-. El precio de compra-venta de la energía eléctrica debe fundarse exclusivamente en los criterios técnicos establecidos por la Ley N° 7200 de 18 de octubre de 1990 y su Reglamento Ejecutivo. Situación que justifica, incluso, la ausencia de control del Poder Ejecutivo en los precios indicados.

6-. Por consiguiente, carece el SNE de potestad para introducir criterios no técnicos en la citada fijación.

Por su parte, en el *dictamen C-250 de 1999*, esta Procuraduría llegó a la siguiente *conclusión*:

De lo antes expuesto, es criterio de la *Procuraduría General de la República* que:

a) Los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compra venta de energía eléctrica, aún cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

b) La circunstancia de que una determinada fórmula de ajuste automático haya sido incluida en los contratos de compra venta de energía eléctrica no enerva la competencia que en su momento la Ley N^o 7200 de 28 de setiembre de 1990 y actualmente la Ley N^o 7593 de 9 de agosto de 1996, han otorgado a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para fijar la tarifa del servicio de generación de energía eléctrica.

c) La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos puede establecer una fórmula de ajuste automático uniforme para los prestatarios del servicio de generación de electricidad que se encuentre en la misma categoría jurídica.

12. PROYECTO DE LEY DEL DIPUTADO PROPONENTE JOSÉ MIGUEL CORRALES PARA DEROGAR LAS LEYES 7200 DE 1990 Y 7508 DE 1995 (AÑO 2003)

PROYECTO DE LEY
DEROGATORIA A LA LEY QUE AUTORIZA LA GENERACIÓN
ELÉCTRICA AUTÓNOMA O PARALELA No. 7200 Y LA LEY No. 7508
QUE LA REFORMA. Exp. No.

Asamblea Legislativa:

La Ley No. 7200, publicada en La Gaceta No. 197 del 18 de octubre de 1990, autorizó la cogeneración por empresas privadas hasta un 15% de la capacidad total del Sistema Nacional Interconectado, conocido por sus siglas SIN.

Para el año 2003, al amparo de la Ley No. 7200 se genera para el SIN un total de 189.85 Mw, que representa un 10.2% del total instalado.

Con la Ley No. 7508 se generan 27.5 Mw, que representan un 1.5% de la capacidad instalada. Bajo la Ley No. 7200 se agrupa un total de 31 plantas, y bajo la Ley 7508 solamente se encuentra la planta Miravalles III. De las plantas de generación privada, un 80% produce energía hidroeléctrica y un 20% energía eólica.

Los contratos firmados con los generadores son de dos tipos:

Tarifa anual: Cada año la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos fija una nueva tarifa (15% del total de contratos).

Tarifa fija: La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos fijó una tarifa para toda la vida del contrato. (85% de los contratos están firmados bajo esta modalidad y un 90% de estos se firmaron entre 1994 y 1995).

La Ley No. 7200 establece en su artículo 1º que:

“Para efectos de esta ley, se define la generación autónoma o paralela como la producida por centrales eléctricas de limitada capacidad, pertenecientes a empresas privadas o cooperativas de electrificación rural que puedan ser integradas al sistema eléctrico nacional.”

Y el artículo 2º de esta ley 7200 indica:

“Son centrales de limitada capacidad, las centrales hidroeléctricas y aquellas no convencionales que no sobrepasen los veinte mil kilovatios (20.000 kw).”

El reglamento a la Ley No. 7200, publicado en La Gaceta No. 76 del 23 de abril de 1991, establece en su artículo 21º:

“Las tarifas estarán sustentadas en el principio de lograr el mayor beneficio económico para el país en general y para los consumidores finales en particular. Para ello, el precio de compra no será mayor al costo de producción por un Kilovatio-hora (kwh) suplementario –denominado también costo marginal– que se requeriría producir en el caso de que no se tuviera la generación de los productores privados.”

La metodología, que emplea el costo marginal, fue diseñada por *Electricité de France*. Lo que se establecía en este caso es que el precio

de compra no debía ser mayor al costo de producción de un kilovatio-hora (kwh) suplementario, denominado también costo marginal (costo adicional para satisfacer demanda adicional). De modo que fuera indiferente para el país que, el desarrollo de la generación lo efectuara el ICE o los generadores privados.

En la Gaceta No. 100 del miércoles 26 de mayo de 1993, se modifica el inciso f) del artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 20346-MIRENEM que varía el límite para la contratación de generación privada.

En 1994 se cambian algunos factores de la fórmula tarifaria, favoreciendo la estructura financiera de las empresas privadas y no la del ICE. Específicamente mediante nota del 24 de noviembre de 1994, el ICE solicitó al SNE la ratificación a los contratos suscritos con las empresas *P.H. Don Pedro* y *P.H Río Volcán S.A.* e indicó que la fórmula de ajuste de precios contenía los parámetros externo e interno en 85% y 15% respectivamente, y que en lugar del índice de precios externo que utilizaba la fórmula vigente, éste se cambiaba por el índice de precios al consumidor de Estados Unidos de América.

En atención a esta solicitud, el 23 de diciembre de 1994, el Presidente Ejecutivo del SNE había aprobado la nueva fórmula propuesta por ese Instituto, por lo que los generadores privados podían escoger para el ajuste automático de sus tarifas la fórmula vigente entonces o la que se estaba aprobando en ese momento. Es así como el SNE aprueba a solicitud del ICE una nueva fórmula de ajuste que responde a la estructura de financiamiento de las empresas *Don Pedro* y *Río Volcán* para que "...supuestamente, pudieran hacerle frente al servicio de la deuda, en manifiesta contraposición con lo establecido en el artículo 14 de la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma No. 7200, en el sentido de que las tarifas de generación privada deben ser fijadas "dentro del principio de costo evitado de inversión y generación del sistema nacional interconectado, con un criterio económico nacional", lo que necesariamente implica que tales tarifas no deban ser determinadas en función de los costos de producción de los generadores, sino que los costos a tomar en cuenta –para efectos de esa fijación– son aquellos que la generación privada pueda evitarle al ICE..." (*Informe de la Contraloría General de la República No. 90/2000*).

El 30 de abril de 1995 se modifica la Ley No. 7200 promulgándose la Ley 7508 que agregó un Capítulo II, denominado *Compra de Energía bajo Régimen de Competencia*. En ésta se autoriza al ICE para comprar a centrales privadas energía eléctrica de origen hidráulico, geotérmico,

eólico y de cualquier otra fuente no convencional, hasta por un 15% adicional al 15% de la potencia del conjunto de centrales eléctricas que conforman el SEN y en bloques de no más de 50.000 KW de potencia máxima. Dicha compra debe realizarse mediante licitación pública, con competencia de precios y evaluación de la capacidad técnica, económica y financiera del oferente, así como de las características de la fuente de energía ofrecida. Con esta modalidad de compra, los activos de la planta eléctrica en operación deben ser traspasados al ICE, libres de costo y gravámenes, al finalizar el plazo del contrato.

En la Gaceta No. 14 del viernes 19 de enero de 1996, se publica el Decreto No. 24866-MINAE que dispone el Reglamento al Capítulo II de la Ley de Generación Paralela: Régimen de Competencia.

A partir de 1998, el efecto de las indexaciones condujo a una tarifa que supera los límites establecidos por la Ley, para los generadores privados que poseen contratos con tarifa fija ajustable. Es decir, desde entonces se inició el pago de una tarifa que violenta el principio de mayor beneficio económico para el país en general y para los consumidores en particular. En el caso de los generadores privados que ya han pagado sus compromisos, las indexaciones se están aplicando a las utilidades netas, y no es justificable esa transferencia de riqueza a un reducido sector.

En el año 2000, la Contraloría General de la República realiza el *“Informe sobre la aplicación de tarifas a los generadores privados, por venta de energía eléctrica al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)”* No. 90/2000 donde *“considera pertinente trasladar el Informe al Ministerio Público, con el fin de que ese órgano conozca las actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en esos contratos, y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que, legalmente, pudieran corresponder.”*

Además le ordena a “la Administración del ICE disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso- administrativa, inicie un *juicio de lesividad* con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica.”

Los montos pagados en exceso a los generadores privados es una de las causas de los problemas financieros en el sector electricidad. Por la electricidad de los generadores privados el ICE paga tres veces más que por la que produce la institución y a la fecha el monto pagado en sobrepagos es cercano a los 17.000 millones de colones.

En los últimos años, los pagos realizados a los generadores eléctricos aumentan considerablemente:

Año	En millones de colones
2000	23.471
2001	26.990
2002	29.929
2003	31.956

En el año 2002, 27 empresas de generación se repartieron la suma de 29.929.046.987,09 de millones de colones. Esta suma representó el 30% del presupuesto del Sector Energía, sin embargo, el aporte que realizan es únicamente el 12% de la generación.

El monto acumulado por el pago a los generadores privados en el período 1999-2010 será de 484,500.00 millones de colones, lo que al tipo de cambio actual representa la suma de 1345 millones de dólares.

Un informe no oficial sobre la proyección financiera del pago a los generadores privados, nos arroja cifras alarmantes:

Año	Cifra en millones de colones
2003	31.813,13
2004	38.760,27
2005	50.494,25
2006	55.135,76
2007	60.155,95
2008	62.300,25
2009	58.510,76
2010	39.772,16
2011	36.361,88
2012	39.835,75
2013	41.125,57
2014	44.771,02
2015	34.377,40
2016	32.860,61
2017	35.822,52
2018	39.051,34

Esta proyección se realiza el 29 de mayo del 2003 con los contratos firmados a ese día y las fórmulas tarifarias actuales, además considera sus fechas de expiración. Esta proyección revela que para el año 2005, el monto a pagar a los generadores privados representaría el 50% de los ingresos totales del Sector Eléctrico del ICE, ubicando a este en una situación muy difícil.

De las 27 empresas que tienen contratos en el 2002 por una potencia de 173.521 sólo dos concluyen sus contratos en el 2003, una en el 2007 y dos en el 2008. A la mayoría de las empresas se les vence el contrato en el 2009 (10 en total) y a 7 en el 2010, posteriormente quedarían sólo 5 empresas con contratos firmados, lo que permitiría al ICE hacer la previsión para sustituir esas fuentes, pues podría preveer un plan de expansión de mediano y largo plazo.

En ningún caso se estarían lesionando los derechos de esas empresas, porque la derogatoria a la Ley No. 7200 y sus reformas respetaría el término de vigencia de los contratos. Se supone que estas empresas ya habrían recuperado ampliamente los costos de inversión y tendrían suficientes utilidades. Más aún en aquellos casos en que todavía se pueda explotar la planta, el ICE podría ofrecer un valor de rescate al generador o bien, adquirir la energía que produzca al costo marginal de operación y mantenimiento de cada planta.

Otro elemento a considerar, es que el costo de la generación adicional requerida en caso de no disponerse de la generación privada, en condiciones de emergencia, no es estrictamente igual al costo de generación termoeléctrica y mucho menos al costo de generación termoeléctrica más cara, porque en el corto plazo el Sistema Eléctrico Nacional (SEN) debe proceder de acuerdo con el despacho económico.

Muchos de los problemas aquí expuestos suscitados con los modelos tarifarios que se aplican a la generación privada se exponen, con mayor amplitud, en los informes rendidos por la Comisión Legislativa Investigadora de las Compras de Electricidad a Generadores Privados, Expediente 14.453 y cuyas recomendaciones no han sido aplicadas.

Por todas las razones expuestas, sometemos a consideración de los señores y las señoras diputados, la derogatoria a la Ley No. 7200 y sus reformas:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

DECRETA

DEROGATORIA A LA LEY QUE AUTORIZA LA GENERACIÓN ELÉCTRICA AUTÓNOMA O PARALELA No. 7200 Y LA LEY No. 7508 QUE LA REFORMA

Artículo 1.—*Derógase la Ley No. 7200 “Ley que autoriza la Generación Autónoma o Paralela” y la Ley No. 7508 que la reforma.*

Artículo 2.—*Los contratos de generación vigentes conservarán las mismas condiciones hasta su finalización. Ningún contrato será renovado.*

Artículo 3.—*El Instituto Costarricense de Electricidad si es de su interés, podrá, previo avalúo de un perito autorizado, adquirir las plantas de los generadores privados o adquirir la energía que produzca al costo marginal de operación y mantenimiento de cada planta.*

Rige a partir de su publicación.

Lamentablemente, este proyecto de ley carece de viabilidad política y pasará al archivo, dado el férreo control que ejercen los jefes *reales* de las respectivas fracciones parlamentarias de los partidos Liberación Nacional y Unidad Social Cristiana. Este proyecto de ley lo presentó el diputado Corrales electo por el primer partido citado, pero en las dos oportunidades en que salió como congresista ha jugado un papel independiente.

13. AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Creada por ley 169, publicada en La Gaceta 169 del 5 de setiembre de 1996.

Mediante el *artículo 1* de su ley se transformó el Servicio Nacional de Electricidad, SNE, en la Autoridad reguladora de los servicios públicos. Este numeral manda:

Se transforma el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para efectos de esta ley llamada Autoridad Reguladora.

La Autoridad Reguladora tendrá personería jurídica y patrimonio propios, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta ley, sus reglamentos y las leyes que la complementen.

La Autoridad Reguladora no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley.

Los objetivos de esta institución estatal vienen dados por su numeral 4:

Son *objetivos* fundamentales de la Autoridad Reguladora:

a) Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestatarios de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.

b) Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestatarios de los servicios públicos.

c) Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley.

d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad. ()*

e) Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones.

f) Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella.

Las *funciones* están establecidas en su artículo 5:

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, trasmisión, distribución y comercialización.

b) Los servicios de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley.

(*) La constitucionalidad del inciso d) del presente artículo está siendo cuestionada mediante acción No. 6844-97. BJ, No. 20 de 29 de enero de 1998.

c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales.

d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas, destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución; y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.

e) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.

f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.

g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.

h) Transporte de carga por ferrocarril.

i) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

Inciso a): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso e): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso f): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Inciso g): Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica e Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, respectivamente.

Inciso h): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Inciso i): Las municipalidades.

En el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de aguas para riego deberá incluirse la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo de agua, a fin de evitar la degradación del recurso suelo, ya sea por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo y otros efectos perjudiciales.

Las obligaciones de la ARESEP las establece su numeral 6:

a) Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestatarios de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.

b) Realizar inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a prestar el servicio público, cuando lo estime conveniente para verificar la calidad, confiabilidad, continuidad, los costos, precios y las tarifas del servicio público.

c) Velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de las cargas sociales, y el cumplimiento de las leyes laborales.

d) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio.

En lo pertinente a los nombramientos, el artículo 47 manda:

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora será nombrada después de abrirle expediente personal y de antecedentes a cada persona que se postule o sea postulada para integrarla.

El Consejo de Gobierno, una vez que haya nombrado al Regulador General y a los restantes miembros, enviará todos los expedientes a la Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de

(*) El último párrafo del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 7779 de 30 de abril de 1998. LG No. 97 de 21 de mayo de 1998.

treinta días para objetar los nombramientos. Si en ese lapso no se produjere objeción, se tendrán por ratificados.

En caso de objeción, el Consejo de Gobierno sustituirá al director objetado y el nuevo designado será objeto del mismo procedimiento.

El procedimiento del nombramiento es que el Consejo de Gobierno (Poder Ejecutivo) nombra o designa y el Poder Legislativo lo ratifica o no. Si pasado el plazo de ley, el parlamento no toma ninguna decisión, opera el silencio positivo, ratificándose *ipso jure* el nombramiento.

En el 2003, el parlamento ratificó el nombramiento propuesto por el Poder Ejecutivo de una hermana del Ministro de Trabajo, ya que la ley de la ARESEP, no contiene prohibición alguna respecto de lazos de consanguinidad con determinados funcionarios de alta jerarquía del Gobierno.

De igual modo, en la *Ley del defensor de los habitantes*, No. 7319 de 1992, no existe ninguna prohibición para que miembros de alta jerarquía o de los poderes públicos puedan ocupar este cargo público. Por esta razón, una persona siendo diputada en ejercicio fue nombrada por el Poder Legislativo, como defensora de los habitantes.

Cabalmente, es perfectamente explicable y entendible el por qué la cúpula política del país no estableció esas prohibiciones saludables y democráticas en dichas leyes. La razón está en la experiencia de lo que ha ocurrido en esos nombramientos. Debe quedar la puerta abierta para que los miembros de la cúpula política y sus familiares accedan a esos puestos públicos y así lograr un control directo en la maquinaria del Estado.

Esta situación se llama legislar en *beneficio propio*.

14. REFLEXIÓN FINAL

1) La Contraloría General de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales consideró pertinente trasladar este documento al *Ministerio Público*, con el fin de que ese órgano conozca las actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en

esos contratos, y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que, legalmente, pudieran corresponder (*Informe No. 90 del 2000 de la Contraloría General de la República*. Esta disposición contralora ha quedado en nada, como era de esperarse, lo cual se considera normal que ocurra).

2) La Contraloría General de la República dispuso ordenar al Consejo Directivo del ICE, disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso-administrativa, inicie un **juicio de lesividad** con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica; lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Informe No. 90 del 2000 de la Contraloría General de la República*. Esta disposición contralora ha quedado en nada, como era de esperarse, lo cual se considera normal que ocurra).

3) En el *dictamen No. C- 257 de 1995*, la *Procuraduría* consideró que la existencia de una tarifa piso ajustable era ilegal y que debería haber una única tarifa de compra a los cogeneradores privados, siendo necesario que en la fijación de los precios debían intervenir los criterios técnicos de la ley. (*Merino, 2002*).

4) Por su parte, en el *dictamen C-250 de 1999*, esta *Procuraduría* llegó a la siguiente *conclusión*:

De lo antes expuesto, es criterio de la *Procuraduría General de la República* que:

a) Los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compra venta de energía eléctrica, aún cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Este dictamen también quedó en nada, pues la cúpula política se encarga de neutralizar estos criterios oficiales de órganos técnicos.

5) Las leyes 7200 de 1990 y su reforma por ley 7508 de 1995, son inconstitucionales, razón por la que he interpuesto la correspondiente acción de inconstitucionalidad ante el Poder Judicial (enero del 2004).

6) El poder político ha anulado los criterios técnicos y jurídicos de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República. Los negocios de la generación eléctrica privada son gigantescos e impiden cualquier acción que los perjudique.

Dado el poder de los empresarios-políticos y de los políticos-empresarios, este gigantesco negocio, entre otros, seguirá su curso. Este núcleo negocial otorga impunidad e inmunidad a sus miembros.

El expediente de la Sala Constitucional N° 04-459 en estudio, contiene la acción de inconstitucionalidad que presenté contra la Ley N° 7200, en base al concepto de actividad ordinaria.

15. GLOSARIO

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, creada por la Ley No. 7593 publicada en “La Gaceta” No. 169 del 5 de setiembre de 1996.

Autoproductor: Persona física o jurídica, titular o poseedora por cualquier título legítimo, de una central de generación de energía eléctrica, cuya producción la destina a su propio consumo en un mismo sitio.

Bloques de Potencia: Cantidad de potencia medida en kw que se adquiere en cada proceso licitatorio al amparo del capítulo II de la Ley 7200 y sus reformas, con un límite máximo de capacidad de 50.000 kw.

Capacidad ofrecida o potencia ofrecida: La potencia en kw que el oferente se compromete a vender al Instituto Costarricense de Electricidad.

Centrales Eléctricas Privadas: Es todo aquel establecimiento de propiedad privada donde se produce electricidad, para los fines de la ley 7200 y sus reformas.

Centro de Transformación: Instalaciones en las cuales la energía primaria o secundaria es sometida a procesos que modifican sus propiedades o su naturaleza original, para transformarla en energía de uso final.

Cesión: Es el traspaso de una concesión de su titular a otro.

Cliente Final: Persona física o jurídica consumidor o usuario del servicio público de energía eléctrica.

Concesión: Acto administrativo, emitido por el Servicio Nacional de Electricidad (SNE), para la explotación de electricidad, en las centrales eléctricas y sistemas de distribución y transmisión asociados, a las cuales el ICE les adjudica contratos, según las condiciones establecidas en los artículos 20, 21, 22 y 23 de la ley Nº 7508.

Concesión de Servicio Público: Es el acto administrativo por el cual se autoriza la prestación del servicio público de suministro de energía eléctrica, en las etapas de generación y de distribución y comercialización por un plazo determinado.

Consumo Final: Es toda la energía eléctrica que se suministra a los sectores de consumo.

Contrato: Acuerdo escrito de partes por medio del cual se definen los derechos y obligaciones de las mismas así como las condiciones del negocio.

Contrato de Interconexión: Acuerdo de voluntades suscrito entre el ICE, un concesionario del servicio de distribución y comercialización y cualquier concesionario de servicio público, que establece las condiciones para enlazarse al Sistema Nacional Interconectado, (SNI), aprobado por el ARESEP.

Cooperativas: Empresas asociativas entre productores, vendedores o consumidores, para la utilidad común de sus socios.

Distribución y comercialización: Actividad que tiene por objeto el trasiego de electricidad a través de la infraestructura construida específicamente para distribuir y comercializar energía eléctrica, así como su venta a los clientes finales, que incluye la medición, lectura, facturación, cobro de energía entregada y otras actividades relacionadas con la atención de todos los clientes finales en un sector o región, ya sean industriales, generales o residenciales; así como el servicio de alumbrado público.

Distribuidor: Persona física o jurídica, titular de una concesión de servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica.

Eficiencia: Razón entre la energía desarrollada por la máquina con la energía suplida a ella.

Empresa Privada: Aquellas empresas en las cuales al menos el 35% de su capital social pertenece a personas físicas costarricenses.

Energía eléctrica licitada: Es la energía y/o potencia que el ICE compra, proveniente de una central eléctrica privada.

Energía Primaria: Fuentes de energía tal como se obtienen de la naturaleza, ya sea en forma directa como en el caso de la energía hidráulica o solar, o después de un proceso de extracción como el petróleo, carbón mineral o geotermia.

Energía Secundaria: Productos energéticos que provienen de los distintos centros de transformación después de sufrir un proceso físico o bioquímico, cuyo destino son los distintos sectores de consumo u otro centro de transformación.

ESIA: Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la SETENA.

Estudio de Mercado Eléctrico Potencial: Cuantificación en kwh y kw de las necesidades de energía eléctrica por parte de los diferentes sectores socioeconómicos, en un área determinada del territorio nacional, durante los próximos 5 años.

Evaluación de Impacto Ambiental (EIA): Proceso de análisis de los efectos de un proyecto definido en el Reglamento sobre Procedimientos de la SETENA.

Estudio científico-técnico: Realizado por profesionales en la materia, que permite identificar y predecir los efectos que producirá un proyecto específico sobre el ambiente, cuantificándolo y ponderándolo.

Factor de planta anual: La razón del promedio de la energía generada en 8.760 horas en la planta, con respecto a la energía teórica que produce el equipo instalado en la planta, en 8.760 horas a su capacidad nominal.

Fuentes Convencionales de Energía: Los derivados del petróleo, gas natural, carbón mineral, materiales nucleares y el agua utilizada para la generación eléctrica, en escala comercial.

Fuente de energía no convencional: Toda fuente que en la producción de la energía utilice cualquier elemento básico que no sean los hidrocarburos, el carbón mineral o el agua.

Fuentes de energía no renovables: Carbón, petróleo y derivados y gas natural, utilizadas para la generación de electricidad.

Fuentes no Convencionales de Energía: Recursos renovables que se utilizan para la producción de energía eléctrica y que no están comprendidos en la categoría anterior.

Fuente primaria de energía: Aquella que se obtiene de la naturaleza, ya sea en forma directa, como el caso de la energía hidráulica o solar, o después de un proceso de extracción como el petróleo, carbón mineral o geotermia.

Fuentes renovables de energía: Los recursos hidráulicos, geotérmicos, eólicos, biomásicos y solares, utilizados para la generación de electricidad.

Fuente Secundaria de Energía: Productos energéticos que provienen de los distintos centros de transformación después de sufrir un proceso físico o bioquímico, cuyo destino son los distintos sectores de consumo y otros centros de transformación.

Generación de Energía Eléctrica: Es el proceso que involucra la construcción, instalación, operación y mantenimiento de plantas de producción de electricidad, sus respectivas líneas de conexión a redes de transmisión o distribución y equipos de transformación del S.N.I., con el fin de producir y vender energía en bloque al distribuidor.

ICE: Instituto Costarricense de Electricidad.

IGN: Instituto Geográfico Nacional.

MINAE: Ministerio del Ambiente y Energía.

Oferente: Persona física, o jurídica que se presenta a una licitación pública, promovida por el ICE para la compra de energía eléctrica licitada.

Operación Integrada: Servicio que tiene por objeto atender, en cada instante, la demanda del Sistema Eléctrico Nacional, en forma confiable, segura y con calidad, mediante la utilización óptima de los recursos disponibles de generación, transmisión y distribución.

Parámetros de Operación: Características de las unidades de generación que permiten una operación estable.

Peaje: Tarifa fijada por la ARESEP para cubrir los costos de interconexión y transporte de la energía eléctrica a través de las redes de transmisión o distribución del SNI.

Plantas o Centrales Eléctricas: Centros de transformación que utilizan cualquier fuente energética para producir energía eléctrica.

Potencia instalada en el SEN: Toda la potencia instalada en el Sistema Eléctrico Nacional de Costa Rica.

Productor: Persona física o jurídica que posee y opera legítimamente una o más centrales eléctricas para la generación de energía eléctrica.

Prestatario de servicio público. Sujeto público o privado que presta servicios públicos por concesión, permiso o ley.

Protocolo de pruebas de operación: Secuencia de pruebas que permiten determinar el ajuste de los controles de las unidades de generación.

Recurso Energético: Fuente primaria o secundaria de energía utilizada para la producción de energía eléctrica.

Servicio al costo: Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.

Servicio Público: El que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.

SEN: Sistema Eléctrico Nacional de Costa Rica.

SETENA: Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Sistema Aislado: Sistema eléctrico no conectado al SNI.

Sociedad de Carácter Mixto: Es toda aquella empresa conformada por capital público y privado.

Sistema Eléctrico Nacional (SEN): Conjunto de centrales eléctricas de generación en el territorio nacional, redes de transmisión, subestaciones transformadoras y redes de transmisión y distribución eléctrica, y las cargas eléctricas de los usuarios, que componen el Sistema Nacional Interconectado y sistemas aislados, establecidos en el territorio nacional, destinados al servicio público, o transferencias internacionales de energía eléctrica.

Sistema Nacional Interconectado (SNI): Conjunto de centrales generadoras, líneas de transmisión, subestaciones transformadoras y líneas de distribución, conectadas entre sí, que permite la transferencia de energía eléctrica entre diversos puntos, o intercambios internacionales.

Términos de referencia: Conjunto de lineamientos técnicos, legales y financieros que contiene el cartel de licitación.

Transferencia: Acto por medio del cual, el propietario del proyecto, transfiere al ICE, los activos de la planta libre de costos y gravámenes, así como todos aquellos derechos necesarios para la explotación de la central.

Transmisión: Actividad que tiene por objeto el transporte de energía eléctrica en alta tensión y la transformación vinculada a aquella, desde el punto de entrega de dicha electricidad, hasta el punto de recepción.

Usuario: Persona física o jurídica consumidor de la energía eléctrica suministrada por un prestador autorizado del servicio público de suministro.

(Fuente: *Reglamento al capítulo II de la ley de generación paralela: régimen de competencia*, decreto ejecutivo No. 24866-MINAE de 12 de diciembre de 1995, artículo 2 y *reglamento de concesiones para el servicio público de suministro de energía eléctrica*, decreto ejecutivo No. 30065-MINAE de 28 de noviembre del 2001, artículo 1, Gaceta No. 10 de 15 de enero del 2002; *Ley No. 7593 de la ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*, publicada en “La Gaceta” No. 169 del 5 de setiembre de 1996).

16. BIBLIOGRAFÍA

Alvarez, Mauricio. Un negocio que mata: leyes 7200 y 7508 (San José: revista *Degeneración eléctrica*, marzo del 2003, Federación costarricense para la conservación del ambiente, 2003).

Negocio millonario para compañías privadas (San José: revista *Degeneración eléctrica*, setiembre del 2003, Federación costarricense para la conservación del ambiente, 2003).

Antillón, Wálter. *Notas sobre la corrupción*. (www.cienciaspenales.org, accesado 28 enero 2004).

Buzzo, Fernando. *El régimen legal de la energía eléctrica en Argentina*. (Ponencia al *Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Carbonell, Miguel; y, Rodolfo Vázquez (coordinadores). *Poder, derecho y corrupción* (México: Siglo XXI, 2003).

CEPAL. *Evaluación de diez años de reforma en la industria eléctrica del istmo centroamericano* (México: www.cepal.org.mx, 26 diciembre del 2003).

Campos, Leticia et al. *El modelo británico en la industria eléctrica mexicana* (México: UNAM. Siglo XXI, 2003).

Chinchilla, Carmen. *El régimen jurídico de las telecomunicaciones* (Ponencia al *Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Comblin, José. *El neoliberalismo* (Chile: Ed. Chile-América, 2000).

Durán, Osvaldo. *Costa Rica: desarrollo energético sin planificación* (San José: revista *Degeneración eléctrica*, marzo del 2003, Federación costarricense para la conservación del ambiente, 2003).

Generación eléctrica: amenaza o desarrollo para el país? (San José: revista *degeneración eléctrica*, setiembre del 2003, Federación costarricense para la conservación del ambiente, 2003).

Fernández Ruiz, Jorge. *La reforma energética* (Ponencia al *Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Flores, Iván. *Definición de un marco general para la formulación de una política pública sobre alianzas estratégicas entre empresas públicas y privadas: el caso de las telecomunicaciones del ICE* (San José: tesis de maestría de Administración Pública, Instituto Centroamericano de Administración pública, 1995).

Gaille, Marie. *Le citoyen* (Paris: Flammarion, 1998).

González Pérez, Jesús. *La corrupción, la ética y el derecho*. (Ponencia al Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Hutchinson, Tomás. *Jurisdicción nacional o provincial en materia de comunicaciones*. (Ponencia al Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Klitgaard, Robert. *Controlando la corrupción* (La Paz, Bolivia: Ed. Quipus, 1990).

Laporta, Francisco; y, Silvia Alvarez (eds.). *La corrupción política* (Madrid: Alianza, 1997).

Malen, Jorge. *La corrupción* (Barcelona: Gedisa, 2002).

Globalización, comercio internacional, corrupción. (Barcelona: Gedisa, 2000).

Martin-Retortillo, Sebastián. *Acotaciones sobre el “nuevo” derecho de aguas* (Madrid: Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, No. 101, 1999).

Merino, José. *Cogeneración eléctrica favorece minorías* (San José: revista *degeneración eléctrica*, setiembre del 2003, Federación costarricense para la conservación del ambiente, 2003).

Propuesta de informe final del diputado José Merino del Río para la comisión investigadora que indaga las contratos de compra de energía eléctrica suscritos por el Instituto Costarricense de Electricidad con los generadores privados de energía (San José: Asamblea Legislativa, expediente No. 14.453, 2002).

Montaña, Alberto. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2002).

Muñoz, Santiago. *Servicio público y mercado. III. La televisión* (Madrid, Civitas, 1998).

Nieto, Alejandro. *Corrupción en la España democrática* (Barcelona: Ariel, 1997).

La "nueva" organización del desgobierno (Barcelona: Ariel, 1996).

Balada de la justicia y la ley (Madrid: Trotta, 2002).

Parejo Alfonso, Luciano. *Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público de telecomunicaciones*. (Ponencia al Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados, 9 al 14 de febrero del 2004, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *El servicio público* (San José: Universidad de Costa Rica, 1983).

Contratación pública (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2003).

Derecho Administrativo (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2003).

Contratación Administrativa (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2003).

Salomón, Jorge. *Teoría general de los servicios públicos* (Buenos Aires: Ad-hoc, 1999).

Santofimio, Jaime. *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, es especial de la energía eléctrica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000).

Trillo Figueroa, Jesús; y, López Jurado, Francisco. *La regulación del sector eléctrico*. Editorial Civitas, 1996).

Villasuso, Juan Manuel et al. *Corrupción en Costa Rica* (San José: Cedal, 2003).

**ANÁLISIS DE POLÍTICAS DE PERSECUCIÓN CRIMINAL
EN DELITOS SEXUALES Y EN AQUELLOS EN LOS QUE
MEDIA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA^(*)**

Licda. Laura Navarro Barabona

Abogada y Docente de la
Facultad de Derecho, UCR

Licda. Jenny Salas

Psicóloga
PANI - San Carlos

SUMARIO:

1. Introducción
2. Desarrollo
 - 2.1 Personas mayores de edad
 - 2.1.1 En cuanto a la conciliación
 - 2.1.2 En cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba
 - 2.1.3 Criterios de oportunidad
 - 2.2 Personas menores de edad
 - 2.2.1 Delitos sexuales
 - 2.2.2 En cuanto a la revocación de la instancia
 - 2.2.3 En cuanto a la conciliación
 - 2.2.4 En cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba
 - 2.2.5 Criterios de oportunidad
3. Conclusión
4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de este análisis tiene como fin primordial hacer un aporte muy general, y con elementos muy básicos y esenciales no solamente jurídicos, sino sociales y psicológicos, sobre los aspectos que se considera deben valorarse en el momento en que se formulen aquellas políticas de persecución criminal en delitos sexuales tanto cometidos en contra de menores como de adultos, y en aquellos en los cuales medie cualquier situación de violencia doméstica.

Es así como es necesario hacer referencia en primera instancia, a los elementos de la política criminal del Estado. El ámbito de la política criminal de un Estado se encuentra conformado por tres elementos, a saber: el elemento normativo, elemento estructural y el elemento ideológico-cultural. El elemento normativo consiste en todas aquellas normas jurídico penales de organización de la justicia y códigos de procedimientos (sistemas normativos). El estructural por su parte contiene la organización administrativa de los órganos judiciales (gestión rutinaria). El último elemento es el ideológico cultural, conformado por el perfil ideológico cultural de las personas concretas que ponen en funcionamiento el sistema judicial. Es precisamente dentro del ámbito de este elemento que se considera se enfoca este análisis.

2. DESARROLLO

Este tema se ha desarrollado a la luz no sólo de la ciencia jurídica, sino de las ciencias sociales, debido a que en las relaciones humanas en que se da la violencia doméstica y la violencia sexual, el sistema judicial para funcionar y garantizar el derecho a la vida y a la integridad de las personas, garantizando este derecho en el artículo 21 de nuestra Constitución Política, debe interpretarse sus normas jurídicas y procedimentales desde una perspectiva psico-social. Es así como debemos antes de analizar las políticas de persecución indicar que la violencia doméstica para el desarrollo de este tema es entendida como “todo acto y omisión que resulte en un daño a la integridad física, sexual, emocional o social de un ser humano, en donde medie un vínculo familiar o íntimo entre las personas involucradas”.⁽¹⁾ Agregamos

(1) CLARAMUNT (María Cecilia). *Casitas Quebradas: El problema de la violencia doméstica en Costa Rica*. San José, Costa Rica, Editorial, UNED, 1987, p. 3.

además una relación de poder. La violencia sexual o abuso sexual será cualquier conducta sexual, realizada en forma directa o indirecta que ocurra en contra de la voluntad de la otra persona o cuando ella no está en condiciones de consentir. El consentimiento en el abuso sexual infantil es imposible que se dé, en estas relaciones de un ser humano adulto con una persona menor de edad priva un claro poder y control de un ser humano sobre otro, de esta forma se puede definir el abuso sexual infantil como aquel acto entre una persona adulta y un niño o persona menor, donde medie una relación afectiva, familiar, de confianza y autoridad.

Este tipo de delitos que se producen por violencia doméstica y sexual nuestro Código Procesal Penal (CPP) en su artículo 18, los dispone de acción pública perseguibles sólo a instancia privada.

En nuestro Código Procesal Penal, se dan algunos institutos del régimen de la acción penal, que inciden directamente en la resolución y políticas de persecución criminales en los delitos en los cuales media la violencia doméstica y sexual. Nos referimos específicamente a la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación, el procedimiento abreviado y la revocación de la instancia. Para una mejor comprensión del tema dividiremos el análisis según se trate de menores de edad y adultos, en los ámbitos de la violencia doméstica y de la violencia sexual, en cada uno de los Institutos mencionados.

2.1. Personas mayores de edad

En los delitos en los cuales media violencia doméstica no solamente física, sino sexual (delitos sexuales) que es uno de los tipos de violencia doméstica, y están de por medio personas adultas se considera:

2.1.1. En cuanto a la Conciliación

El artículo 36 del CPP permite la conciliación entre la víctima y el imputado en aquellos delitos de acción pública a instancia privada, en cualquier momento hasta antes de la apertura a juicio, declarando que cuando esta se produzca quedará extinguida la acción penal. Este mismo artículo dispone claramente que “el tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza”.

Consideramos que no es admisible en los delitos en los que media violencia doméstica física o sexual la conciliación, pues en estos casos efectivamente existen fundados motivos jurídicos, como se encargó de señalarlo el mismo artículo 36 del CPP, como psicológicos, para estimar que alguno de los que intervienen no está en condiciones de igualdad para negociar.

Nos encontramos en una sociedad patriarcal donde el orden social establecido señala un rol social de supremacía al hombre y establece un rol social subordinado a la mujer. Este orden es interiorizado por todas las personas, hombres y mujeres. Lo aprendemos en las interacciones sociales cotidianas, desde el momento de nuestro nacimiento, cuando se nos asigna un rol: masculino o femenino, que conlleva una serie de características que la sociedad ya ha determinado. El rol masculino que implica autoridad, agresividad, fuerza; mientras que el femenino subordinación, pasividad, debilidad y sumisión. Todas estas características de cada género y este orden social son transmitidos y perpetuados en forma constante a través de la Escuela, la Iglesia (hombre cabeza del hogar), los medios de comunicación, la familia, etc.

Debemos tomar en cuenta cómo la sociedad se encuentra en un proceso de cambio pues muchos grupos y fuerza sociales intentan una equiparación de oportunidades en los roles del hombre y la mujer respetando las diferencias y la diversidad (igualdad). Aún así, aunque tengamos la oportunidad de cambiar los roles tradicionales y establecer relaciones intergeneracionales más justas, con frecuencia reproducimos el rol social asignado en forma casi o totalmente inconsciente.

En una relación de violencia contra la mujer, por el hecho de ser mujer, esta tiene aún menos posibilidades de cuestionar o modificar el sistema patriarcal y en la mayoría de los casos asume como natural e incuestionable la superioridad y papel de mando de su pareja. (Esto en casos de violencia doméstica de hombre hacia la mujer que es la más frecuente) y así se ha comprobado.

En todos los casos de violencia doméstica deben ser tomadas en cuenta las diferencias que existen entre la violencia doméstica y otras formas de agresión, pues no estamos hablando de dos personas que se encontraron en un sitio específico y se cometió el delito, sino que estamos hablando de un vínculo entre dos personas, en el contexto del cual se está cometiendo un delito. Es así como la Asociación Psicológica Americana en 1996 menciona como diferencias entre la violencia doméstica y otras formas de agresión las siguientes:

- a) La víctima desea escapar de la violencia pero, al mismo tiempo, anhela pertenecer a una familia. El sentimiento de lealtad y el fuerte vínculo emocional son los poderosos oponentes al deseo de huir o denunciar a su agresor. De esta forma, aún cuando la víctima reporte el abuso a la policía, puede más tarde, negarlo o minimizarlo...
- b) El afecto y la atención pueden coexistir con la violencia y el abuso. Muchas relaciones abusivas presentan un ciclo recurrente de actos agresivos y períodos de reconciliación...
- c) La naturaleza de las relaciones familiares crea las oportunidades para que la violencia se repita...
- d) La intensidad de la violencia doméstica tiende a incrementarse con el tiempo aunque, en algunos casos, la agresión física consigue decrecer o detenerse...
- e) La violencia familiar, es una de las formas más frecuentes y peligrosas de todas las interacciones violentas...⁽²⁾

Por otra parte, la Teoría de la Desesperanza Aprendida de Leonore Walker expresa cómo las personas afectadas pierden la capacidad de actuar y planear acciones de acuerdo a sus propios intereses. En todas las situaciones de violencia doméstica se genera desesperanza aprendida en mayor o menor grado dependiendo de las características de la relación y la historia previa de la víctima.

Explica esta teoría que las personas pierden la capacidad para predecir si sus respuestas naturales las protegerán, a raíz de que han experimentado dolores y situaciones de los que no han podido escapar, en circunstancias aparentemente variables y al azar.

El hecho de sufrir violencia por tiempo prolongado genera lo que se ha denominado “desorden de stress postraumático” que tiene entre sus características:

(2) CLARAMUNT (María Cecilia). *Casitas Quebradas: El problema de la violencia doméstica en Costa Rica*. San José, Costa Rica, Editorial, UNED, 1987, pp. 60, 79, 81, 82.

- Alteraciones en la percepción de sí mismos / mismas:
 - Se perciben desvalidas e incapaces para actuar.
 - Baja autoestima.
 - Aislamiento. Se perciben solas, estigmatizadas.
 - Auto culpabilidad. Consideran que si ellas mismas fueran diferentes o mejores, no sufrirían tanta violencia.

- Alteraciones en la percepción del perpetrador:
 - Lo perciben como una persona poderosa (omnipotente).
 - Perciben un vínculo sobrenatural con el perpetrador (destino, vínculo imposible de romper, matrimonio para toda la vida, etc.)

Incluso muchas piensan que no pueden escapar de él porque estén donde estén él las va a encontrar, o tiene el poder para dañarlas, a pesar de todas las medidas que se tomen en su protección.

A partir del momento en que las personas agredidas funcionan desde la creencia de invalidez, esa percepción se convierte en una realidad, y por tanto llegan a ser pasivas, sumisas, y sobre todo “desvalidas”. Esta situación entonces las invalida y por tanto no puede considerarse ni psicológicamente, ni jurídicamente, amparadas en el artículo 36 párrafo séptimo del CPP, que estén en condiciones de igualdad para negociar en una conciliación.

Los bienes jurídicos tutelados son de tal envergadura que incluso la Iglesia Católica ha llegado a determinar como causales para la separación entre los cónyuges lo siguiente:

“Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo, legítimo para separarse, con autorización del Ordinario del lugar y, sí la demora implica un peligro, también por autoridad propia”.⁽³⁾

(3) *Código de Derecho Canónico*. (del 25 de enero de 1983). Libro IV, p. c1153. Edición Bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Editorial Católica. Octava Edición, revisada y comentada, Madrid, 1988.

Consideramos que los motivos apuntados están lo suficientemente fundados para que cualquier tribunal estime que en delitos en los cuales haya mediado la violencia doméstica física o sexual, o en delitos sexuales en general, no se apruebe la conciliación, debido a que no existe por ningún motivo igualdad para negociar entre los intervinientes. Y aún cuando el mismo artículo prevé en su último párrafo que en casos de agresión doméstica el tribunal NO DEBE procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales, debe también considerarse que la víctima no está facultada para llegar a una conciliación, aún si lo solicita en forma expresa. Así las cosas aunque se llegue a una conciliación el tribunal por las razones expuestas no debe aprobarla fundamentado en el párrafo séptimo del mismo artículo porque como ya se indicó no pudo existir igualdad de condiciones.

2.1.2. En cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba

El artículo 25 del CPP indica que esta podrá aplicarse en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, en este caso la solicitud debe contener un plan de reparación del daño causado por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir, pudiendo consistir este plan en la conciliación con la víctima, reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

Se considera en este caso que este instituto puede ser aplicado a los delitos de carácter patrimonial, pero no a los delitos sexuales o en los que medie violencia doméstica. El plan reparador prevé la conciliación con la víctima, que como fue indicado en el comentario anterior no podría considerarse en este punto, la reparación natural del daño causado o reparación simbólica, que es nuestro criterio que el legislador se refirió en este caso únicamente a delitos patrimoniales y nunca a aquellos delitos en que esté en juego la integridad física y moral de las personas.

El daño que se provoca a las personas que sufren de violencia doméstica o sexual es muy grave y no puede ser canjeado por una reparación simbólica.

2.1.3. Criterios de oportunidad

Este instituto se encuentra regulado en el artículo 22 del CPP. Dispone este artículo que el representante del Ministerio Público podrá

solicitar, con la autorización previa del superior jerárquico, que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal en ciertas situaciones que expresa. Leídos cada uno de los párrafos consideramos que no puede aplicarse a los delitos en los que medie la violencia doméstica o en delitos sexuales. Sin embargo, se considera indispensable hacer referencia al inciso a) del mencionado artículo, el cual establece que este instituto puede aplicar en tratándose de un “hecho insignificante”. En materia de delitos en los cuales media la violencia doméstica o en los delitos sexuales nunca puede hablarse de insignificancia, debemos partir de que en estos delitos el bien jurídico tutelado es la vida y la autodeterminación sexual.

2.2. Menores de edad

2.2.1. Delitos sexuales

La experiencia del abuso sexual en la infancia es un hecho que sobrepasa la capacidad de respuesta y comprensión que tiene el niño o la niña, que genera un trauma y ejerce un fuerte impacto en el desarrollo social, psicológico y sexual de la víctima.

Es importante tomar en cuenta que en estos casos las ofendidas y ofendidos, son seres humanos en proceso de formación, que están aprendiendo pautas de interacción social.

El abuso sexual tiene un impacto profundo en dicho proceso. Las niñas(os) aprenden que ocupan una posición carente de poder y autodeterminación sobre sus cuerpos y sus acciones, que reciben afecto, atención, dinero, regalos y privilegios a cambio de acciones sexuales inapropiados para su nivel de desarrollo. Así “...cuando las niñas son valoradas por su comportamiento sexual, pueden desarrollar una percepción distorsionada como objetos sexuales. Y en cada acercamiento sexualizado buscarán el afecto y la aprobación de sí mismas. La conexión entre afecto y violencia, entre amor y sexo, entre complacencia y subordinación, se establece en el largo proceso de aprendizaje otorgado por la agresión sexual recibida de las personas que tienen la obligación de amarlas y cuidarlas...”⁽⁴⁾

(4) Claramunt (María Cecilia). *Casitas Quebradas: El problema de la violencia doméstica en Costa Rica*. San José, Costa Rica, Editorial, UNED, 1987, p. 168.

Dentro de las secuelas del abuso sexual infantil se destaca la sexualización traumática. Los niños y niñas adquieren un significado distorsionado de su esquema corporal, su identidad y la moral sexual.

A corto, mediano o largo plazo se manifiestan conductas tales como: preocupaciones sexuales y conductas sexuales compulsivas, actividad sexual precoz, comportamientos sexuales agresivos (principalmente en varones), conducta promiscua y prostitución, disfunciones sexuales, fobias a la intimidad sexual.

Otra secuela es la traición, los niños y las niñas sufren daño por parte de las personas que deben protegerlos. No solo cuando el abusador es miembro de la familia, sino cuando otras personas de su confianza los culpan por haber revelado el abuso y los presionan para que perdonen o para que se retracten. Esto afecta directamente la capacidad de confiar, puede manifestarse en conductas de aislamiento, vulnerabilidad a nuevos abusos, conducta agresiva, delincuencia, etc.

Por otro lado, estos niños y niñas experimentan la impotencia, el hecho de sentirse atrapadas en una situación que no están en capacidad de detener, lo que les provoca fobias, pesadillas, enfermedades psicosomáticas, depresión, problemas escolares o laborales, fugas del hogar, o repetir las conductas de abuso.

Otra secuela es la estigmatización donde los niños se perciben a sí mismos como malos y culpables por el abuso sufrido, diferentes de todos los demás niños y con fuertes sentimientos de vergüenza. Esto puede generar conductas auto agresivas como el abuso del alcohol y drogas, mutilación del propio cuerpo, suicidio, aislamiento y conducta criminal.

La manifestación de las secuelas anteriormente mencionadas depende del vínculo entre la víctima y el ofensor, de los mensajes recibidos por parte de él, y también del grado y forma de apoyo recibida por otras personas del conjunto social.

Por todos estos motivos, cuando cualquier persona o funcionario aborda un caso de abuso sexual está interfiriendo en un proceso sumamente complejo y delicado, que va a marcar al niño o a la niña para el resto de su vida, al igual que los actos alusivos sufridos. El mensaje que las instituciones transmitan al niño deben ser sumamente claras y no dejar lugar a confusiones. Los niños y niñas deben saber que lo que les pasó no es “CUALQUIER COSA” o “INSIGNIFICANTE”, que

se pueda “DEJAR PASAR”, que el ofensor no tenía derecho de abusarlos y que ellos sí tienen derecho a decir la verdad y ser creídos. Deben comprender que el acto abusivo es ilícito y ver cómo el abusador enfrenta consecuencias sociales y jurídicas por el delito cometido.

Si esto no se logra estamos condenando a nuestra sociedad a reproducir cadenas de abuso generación tras generación, niños y niñas que cuando sean personas adultas no tendrán la capacidad de establecer límites para protegerse, ni a sus hijos o hijas menores que al ser adultos reproduzcan una conducta ofensora.

2.2.2. En cuanto a la revocación de la instancia

Se establece en el artículo 17 del CPP párrafo cuarto que la víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. En estos casos es muy importante mencionar que por ningún motivo se debe tratar de llegar a un posible arreglo económico con el abusador, manejando un criterio erróneo de que “es mejor algo que nada”, ya que la víctima no quiere seguir adelante con el proceso y buscar que de alguna manera sienta el victimario que tuvo que “pagar” su acción ilícita por medio de un detrimento en su patrimonio.

Es importante entonces cuestionar las repercusiones de las medidas que se toman a nivel judicial. El mensaje que se le transmite a un niño o a una niña sobre el abuso sexual, sobre la justicia (incluido el sistema judicial) y sobre sí mismos. Todas las instituciones juegan un papel determinante ante la grave problemática de abuso sexual que existe en nuestra sociedad.

Si llegamos a arreglos de esta naturaleza podríamos cuestionar lo que le transmitimos a un niño o niña en proceso de formación, cuando le entregamos cierta cantidad de dinero y por otro lado la persona ofensora queda con un historial “limpio” ante la ley.

Debe tomarse en cuenta que en el abuso sexual los niños y las niñas reciben algo a cambio del abuso, en muchos casos el abuso se da a través del soborno, por lo que el dinero o las dádivas constituyen un aspecto muy delicado en la dinámica del abuso, y tomar medidas en ese sentido puede agravar en la niña (o) las secuelas y distorsiones generadas por el abuso sexual.

2.2.3. En cuanto a la conciliación

Este instituto no puede ser aplicado en los delitos sexuales y de violencia doméstica hacia los niños y niñas. El artículo 36 especifica que en delitos de carácter sexual contra menores de edad el tribunal no debe procurar la conciliación, salvo cuando lo solicite en forma expresa la víctima o sus representantes legales.

En el caso específico de una posible conciliación solicitada por un menor de edad, aunque lo solicite en forma expresa, no está el menor que ha atravesado por un proceso de abuso de esta naturaleza facultado para llegar a una conciliación, por las razones ya expuestas. Y si se trata de que sean sus representantes legales podría que se presente un choque de intereses, y además que estos posibles representantes, que puede ser su padre o su madre, no comprenda las repercusiones que pueden traer al niño o niña al llegar a una conciliación, sobre todo si existe de por medio una suma de dinero. Si se llegara a una conciliación, el tribunal no debe aprobarla, por cuanto nunca pudieron existir condiciones de igualdad para negociar.

Jurídicamente en todo caso existe imposibilidad de aplicar esta norma en caso de menores, es claro el Código de la Niñez y la adolescencia, en su artículo 155 dispone que no puede ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que puedan constituir delitos. Este artículo es aplicable a todos los procesos judiciales en que figure un menor, se encuentra dentro del Capítulo tercero en cuanto a conciliación y mediación, y en su artículo 154 sobre la conciliación judicial es claro en disponer que la conciliación judicial en materia de niños y adolescentes podrá celebrarse cuando esté pendiente un proceso o como acto previo a él.

Es necesario indicar que las normas del Código de la Niñez son de carácter general. En el título uno sobre las disposiciones directivas, artículo 3 dispone que los derechos y garantías de los menores son de INTERÉS PÚBLICO, irrenunciables e intransigibles. El interés público, ... su noción aparece en casos especialmente difíciles e importantes para justificar excepciones al régimen de libertad general, para reformar o modificar situaciones previas o para crear situaciones especiales". "Surge así la cuestión de qué contenido tiene el concepto de interés público... No se trata de una noción vacía de contenido; es, por el contrario, una noción que expresa su valor, aunque ese valor no pertenezca a la clase de conceptos como "lo bueno" o "lo bello", sino a la de conceptos

valorativos como “lo sano” o “lo resistente”, conceptos, por tanto, que tienen un componente real, además de ideal o valorativo...⁽⁵⁾

También es importante mencionar que el artículo 5 dispone que toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su INTERÉS SUPERIOR, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

2.2.4. En cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba

Valgan todas las razones anotadas anteriormente para señalar que en delitos sexuales contra los menores no puede aplicarse la suspensión del procedimiento a prueba, las condiciones que deben cumplirse durante el período de prueba no son suficientes para este tipo de delitos, el daño que se le causa al menor es de una gran magnitud, y por el hecho de solucionar problemas tales como el congestionamiento de las cárceles, o la gran cantidad de juicios que deben celebrarse no deben considerarse.

2.2.5. Criterios de oportunidad

En este sentido tenemos el mismo criterio que se sostuvo en cuanto a los delitos en los que intervienen la violencia doméstica en personas mayores de edad, considerando por tanto que no puede aplicarse a los delitos en los que medie la violencia doméstica o en delitos sexuales. Haciendo nuevamente referencia al inciso a) del mencionado artículo, el cual establece que este instituto puede aplicar en tratándose de un “hecho insignificante”. En materia de delitos sexuales contra los menores nunca puede hablarse de insignificancia, debemos partir de que en estos delitos el bien jurídico tutelado es la vida y la autodeterminación sexual, y el menor al ser objeto de esta situación nunca podrá rehacer normalmente su vida, ya que siempre quedará marcado por este episodio.

(5) SAINZ MORENO (Fernando). *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, España, Editorial, Civitas, S.A, 1976, pp. 323-324.

3. CONCLUSIÓN

Todo estos institutos tienen como fin una clara política criminal que pretende en el caso de la suspensión del procedimiento a prueba que las investigaciones exhaustivas y el juicio oral sea un recurso dedicado a los delitos graves o complejos. Poner fin al conflicto surgido a consecuencia del hecho, evitando como ya se indicó el congestiónamiento de los tribunales y del Ministerio Público.

Sin embargo, es nuestro criterio que en delitos en los cuales media la violencia doméstica o en delitos sexuales contra menores estos institutos no pueden ser aplicados, se tutelan en estos delitos valores humanos fundamentales que de ningún modo pueden llegar a ser objeto de negociación, y menos aún de negociación en términos monetarios.

“En la medida en que está en juego un derecho fundamental de la persona, el orden jurídico solo le reconoce al consentimiento un valor relativo”... “Es que cuando se halla en juego un bien jurídico de tal entidad (la dignidad humana), el orden jurídico no reconoce ningún límite en el consentimiento, porque no sólo se trata de defender la “concreta” afectación a la dignidad humana, sino de reafirmar un valor social, que sustenta la existencia misma del derecho como derecho de los hombres libres.”

IV. BIBLIOGRAFÍA

CLARAMUNT, María Cecilia. *Casitas Quebradas: El problema de la violencia doméstica en Costa Rica*. San José, Costa Rica, Editorial, UNED, 1987.

Constitución Política de Costa Rica del 7 de Noviembre de 1949, San José, Costa Rica, Imprenta Nacional, 1980.

Código Procesal Penal, Ley Nº 7594 del 19 de Octubre de 1973, San José, Costa Rica, Librería Lehmann.

Código de la Niñez y la adolescencia, Ley Nº 7739 del 3 de Diciembre de 1997, San José, Costa Rica.

Código de Derecho Canónico. (del 25 de enero de 1983). Libro IV, p. c1153. Edición Bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Editorial Católica. Octava Edición, revisada y comentada, Madrid, 1988.

HACIENDA PÚBLICA Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Máster Ronald Hidalgo Cuadra^(*)

Abogado costarricense

(*) Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Costa Rica. El autor formó parte de la Comisión Preparadora de la Reforma a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como representante de la Contraloría General de la República. El artículo refleja sus opiniones personales. Correo electrónico: rjhidalgoc@racsa.co.cr.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La protección de los bienes de la administración pública frente a las condenas de pago.
 1. Fundamentos para la inembargabilidad de los bienes del Estado.
 2. Inembargabilidad de bienes del Estado en el derecho costarricense.
 3. Necesidad de una revisión de este privilegio.
 4. Bienes embargables.
 - a. Patrimonio no afectó a un uso o servicio público.
 - b. Bienes de las empresas públicas
 - c. Dinero
 5. Bienes excluidos.
- III. La legalidad financiera y presupuestaria.
 1. La legalidad financiera.
 2. El carácter normativo del presupuesto público y la validez de la función administrativa
 3. Presupuesto y bloque de legalidad.
 4. Legalidad presupuestaria y facultades del juez.
 - a. La paralización de los trámites presupuestarios.
 - b. La incidencia de los principios presupuestarios en la ejecución de sentencias.
 - c. Ajustes a la ejecución del fallo.
 5. En particular sobre las sentencias de condena y la sustitución judicial de la Administración Pública.
- IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Los fines del control jurisdiccional de la Administración Pública son la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados y la corrección jurídica de la función administrativa, pero esta tutela ha de ser eficaz. El valor de una sentencia que constata una infracción al ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública y que procede a ordenar que se restituya la situación jurídica de quien hubiere sido afectado se encuentra en función directa con el grado de efectividad de su cumplimiento. La fase de ejecución del fallo es un momento tan crítico que, verdaderamente, aquilata la eficiencia de un sistema jurídico; no sin razón afirma GONZÁLEZ PÉREZ que la ejecución procesal constituye el punto culminante de la realización del Derecho⁽¹⁾

Nadie sale ganando en las historias sin fin para la cancelación de una indemnización pecuniaria. La tardanza eleva innecesariamente los réditos que deberá reconocer la Administración Pública y para el administrado significa soportar una carga muy particular que son los “impuestos pagados en tiempo”,⁽²⁾ cuyo impacto negativo es severo, tanto desde el punto de vista de sus intereses patrimoniales, como por la erosión que sufre la confianza que depositó en los tribunales.

La normativa que rige la administración financiera del Estado, los procedimientos presupuestarios por los que se moviliza su patrimonio y el régimen de disposición de sus bienes, es promulgada con el propósito de ordenar y asegurar la correcta administración de la Hacienda Pública en orden a principios de legalidad, eficiencia, economía y eficacia. Las reglas del proceso contencioso administrativo tienen otro norte: la protección de un círculo vital de intereses cuando la Administración, con infracción de la legalidad, lesiona esos intereses.⁽³⁾

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, tomo II, pág. 773.

(2) NIETO GARCÍA, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona, Editorial Ariel S.A. Segunda reimpresión, 1998, pág. 108.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La justicia administrativa en el cambio de siglo*. En: *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pág. 25.

Como se verá, algunas normas y principios de la legalidad financiera, deben ser matizados pues de lo contrario, no resistirían un examen de constitucionalidad con la tutela judicial del administrado desde la perspectiva de que ésta constituye un verdadero derecho fundamental, punto de anclaje para una revisión, desde su base, de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁽⁴⁾

La presente exposición pretende ocuparse de la forma en cómo el ordenamiento relativo a la Hacienda Pública incide sobre la efectiva ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LAS CONDENAS DE PAGO

1. Fundamento para la inembargabilidad de los bienes del Estado

Por medio del embargo son llevados al proceso judicial los bienes que, tras su realización o venta forzosa, habrán de permitir la satisfacción de una pretensión ejecutiva. Proceder al embargo de un bien no es más

(4) Si bien el ordenamiento jurídico costarricense no dedica una norma específica sobre la garantía a una tutela judicial efectiva como derecho fundamental, no hay razón para cuestionar su raigambre constitucional. El artículo 49 de la Constitución Política incorpora a la jurisdicción contencioso-administrativa no bajo una óptica meramente orgánica en el Poder Judicial. La cuidadosa inserción del artículo 49 en el Título IV, "Derechos y garantías individuales", tiene un propósito mucho más profundo, pues la aspiración del Constituyente de 1949 fue la de colocar los mecanismos judiciales de control de la función administrativa a la par de los derechos fundamentales del ciudadano. Con la reforma al artículo 49, mediante la Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, la arquitectura constitucional del control de legalidad por parte del juez contencioso administrativo, observó un giro fundamental. Gracias a su redacción actual, el control judicial sobre la función administrativa puede ser pleno, no tiene por qué limitar las pretensiones que puedan atenderse (declarativas, de condena, de dar o hacer). El control de legalidad de la función administrativa (acto, vía de hecho, material o formal, omisiva o activa, etc.) lo demanda el Constituyente en el más amplio sentido (legalidad formal y ejercicio de discrecionalidad).

La jurisprudencia costarricense ha sido receptiva a esta perspectiva. En su resolución N^o 205-99 de las 10:30 horas del 16 de junio de 1999, el

que afectarlo a un proceso, con la finalidad de procurar al juez los medios necesarios para llevar a buen término un juicio ejecutivo.⁽⁵⁾

El objeto sobre el cual se puede hacer recaer ha sido un tópico tratado con la mayor importancia, por la doctrina del Derecho privado. El principio establecido ha sido que todos los bienes del deudor –y sólo los bienes del deudor– son susceptibles de ser embargados, sean éstos cosas u objetos corporales, o bien ideales como los derechos. Precisamente, el principio de embargabilidad universal de los bienes de un deudor tiene importantes excepciones fijadas por el propio ordenamiento jurídico, en tanto el embargo represente para el deudor un perjuicio importante para sus derechos fundamentales, frente al interés del acreedor (por ejemplo: artículo 984 del Código Civil).

El patrimonio del Estado ha gozado de un privilegio de inembargabilidad. Esta protección de los bienes estatales suele estar apoyada en argumentos de diversa índole: la presunción de solvencia del Fisco –que aseguraría el éxito de todo reclamo patrimonial–, el respeto al principio de separación de los Poderes, y el interés público,⁽⁶⁾ y la falta de competencia del juez para desafectar bienes.⁽⁷⁾ El privilegio de inembargabilidad responde también a la necesidad de poner limitaciones a las ejecuciones judiciales contra el patrimonio de la Administración Pública, por el desorden que hubiere originado la indisciplina presupuestaria al contraerse obligaciones no previstas en

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, ha señalado: *“En nuestro medio, de la combinación adecuada de los artículos 11, 33, 39, 41, 49 y 153 de la Constitución Política, se extrae con facilidad su existencia y contenido, los que han sido corroborados por la consolidada jurisprudencia de la Sala Constitucional. Es éste, un derecho de contenido complejo, que se manifiesta, entre otras muchas formas, en la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia; de obtener una decisión bien fundada de Juez predeterminado por la Ley, y de ejecutar en el tiempo razonable y de forma adecuada, la resolución que el Tribunal dicte”.*

(5) GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Civitas S.A., cuarta edición, 1998, tomo I, pág. 387.

(6) GUASP, Jaime. *Op. cit.*, pág. 393.

(7) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina S.A., 1960, pág. 231.

los correspondientes presupuestos; la inembargabilidad sería el remedio para prevenir un mal mayor, como sería la eventual disipación de los patrimonios de las entidades públicas.⁽⁸⁾

La prohibición para decretar embargo sobre los bienes del Estado puede enfocarse como un privilegio surgido en una época permeada del particular liberalismo patrio de fines del siglo XIX, en que la función administrativa, reducida a cometidos básicos, justificó que sus bienes tuvieran una protección especial y reforzada. Actualmente, el privilegio me mantendría fundado en por razones distintas, como sería los efectos en las finanzas públicas.

2. Inembargabilidad de bienes del Estado en el derecho costarricense

El marco jurídico aplicable en Costa Rica, a fines del siglo XIX, confería fundamento para decretar embargo en bienes del Estado. El párrafo segundo del artículo 261 del Código Civil que nos rige desde 1888, se refiere a las “cosas privadas” como aquellas que no están destinadas de un modo permanente a un servicio de utilidad general o al provecho público, y expresa que estos bienes, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, “... *como personas civiles, no se diferencian de los de cualquier otra persona*”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 730 del Código Fiscal de 1885, los bienes muebles del Estado que a juicio del Poder Ejecutivo “...*no sean necesarios para el servicio público*”, podrían ser enajenados presentando, entonces, la condición básica de la embargabilidad que es la posibilidad de disponer del bien.

Las dudas se clarifican bajo la Presidencia de don Ricardo Jiménez Oreamuno, al promulgarse la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925, cuyo artículo único dispone: “*Artículo único.- Salvo las excepciones previstas en los contratos y convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes del Estado no son susceptibles de embargo*”. En pocos renglones se resolvió el punto. A partir de este momento, queda descartado cualquier problema interpretativo sobre la verdadera situación de estos bienes frente a sus acreedores; a pesar de su naturaleza de dominio privado y

(8) SÁNCHEZ SERRANO, Luis. *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, tomo I, pág. 473.

enajenabilidad, la norma transcrita estableció que los bienes del Estado no podrían ser susceptibles de embargo en razón de la sola titularidad estatal.⁽⁹⁾ En lo atinente a las municipalidades, el artículo 63 del Código Municipal señala que los bienes, derechos, licencias o patentes municipales no podrán ser objeto de embargo ni de remate judicial.

-
- (9) De acuerdo con las facultades que le confirió la Constitución Política de 1917, el Presidente golpista Federico Tinoco sancionó el 26 de setiembre de 1918, la Ley No. 12 aprobada por el Senado de la República, que estableció la inembargabilidad de los bienes propiedad del Estado, bajo las siguientes consideraciones: *“Que es conveniente y de urgencia preceptuar lo necesario para poner fuera de toda duda que los bienes dedicados al mantenimiento del Estado están por su naturaleza exceptuados del embargo, y que su derecho a percibirlos no puede someterse al régimen común de compensación de créditos”*. Su artículo 1º se emitió en los siguientes términos:

“Artículo 1º.—Salvo las excepciones previstas en los contratos o convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes destinados directamente a los servicios públicos del Estado, de los gobiernos locales y de las Juntas de Educación, no son susceptibles de embargo por sus particulares acreedores”.

Esta ha sido una norma con una vigencia atormentada. Depuesto Tinoco, don Francisco Aguilar Barquero, como Presidente Provisional de la República, declara nula y sin ningún valor ni efecto la Constitución Política de 1917, así como la *“nulidad radical”* de todas las leyes, decretos, acuerdos, órdenes, resoluciones, etc. basados en dicha Constitución y comprendidos entre el 27 de enero de 1917 y el 3 de setiembre de 1919; todo ello mediante Decreto No. 4 del 29 de octubre de 1919. No obstante, se tienen por firmes y valederas las disposiciones que *“favorezcan al Fisco”*. Posteriormente, se emite una Ley de Nulidades, No. 41 de 21 de agosto de 1920, que también declara absolutamente nulos y sin ningún valor desde su origen tanto la Constitución Política de 1917, como los códigos y leyes comprendidos entre el 27 de enero de 1917 hasta el 2 de setiembre de 1919, exceptuando, entre otras, las disposiciones que *“favorezcan al Fisco”*, pero sólo en cuanto le aprovechen” (artículo 2, inciso h). Para 1963, la vigencia de la Ley No. 12 de 1918 se entendía incólume, pues sus efectos fueron “suspendidos” por Ley No. 3257 del 12 de diciembre de 1963, para permitir la compensación de obligaciones, únicamente. Igual sentido tuvo la Ley No. 3356 del 7 de agosto de 1964.

Antes de la promulgación de la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925, el Congreso Constitucional había aprobado el 29 de octubre de 1924, la Ley

Esta sucesión de normas ha llevado a que la inembargabilidad de bienes del Estado sea confundida con un principio general del Derecho público. La inembargabilidad absoluta de los bienes del Estado nunca ha sido un principio general en el Derecho público costarricense. Tanto así, que es necesaria una respuesta del ordenamiento jurídico positivo

No. 15, que fue devuelta sin la sanción del Poder Ejecutivo. Se pretendía con esta ley establecer la inembargabilidad de los bienes del Estado, pero excepcionando el caso en el que no se hubiere satisfecho el pago a que condenaran sentencias ejecutorias en los seis meses posteriores a la fecha en que quedaran firmes y se hubiere presentado el reclamo respectivo a la Secretaría de Hacienda. Asimismo, la inembargabilidad no se extendía a los bienes del Banco Internacional de Costa Rica ni a los del Banco Nacional de Seguros “...por las responsabilidades que pudieran corresponderles en el giro de sus propios negocios”.

El punto ha sido objeto de una línea legislativa reiterada. Tal y como lo destaca la Procuraduría General de la República (OJ-110-98 del 22 de diciembre de 1998), son numerosas las normas que han confirmado la inembargabilidad:

“En relación directa con normas que plantean la inembargabilidad de bienes de órganos del Estado, o instituciones descentralizadas tenemos la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda N° 7052 del 13 de noviembre de 1986, en su artículo 86 cuando señala las prerrogativas del sistema y señala: “...ch) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, fondos y rentas, salvo que contractualmente renuncie a este beneficio para obtener facilidades crediticias determinadas”. La Ley Orgánica de JAPDEVA, Ley N° 5337 del 27 de agosto de 1973, señala en su artículo 43: “Los bienes inmuebles de JAPDEVA y de los ferrocarriles del Atlántico, serán inembargables”. La Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Ferrocarriles N° 7001 del 19 de setiembre de 1985, señala en su artículo 38: “El patrimonio y los demás bienes del Instituto serán inembargables”. La Ley Constitutiva del la Caja Costarricense del Seguro Social, Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943, dispone en su artículo 48 lo siguiente: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, fondos y rentas”. La Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, Ley N° 7801 del 30 de abril de 1998, señala en su artículo 24: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, rentas y fondos”. La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley N° 7648 del 9 de diciembre de 1996, en su artículo 35 señala: “...d) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, rentas y fondos”. La Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, Ley N° 6735 del 29 de marzo de 1982, en su artículo 7 dice: “...c) Inembargabilidad de sus bienes, depósitos, fondos y rentas;...”. La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996, dice en su artículo 61: “El

para asegurar los bienes del Estado, desde la Ley N° 70 del 9 de febrero de 1925, como de las normas que han reiterado este privilegio a lo largo de los años.

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme sobre la situación del patrimonio del Estado frente a los reclamos que pueden generar un embargo. Como tesis general, las decisiones se han inclinado por reconocer la inembargabilidad.⁽¹⁰⁾ No obstante, en la sede contencioso-administrativa existe un genuino cuestionamiento del privilegio. Me

patrimonio general de la Autoridad Reguladora será inembargable y, en ninguna forma, podrá ser traspasado al Gobierno Central o sus instituciones ni usado por ellos". Y por último el Código Municipal, Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998, dispone en su artículo 63: "Salvo los casos contemplados en este código, los bienes, derechos, licencias o patentes municipales no podrán ser objeto de embargo ni de remate judicial".

- (10) "El Estado es inmune a la medida cautelar de embargo sobre bienes de su propiedad, por lo que el decreto de embargo sobre esos bienes ningún resultado produciría al estar el Juez Ejecutor obligado a abstenerse de hacerlo, y en caso de que lo hiciera, deberá de levantarlo de oficio, la autoridad que lo decretó; esto conforme a las normas de procedencia que establecen la inembargabilidad de los bienes estatales, la doctrina de los privilegios de la Administración Pública y la presunción de solvencia de giro privatístico (...)" Así: Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 5203 de las 9:10 horas del 11 de noviembre de 1981.

En otro caso se acude a negar la posibilidad de embargo, invocándose el principio general de inembargabilidad de los bienes del Estado: "En el caso que nos ocupa, un vehículo del Estado causó daños y por disposición del artículo 41 de la Ley de Tránsito, estos vehículos están sujetos a esta normativa que establece como regla general, que los vehículos causantes de la colisión responden por los daños causados. Sin embargo, ante el principio de la inembargabilidad de los bienes del Estado, la captura ordenada no es procedente". Así: Tribunal Superior Primero Civil, No. 1955 del 10 de noviembre de 1989.

En un tiempo fue perseguido por los acreedores el derecho otorgado a los particulares para el uso de una línea telefónica, hasta que la Sala Constitucional resolvió esta confusa situación, al establecer que se trataba de un derecho que no pertenecía al deudor sino al Estado y, por ende, era inembargable. En su resolución No. 312-E, de las 14:00 horas del 24 de abril de 1996, el Tribunal Superior Primero Civil confirmó un auto por el cual se denegaba la posibilidad de sacar a remate un derecho telefónico haciendo cita de las siguientes sentencias de la Sala

refiero a un fallo en el cual hay un notable esfuerzo interpretativo para llevar adelante la posibilidad del embargo en bienes de la Administración Pública.⁽¹¹⁾

3. Necesidad de una revisión de este privilegio

En el caso del patrimonio de la Administración Pública, las normas para su protección deben ser valoradas frente a la eficacia de las sentencias dictadas a favor del ciudadano, de tal forma que los privilegios

Constitucional: “III. Con base en ese mismo artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública, debe advertirse a la autoridad recurrida que en materia de servicios públicos, como lo es el telefónico, las limitaciones al usuario pueden consistir en la suspensión temporal del servicio (generalmente por falta de pago y hasta que se cancele el monto adeudado), pero no en su negación o supresión definitiva. De donde se desprende, que el retiro definitivo del servicio telefónico a la recurrente es ilegítimo y contrario a las normas básicas que rigen los servicios públicos, establecidas en la Ley General de la Administración Pública y los artículos 50 y 121, inciso 14, aparte c), de la Constitución Política” (Sala Constitucional, Voto 5775-93). “De lo externado en los votos supracitados se tiene que en materia de Telecomunicaciones no procede la pérdida del servicio telefónico dado que se trata de un servicio público, propiedad del Estado y como tal no es sujeto de derecho de propiedad, por lo tanto el servicio telefónico no es traspasable, no es embargable ni será sujeto de ninguna acción que se deriva directamente del derecho que concede la propiedad” (Sala Constitucional, Voto No. 3067-95).

- (11) “En el presente recurso, el apelante se alza contra la negativa del Juzgado de instancia a decretar embargo sobre un vehículo propiedad de la Caja Costarricense de Seguro Social, por considerar que a esa Institución le son aplicables las normas de la Ley No. 70 de 6 de febrero de 1925, que prohíbe el embargo en los bienes del Estado. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Civil, son cosas públicas las que, por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Las cosas públicas están fuera del comercio; y no pueden entrar en él mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas (Artículo 262 ibídem). En este caso se trata del vehículo de una Institución que en sentido lato forma parte de la Administración Pública y ese bien es necesario como medio instrumental para cumplir los fines de la institución que son la seguridad social y la salud; pero no todos los bienes muebles

no se conviertan en excesivos, frustrando con ello otro valor del Estado Social y Democrático de Derecho, como es la satisfacción de las pretensiones de los ciudadanos por medio de tribunales, de manera pronta y cumplida, según proclama el artículo 41 de la Constitución Política.

La inembargabilidad de los bienes no tiene origen constitucional. Es el Derecho Administrativo, como ordenamiento exorbitante de la Administración Pública, el que ha introducido este beneficio. La legalidad financiera tampoco lo fundamenta. La ausencia de cobertura presupuestaria de las obligaciones del Estado es sancionada con la nulidad absoluta, pero ello no enerva los derechos del particular a una reparación por los daños que no esté obligado a soportar, ni la sanción de nulidad logra prevenir siempre que se incurra en el vicio de adquirir compromisos sin contenido económico en el presupuesto. En todo caso, los mecanismos de gestión de los fondos públicos poseen hoy controles mucho más refinados que detectarían la ausencia de previsión presupuestaria con mayor probabilidad que en los años en que la inembargabilidad fue la medida para prevenir la indisciplina presupuestaria de contraer obligaciones sin presupuesto.

La inembargabilidad absoluta del patrimonio estatal es un beneficio que coloca en desigualdad al particular. Frente a la Administración Pública, su patrimonio puede ser objeto de mandamientos judiciales de embargo y posterior remate, pero no a la inversa, lo cual afecta negativamente la posibilidad de hacer efectiva una tutela judicial, así como el derecho fundamental de obtener la reparación integral de todos los daños que hubiere sufrido por actuaciones de la Administración. Como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA, no es posible que en una economía que busca insertarse en el comercio internacional, uno de sus

pertencientes al Estado gozan de la condición excepcional de ser considerados como “bienes públicos”, sino que ese tratamiento se guarda para aquellos no reemplazables o bien únicos, o los que constituyen el fundamento o esencia del servicio público (carácter permanente); por otra parte y fundamentalmente para el caso en estudio, el artículo 41 de la Ley de Tránsito expresamente desafecta los vehículos del Estado como de sus instituciones, para que respondan por las obligaciones que ese cuerpo legal dispone. Así las cosas, en lo que ha sido objeto del recurso, debe revocarse la resolución recurrida y en su lugar disponer que se decrete embargo sobre el vehículo (...)”. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, No. 1669 de las 8:45 horas del 23 de noviembre de 1989.

más importantes agentes económicos posea la desproporcionada alternativa de convertir en facultativas sus obligaciones pecuniarias, sin que existan mecanismos para compeler a un pago oportuno.⁽¹²⁾

Por otro lado, si la Administración Pública ha emprendido una “huida” hacia el Derecho privado, con la finalidad de alivianar las cargas que el Derecho público le impone y mejorar su eficiencia en ciertos sectores de actividad, ello no le ha impedido llevar consigo algunas de sus prerrogativas más preciadas, como es la inembargabilidad de sus bienes.

Una razón adicional se puede aprovechar a favor de la tesis de la revisión de este privilegio. Si la Administración Pública puede gravar e incluso, enajenar sus bienes en tanto no se encuentren afectados a un fin público,⁽¹³⁾ ninguna razón se encuentra para que no respondan ante las sentencias que condenen al pago de una suma de dinero. La facultad de la Administración Pública para disponer del bien y convertirlo en dinero efectivo, no es congruente con la de su inembargabilidad.

La posibilidad de embargar bienes de la Administración Pública no es una posición novedosa ni tampoco una concepción revolucionaria. Ya la doctrina ha puesto en evidencia el punto,⁽¹⁴⁾ censurando la permanencia del *privilegium fisci* ante lo que se denomina “*empréstitos forzosos*” a favor de la Administración por la tenacidad para no pagar sus deudas.

4. Bienes embargables

En el ámbito del Derecho Público la cuestión acerca del género de bienes estatales sobre los que puede hacerse recaer un embargo, no es sencilla. Se imponen, al menos, reglas jurídicas que establezcan un

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, Editorial Civitas S.A., segunda edición ampliada, 1992, pág. 120.

(13) *Ley de Contratación Administrativa*, No. 7494 de 24 de abril de 1995, artículos 41, 68 y 69.

(14) CANO MATA, Antonio. *Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación efectiva del principio de tutela judicial efectiva*, en: *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril,

marco dentro del cual pueda ejecutarse el apremio sobre bienes de la Administración, permitiendo a la autoridad judicial un margen de apreciación, sin que sea prudente una previsión legislativa tasada de bienes o un sistema de “lista cerrada”.

Para despejar la cuestión crucial acerca del ámbito patrimonial de la Administración Pública susceptible de ser objeto de embargo, el parámetro que ha de prevalecer no atiende a tomar como único punto de partida un aspecto basado en la naturaleza del sujeto titular de los bienes –el Estado– sino a un criterio objetivo, relacionado con la funcionalidad del bien, sea que su uso es indispensable para el servicio público o que su inmovilización y potencial salida del dominio de la

Año 1984, No. 103, pág. 28. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1993, pág. 309. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva...*, pág. 127. BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, en: Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, 1999, número 148, págs. 195 y siguientes. ESCRIBANO, Francisco. *Los presupuestos generales del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Derecho Financiero Constitucional, Estudios en Memoria del Profesor Jaime García Añoveros, Civitas Ediciones S.L., 2001, pág. 346.

Aparte de los clamores doctrinales en procura de una revisión del privilegio, la jurisprudencia ya había empezado a decretar un giro importante. En la Sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional, no se modificó la línea en cuanto a la legitimidad constitucional del privilegio de inembargabilidad referido a dinero, valores o créditos y bienes patrimoniales orientados a un fin público; sin embargo, esa prerrogativa es desautorizada en la medida en que se extienda a bienes que sean patrimonio de las Administraciones, pero ajenos a cualquier finalidad pública, declarando inconstitucional el párrafo “*y bienes en general*” del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales. Este precepto actualmente ha sido modificado por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con el siguiente tenor: “*Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público*”. Así: BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Op. cit.*, pág. 207.

respectiva Administración, pueden causar grave perjuicio para la función administrativa.⁽¹⁵⁾

a. Patrimonio no afecto a un uso o servicio público

Son los llamados bienes de dominio privado la primera categoría jurídica que sería llamada a responder para el pago de las obligaciones pecuniarias de la Administración Pública, en contraposición a los de dominio público entendidos como bienes destinados al uso común y general, que son, por naturaleza, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Por no es de un trazo sencillo la línea que separa el dominio público de los bienes de dominio privado que también se encuentren vinculados funcionalmente a un servicio público.

El régimen jurídico del dominio público viene definido por un conjunto de reglas tendentes a conceder a los bienes demaniales una especial protección frente a los riesgos del tráfico privado. Ante todo, el bien de dominio público es *res extra commercium* con independencia del procedimiento de ingreso al dominio estatal (compra, expropiación, donación) o de la existencia de una afectación legal expresa.⁽¹⁶⁾ Por ello, el núcleo central del dominio público no se encuentra en que sea fuente de riqueza, ni en la forma de apropiación del bien, sino en su afectación a un uso común.⁽¹⁷⁾ Cuando el concepto de dominio público es

(15) ARIÑO RUIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público*. Madrid, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1973, págs. 80 y siguientes. Señala GONZÁLEZ GARCÍA: “*La demanialización de una categoría de bienes no deja de ser una opción de carácter funcional. El bien en sí, como realidad física, no es nada para el Derecho Administrativo; su valor deriva de las funciones que allí se desarrollan*”; así: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, págs. 15-16.

(16) Aunque no exista norma expresa que así los califique, puede afirmarse que existen bienes muebles de dominio público cuando están destinados al uso público, como es el caso de los cuadros de los museos o los libros de las bibliotecas públicas. En ese sentido se pronuncian MAZEAUD, Henri y otros. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, volumen I, pág. 342.

(17) ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*. San José, Editorial EUNED, 1999, pág. 355. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Op. cit.*, pág. 69.

relacionado con su pariente cercano, el servicio público, enfrenta un continuo replanteamiento, pues el servicio público es una categoría que parece desdibujarse día a día.⁽¹⁸⁾ Dado el nivel actual de la tecnología, la heterogeneidad de las cosas, valores, objetos, derechos, propiedad intelectual, y demás, que puede comprenderse bajo un patrimonio indisponible, en tanto afecto a un servicio público, pone en crisis las concepciones clásicas que lo perfilaron doctrinariamente. De ahí que bienes que en apariencia son de dominio privado, deberían encontrarse cubiertos, por la función instrumental que prestan, a la misma afectación de que gozan los bienes de dominio público. De esta forma, los equipos

-
- (18) El servicio público vive momentos agitados. El advenimiento de economías liberalizadas, la sustitución del servicio público por los denominados “mercados de interés general”, las tendencias privatizantes, la ideología de un Estado mínimo, son las aguas en que navega y que, lo han impactado severamente.

Un sector importante en la doctrina española proclama que su formulación original sirvió a sociedades menos favorecidas, rurales, sin educación, económicamente protegidas, sin servicios de salud o transportes, pero que su permanencia está en entredicho una vez modificado el escenario social, económico y político que lo vio nacer: *“El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales –también los políticos y culturales– sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente”*. Así: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, Editorial Comares, 2001, pág. 558.

Esta opinión no es compartida y suscita una gran polémica. Sosa Wagner responde: *“¿Qué queda del viejo servicio público? Queda obviamente el cuidado y atención de determinadas necesidades colectivas ¿Qué se añade? Pues el hecho de su asunción no por la Administración ni por el tradicional concesionario sino por uno o varios agentes privados que actúan en un mercado básicamente liberalizado (oligopolizado en la mayoría de los casos) y también el hecho de que, en principio, los costes de ese servicio universal, que recae en uno de los prestadores, lo afronta bien éste como dominante o bien conjuntamente los operadores de ese*

informáticos que posee la Administración Pública para operar y controlar el suministro de energía eléctrica, deben reputarse bienes indisponibles e inembargables en paridad de condiciones respecto de las “*fuerzas que puedan obtenerse de las aguas*”, claramente declaradas como bien demanial en nuestro régimen constitucional según el artículo 121, inciso 14, pues sin esos equipos ni la tecnología que aplica, no hay posibilidad alguna de aprovecharse de esas fuerzas ni de hacer efectivo el servicio público. De igual forma, estos mismos bienes muebles podrían dejar de encontrarse afectados al dominio público por el desuso.⁽¹⁹⁾

Como puede apreciarse, el parámetro no se cimenta, únicamente, en la distinción de bienes de dominio público y bienes de dominio

*mercado. Queda también, porque no se ha evaporado, la intensa presencia de una Administración pública que adopta nuevas formas pero que reglamenta, controla, inspecciona, impone nuevas obligaciones, todo ello con el objeto de asegurar precisamente la universalidad y la accesibilidad a las prestaciones por parte de quienes las necesiten, razón ésta que motivó, como bien se sabe, el nacimiento de la técnica del servicio público. Como quiera que en la sociedad hay una buena parte de la población que, por razones económicas o geográficas, depende de servicios baratos y, además, éstos cada vez adquieren una complejidad mayor, la vieja Administración y sus viejas maneras, la vieja idea del absolutismo, el viejo servicio público se han debido transformar para hacer frente a nuevos compromisos pero, de paso, también para ofrecer un nuevo testimonio de que, cuando se observa el asunto con proximidad, “nada hay nuevo bajo el sol”, tal y como se puede leer en el *Eclesiastés*”. Así: SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid, Civitas Ediciones, S.L., quinta edición, 2002, pág. 76.*

No puede estimarse que el servicio público se encuentre herido de muerte. Como bien señala Muñoz Machado, los únicos servicios públicos “atacados” por las reglas del mercado son los de carácter económico, no los que requieren del empleo de la autoridad estatal, ni los de carácter social. Asimismo, los que abogan por su desaparición no indican a qué servicios públicos se refieren, dentro de la amplia variedad que se presenta actualmente (monopolizados, en competencia, sujetos al Derecho público o al privado, en manos de la Administración o gestionados por particulares, etc.). Cfr: MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., tomo I, pág. 26 y siguientes.

(19) Sobre el tema en materia de ferrocarriles: *Procuraduría General de la República*, dictamen C-016-97 de 27 de enero de 1997.

privado, que constituye la *summa divisio* del patrimonio de la Administración Pública. Existen bienes que no tienen esa condición o calificativo de dominio público, pero se encuentran afectos a la prestación instrumental, directa e inmediata, de un servicio público por lo que todos los objetos que, material y funcionalmente, sean necesarios para esa prestación, deben encontrarse sometidos a la misma reserva de inembargabilidad mientras dure esa afectación.⁽²⁰⁾ De ahí que deba prevalecer un criterio funcional del bien para reputarlo como indisponible y por ende, inembargable.

b. Bienes de las empresas públicas

El Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo en su artículo 165, inciso a), establece la regla de su embargabilidad. Si bien no es posible extender los alcances de la Ley No. 70 del 9 de febrero de 1925 a las empresas públicas, la posibilidad de tratar su patrimonio en total igualdad al de un sujeto de Derecho Privado, no me parece aceptable. Las empresas públicas tienen un rol estratégico en la vida económica de una Nación (telecomunicaciones, energía eléctrica, transportes, etc.) por lo que el interés público se encuentra comprometido en el giro que fijan sus estatutos o reglas de constitución. Esto nos lleva a oponernos a que las acciones propiedad del Estado en las empresas públicas sean susceptibles de embargo. Ha de optarse por declararlas inembargables expresamente, modificándose el inciso b) del artículo 165 del Proyecto, que cita como embargable la participación accionaria o económica de la Administración condenada en empresas públicas o privadas.

(20) La inserción del Derecho privado en la Administración Pública nos da un ejemplo. En el contrato de *leasing*, los bienes son utilizados por la entidad pública sin que sean de su propiedad, pero si estos bienes se encuentran asignados o son necesarios para la prestación de un servicio público, no debe admitirse el embargo que pretenda un tercero, acreedor del contratista de la Administración Pública, al quedar en entredicho la satisfacción del interés público. Ello haría inaceptable el uso del *leasing* para la adquisición de equipos y tecnología para telecomunicaciones y energía eléctrica, pues al ser asignados a un servicio público, deben quedar cubiertos por el régimen de protección de estos bienes. Pero la realidad es que la Administración Pública se procura de bienes por medio de este contrato, propio del ambiente mercantil privado como una alternativa para promover la colocación de sus mercancías en un ente público sujeto a restricciones presupuestarias para adquirir por compraventa, o por razones de conveniencia frente a veloces erosiones tecnológicas que hacen más aconsejable el uso de este contrato.

c. Dinero

Este es un tema crítico. El patrimonio financiero de la Administración Pública está constituido por los fondos públicos, valores, derechos y obligaciones de contenido económico. La liquidez de este patrimonio lo convierte en una apetecida pieza de caza para satisfacer una ejecución a favor del administrado, pero también, esa misma condición, lo hace sensible para el funcionamiento de la gestión administrativa que puede ponerse, muy rápidamente, en serios aprietos. No parece prudente que las cuentas bancarias de la Administración Pública sean prenda común de sus acreedores,⁽²¹⁾ pues con ello se trastorna el giro normal de toda una entidad pública. Otra posibilidad, menos traumática, es que el juez tenga capacidad para comprometer el presupuesto de la Administración Pública.⁽²²⁾ El compromiso tendría el efecto de hacer una separación de los fondos de manera que las partidas sean utilizadas por la Administración Pública una vez considerado el compromiso, judicialmente decretado, y respecto de las previsiones restantes no cubiertas por el mandato del Tribunal. Técnicamente no es un embargo, pero tiene efectos similares. Este es el sentido que tiene el artículo 162 del Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo cuando señala que: “...*la sentencia firme producirá, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo*”.

5. Bienes excluidos

El artículo 166 del Proyecto de Código Procesal Administrativo declara inembargables los bienes de titularidad pública destinados al

(21) En sentido contrario, o sea admitiendo la posibilidad de embargar cuentas corrientes: HINES CÉSPEDES, César. *Un proyecto de reforma al artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, Revista IUSTITIA, Año 7, No. 75, 1993, pág. 13. Apoyando la posibilidad de embargo se pronunció el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en su resolución número 1552 de las 8:20 horas del 11 de setiembre de 1984: “*Los bienes embargados no constituyen bienes públicos y por ende son embargables, ya que se trata de dineros depositados en una cuenta corriente, los cuales ni se encuentran definidos expresamente por el precepto constitucional como tales, ni están sujetos a la prestación de ningún servicio*”.

(22) El vocablo “compromiso” tiene un significado presupuestario, distinto al que pueda dársele en el lenguaje jurídico.

uso y aprovechamiento común, aquellos vinculados directamente con la prestación de servicios públicos esenciales, los bienes de dominio público por los cuales un particular explota un servicio público, los fondos de la Hacienda Pública con una finalidad determinada expresamente por la ley, aquellos presupuestados para el servicio de la deuda pública –tanto principal como intereses–, los recursos para el pago de servicios personales (salarios), así como los necesarios para la atención de estados de necesidad y urgencia así como los destinados a dar efectividad al sufragio.

De igual forma, el patrimonio cultural, científico o histórico, debería ser protegido frente a las acciones de embargo. El arte tiene valor y muchas instituciones públicas poseen de obras de destacados autores; no todas ellas pueden considerarse un patrimonio indisponible para el Estado por lo que esa calificación debe ser producto de una valoración efectuada dentro de parámetros objetivos y técnicamente fundados, que en este momento no están contemplados en el Proyecto.

Es interesante referir que la doctrina excluye, también, los bienes que los particulares arriendan a la Administración Pública para que éste los utilice, afectándolos a la prestación de un servicio público (tribunales, correos, escuelas, hospitales), o aquéllos, propiedad del concesionario que éste incorpora al servicio público.⁽²³⁾ De igual manera se extiende a las propiedades privadas en las cuales, sin perjuicio del aprovechamiento de su dueño, existe un marcado interés público de diversa naturaleza (cultural, histórico, ecológico) que impone para ellos un régimen de protección similar al de los bienes demaniales.⁽²⁴⁾

III. LA LEGALIDAD FINANCIERA Y PRESUPUESTARIA

1. La legalidad financiera

Para la Administración Pública existe un estatuto jurídico dirigido a regular el uso y disposición de su patrimonio financiero, que se ocupa de lo relacionado con el ingreso, presupuestación, custodia, gasto, inversión y traslado de los fondos públicos. El propósito de esta

(23) MARIENHOFF, Miguel. *Op. cit.*, pág. 233.

(24) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997, tomo III, pág. 12.

normativa es establecer un orden que garantice la correcta disposición de los recursos que la sociedad ha confiado al Estado destinados al cumplimiento de sus fines, previniendo desviaciones en perjuicio de éstos y asegurar un esquema de transparencia y probidad dentro del cual ha de actuar el funcionario público. Son temas propios de este marco de legalidad dentro del cual ha de llevarse a cabo la actividad financiera de la Administración Pública, la recaudación de impuestos y demás rentas, los registros contables, el proceso presupuestario (planificación, formulación, aprobación, ejecución, control y evaluación), tesorería y endeudamiento público.

La legalidad financiera comprende el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico sobre la creación, perfeccionamiento y contenido de sus obligaciones pecuniarias así como la realización material del pago.⁽²⁵⁾ En los artículos 176 a 181 se fijan las normas de orden presupuestario que han de regir la ejecución de los gastos públicos, disponiéndose como mandato fundamental que el presupuesto “...constituye el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado”.

Es la legalidad presupuestaria –como especie de la legalidad financiera– la que posee importancia para la efectividad de las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. El carácter normativo del presupuesto público y la validez de la función administrativa

En cuanto a egresos, el presupuesto cumple con la función de autorizar la realización de los gastos públicos. Esta habilitación tiene un componente fundamental, que va más allá de lo meramente financiero, ya que la Administración se encontrará autorizada para llevar a cabo la función administrativa que posea dotación presupuestaria (principio de legalidad presupuestaria contenido en el artículo 180 de la Constitución Política).

(25) La legalidad financiera no es más que una derivación del principio de legalidad de la Administración Pública, pero como se verá, la relación entre ambos debe ser analizada con detenimiento. Sobre el tema: BAYONA DE PEROGORDO, Juan José. *El derecho de los gastos públicos*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, págs. 177-186.

En cuanto a los ingresos, el efecto en el presupuesto público es el de un simple cálculo contable, completamente desprovisto de vinculación jurídica. Esa estimación de los ingresos, por ende, no es objeto de la aprobación legislativa. Su incorporación en la Ley de Presupuesto aspira a formar un juicio integral sobre el destino que se da a los ingresos y a la necesaria observancia del principio de equilibrio en los términos y alcances en que se postula actualmente.

La Ley de Presupuesto Nacional no tiene la vocación para normar la gestión financiera pública, para organizar las dependencias administrativas, ni regular el contenido o efectos de las relaciones jurídico-públicas del Estado con los particulares. La Ley de Presupuesto es una ley instrumental para hacer cumplir la ley material. El valor o contenido normativo de la Ley de Presupuesto Nacional se circunscribe a tres ámbitos:

- a. Constituye una limitación a la acción de la Administración Pública pues sólo se podrá llevar a cabo la que posea respaldo presupuestario, lo que se manifiesta en la observancia del principio de especialidad convirtiendo en la ejecución del gasto en una potestad reglada en tres órdenes: i) Cuantitativamente, en relación con el monto máximo de recursos que pueden comprometerse. ii) Cualitativamente, ya que la aplicación del gasto debe corresponder al objeto descrito en la partida⁽²⁶⁾ y iii) Temporalmente, en cuanto al lapso (un año) por el cual la Administración Pública puede acudir a los recursos de que dispone.

(26) Dispone la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, en el inciso f) de su artículo 5: *“f) Principio de especialidad cuantitativa y cualitativa. Las asignaciones presupuestarias del presupuesto de gastos, con los niveles de detalle aprobados, constituirán el límite máximo de autorizaciones para gastar. No podrán adquirirse compromisos para los cuales no existan saldos presupuestarios disponibles. Tampoco podrán destinarse saldos presupuestarios a una finalidad distinta a la prevista en el presupuesto, de conformidad con los preceptos legales y reglamentarios”.*

Si bien existe un principio de especificación o especialidad en el gasto que ha de observarse en la ejecución del presupuesto, es lo cierto que la dinámica del gasto público impone que ciertas partidas no presenten una descripción tan detallada que introduzca rigideces innecesarias para la Administración Pública. Lo que interesa es que la descripción presupuestaria sea lo suficientemente clara para facilitar una evaluación y control del gasto, sin detrimento del margen de apreciación que debe poseer la Administración Pública.

- b. Constituye requisito de validez del acto administrativo, en tanto no puede perfeccionarse una obligación por una entidad pública que no posea recursos disponibles y debidamente presupuestados, ni prestarse un servicio público que no cuente con recursos económicos para hacerle frente.⁽²⁷⁾

(27) Tradicionalmente se sanciona con nulidad absoluta el acto administrativo por el cual se generan obligaciones para la Administración Pública, cuando la cobertura presupuestaria es inexistente o insuficiente. En Costa Rica la infracción recae sobre el numeral 180 de la Constitución Política, en tanto señala que el presupuesto es el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los fondos (fuerza restrictiva del presupuesto). El artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa castiga con la nulidad absoluta una obligación sin contenido presupuestario, pero limitado a la esfera contractual. Asimismo, el artículo 110 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, impone responsabilidad administrativa sobre el funcionario que contraiga obligaciones sin contar con el contenido presupuestario suficiente, o dé a las partidas fines distintos a los previstos.

Ciertamente se deben ponderar los verdaderos alcances y peso de la fuerza anulatoria del vicio consistente en la ausencia de previsión presupuestaria. La obligación puede nacer válidamente sin cobertura suficiente y la subsanación o la ineficacia transitoria del acto, podrían ser aceptables según la naturaleza de asunto que se trate y el estado de ejecución material de una obligación, en tanto resulte una medida proporcionada a la celeridad de un proceso de compra, la adopción de un acto administrativo o por problemas de tesorería. La idea es evitar que se adquieran obligaciones cuyo cumplimiento no pueda asegurarse del todo, pero no que la cobertura presupuestaria sea una formalidad que no pueda atemperarse.

El punto no está exento de polémica. BOHOYO CASTAÑAR efectúa precisiones muy interesantes:

“Cuando se dicta un acto administrativo y éste es la causa del nacimiento de una obligación económica para la Hacienda pública, si no existe crédito presupuestario para hacer frente a esta obligación, debemos enjuiciar la eficacia o ineficacia del acto distinguiendo:

a) Obligaciones unilaterales.

Si el acto administrativo, nulo de pleno derecho por falta de crédito presupuestario, lleva consigo la adquisición de un compromiso de gasto y el consiguiente nacimiento de una obligación para la Hacienda

- c. Por último, las normas generales que contiene el Presupuesto Nacional son auténticas normas jurídicas, pero limitadas al periodo de su vigencia y en tanto sean útiles y necesarias para su ejecución, liquidación o evaluación, no así para modificar la legislación ordinaria.

El presupuesto público hace efectiva la función administrativa que impone el bloque de legalidad, al dotar a la Administración Pública, en función de un determinado ingreso, del plan de gastos a desarrollar durante el año correspondiente para satisfacer los fines que el ordenamiento jurídico sustantivo le fija.

Lo expuesto confirma que la Ley de Presupuesto Nacional es una ley instrumental de la gestión pública, sujeta a la legislación ordinaria,

pública y a favor de un tercero, sin que para éste implique contraprestación alguna, consideramos que este acto puede declararse nulo e impedir que surta efectos de ninguna clase. Por tanto, en cualquier momento puede suspenderse el procedimiento de pago de tal obligación. Incluso, si por alguna circunstancia anómala llegase a realizarse el pago, éste podría considerarse indebido con la posibilidad de reclamar al acreedor el reintegro de las cantidades cobradas.

b) Obligaciones bilaterales y recíprocas.

Si el acto administrativo nulo de pleno derecho ha dado lugar al nacimiento de obligaciones bilaterales recíprocas en las que el tercero acreedor de la Hacienda pública ha realizado o está en vías de realización de la contraprestación a que se comprometió consideramos que este acto administrativo nulo no puede considerársele sin efectos. Su efecto principal era generar la obligación recíproca, una vez nacida ésta, el tercero obligado realizando una actuación legítima ha iniciado el cumplimiento de la misma o ha cumplido en su totalidad por el acreedor de la Hacienda pública consideramos que el acto administrativo ha tenido los efectos para los que fue producido, por tanto su validez o nulidad es irrelevante para la relación jurídica creada pues ésta puede tener vida propia, con independencia de los efectos que la falta de crédito presupuesto puede tener para el cumplimiento de la misma, máxime cuando la Hacienda pública ha recibido la contraprestación correspondiente”.

Así: BOHOYO CASTAÑAR, Francisco. *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, págs. 286-287.

que no puede derogar ni desaplicar para casos concretos. Al momento de estimar ingresos han de utilizarse las reglas tributarias preestablecidas (no pueden crearse impuestos por esta vía para mejorar las previsiones en las que se formuló) y, al momento de ordenar los gastos han de respetarse las obligaciones, contratos y demás compromisos que el ordenamiento jurídico sustantivo reconoce como válidos y eficaces. Esta relación entre la “*legalidad presupuestaria*” y la “*legalidad ordinaria*” debe ser tratada con más detalle como se expone seguidamente.

3. Presupuesto y bloque de legalidad

La tesis predominante ha establecido que la ley que aprueba el Presupuesto Nacional es una verdadera ley, en sentido formal y material.⁽²⁸⁾ A de esta afirmación es posible cuestionarse si el propio legislador, al discutir la Ley de Presupuesto Nacional, no se sienta obligado por las normas que promulgó como legislador ordinario, por lo que pueda, válidamente, modificarlas o desconocerlas.⁽²⁹⁾ La Sala Constitucional deslizó esa posibilidad cuando afirmó que la Ley de Presupuesto Nacional podría “...modificar el derecho objetivo precedente en

(28) Fue opinión disidente del exmagistrado de la Sala Constitucional, doctor RODOLFO PIZA ESCALANTE, el tema de la naturaleza de la ley que aprueba el Presupuesto Nacional: “...*la llamada Ley de Presupuesto es en Costa Rica ley solamente en el sentido formal, no en el material, o por decirlo mejor, no es tal ley sino un acto administrativo de autorización emanado del Poder Legislativo en una función administrativo-constitucional de tutela preventiva de la Administración Pública*” (Ver voto salvado en la resolución No. 121-89 de 23 de noviembre de 1989).

(29) Al efecto, sostiene Dromi: “La aprobación del presupuesto por el Legislativo constituye una actividad normal de su actividad legislativa, no un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo. Ello implica que la ley de presupuesto puede crear o modificar el derecho objetivo, puesto que no existen más limitaciones a la acción del Legislativo que las establecidas en la Constitución. Nada impide que la ley de presupuesto establezca o modifique tributos existentes, pues no existe disposición constitucional de carácter limitativo, y en este sentido las limitaciones contenidas en las leyes ordinarias carecen de eficacia respecto del Legislativo, son autolimitaciones que el Congreso puede modificar en cualquier momento”. DROMI, Roberto. *Presupuesto y cuenta de inversión*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Talleres de la Imprenta Fareso S.A., 1997, pág. 91.

cuanto éste pretende afectar el ingreso impositivo a un objeto determinado, por lo que el legislador es libre para distribuir los gastos, salvo que se trate de “fondos atados” que tengan origen constitucional”.⁽³⁰⁾

La posición por la que se sostiene que el ordenamiento jurídico precedente, contenido en la legislación ordinaria, pueda ser modificado por la Ley de Presupuesto, debe rechazarse. El legislador presupuestario no cuenta con la posibilidad para desconocer el contenido de las normas que ha promulgado como legislador ordinario por cuanto la Ley de Presupuesto Nacional posee una doble reserva: por materia y por procedimiento; de ahí que el legislador que debate y discute esa ley no posee, en ese momento, facultades para disponer en contra de los mandatos del bloque de legalidad sustantivo. Por ende, la necesaria conformidad del Presupuesto Nacional a la ley ordinaria es clara, no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también desde la óptica de la división de funciones entre los Poderes del Estado.

La misma solución se presenta cuando el presupuesto público no tiene naturaleza de ley, sino de acto administrativo, como es el caso de los presupuestos de las instituciones autónomas y las municipalidades, pero por razones un tanto diferentes. En primer término por el carácter de acto administrativo de alcance general que posee el presupuesto de esos entes, pues constituye el antecedente, básico y fundamental, de indefinibles actos administrativos concretos posteriores, que deberán ajustarse al contenido y condiciones del respectivo presupuesto (monto, naturaleza del compromiso y vigencia temporal). En segundo lugar, de igual manera que el legislador presupuestario queda sometido al derecho sustantivo, el presupuesto que es acto administrativo debe respetar los términos de actos administrativos de fondo precedentes. No puede entenderse legitimada la Administración Pública, durante el proceso de trámite y aprobación presupuestario, para desaplicar o derogar los actos administrativos que reconozcan derechos patrimoniales, ni tácita ni expresamente, por medio del presupuesto, aún cuando éste posea igualmente la potencia y resistencia de un acto administrativo.

La relación que se produce entre el “principio de legalidad” entendido como la necesaria habilitación del ordenamiento para dictar un acto o prestar un servicio, y un “principio de legalidad presupuestaria”, es de fin respecto de sus medios, en razón de que el

(30) Sala Constitucional, resolución No. 5754-94 de las 14:54 horas del 4 de octubre de 1994.

presupuesto (sea ley o acto administrativo) no es más que un mecanismo o instrumento para hacer efectiva la función administrativa que el principio de legalidad establece.⁽³¹⁾ No se trata con ello, de plantear un quebranto en la escala jerárquica de las fuentes del Derecho Administrativo, ni que la Ley de Presupuesto Nacional sea una “ley menor”; en realidad el ordenamiento que rige la actividad financiera del Estado aspira a satisfacer el interés público y el bien común en forma indirecta, en tanto constituye el andamiaje económico de todos los programas y actividades que han de llevarse a cabo. El ordenamiento financiero-presupuestario no es parapeto para condicionar o afectar la legalidad sustantiva. Son contenidos de regulación que operan en ámbitos distintos y surgen en ejercicio de competencias muy diferentes.

Presupuestar y pagar son actuaciones con un contenido y una trascendencia muy distintas, tanto desde el punto de vista jurídico como para la contabilidad pública. Pagar puede ser toda salida de fondos, independientemente de una finalidad extintiva de obligaciones.

4. Legalidad presupuestaria y facultades del juez

El juez contencioso-administrativo no se encuentra limitado por las regulaciones de orden financiero-presupuestario, en la misma forma, grado y alcance en que lo está la función administrativa. La legalidad financiera está dirigida hacia la función administración, no hacia la jurisdiccional. Caso contrario, estaría en manos de la entidad pública demandada que pueda declararse con lugar una condena de pago en su contra, pues deberá el juez verificar la existencia de las previsiones

(31) Dice el profesor HERNÁNDEZ VALLE: *“Entre las leyes preexistentes y la Ley de Presupuesto subsiste una relación de instrumentalidad, en el sentido de que la actuación de aquéllas, en su aspecto financiero, requiere la intervención de ésta; por ello es justamente que la Ley de Presupuesto se encuentra en relación de subordinación frente a la legislación preexistente, en el sentido de que no puede modificarla y más bien debe asegurar su actuación”*. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Instituciones de Derecho Público Costarricense*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1992, pág. 105. Un ejemplo ilustrativo de ese carácter instrumental, es que no puede invocarse el presupuesto público (sea ley o acto administrativo) como mecanismo de creación de derechos subjetivos (ver resolución de la Sala Constitucional No. 513-95 de las 11:42 horas del 27 de enero de 1995).

presupuestarias pertinentes y la omisión deliberada podría frustrar la validez de la sentencia, lo que no es admisible. Asimismo, no puede admitirse que regulaciones administrativas, como las directrices sobre límites de gasto, o sobre el número máximo de modificaciones presupuestarias a formular durante un año, sean oponibles al cumplimiento de un fallo judicial.

a. La paralización de los trámites presupuestarios

De conformidad con los numerales 77 y 78 de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), cuando la Administración Pública fuere condenada al pago de una suma líquida, deberá verificar el pago de inmediato.

El numeral 162 del Proyecto impone, con la misma redacción, ese pago inmediato, pero con la particularidad de que la sentencia firme tendrá como efecto el compromiso presupuestario de los fondos en la partida respectiva, que deberá identificar la autoridad judicial con ajuste al principio de especialidad, de tal forma que se garantice la separación de los recursos. No obstante, el numeral 168 del Proyecto permite que, si el cumplimiento de la sentencia significa la provisión de fondos para los cuales no es posible allegar recursos sin afectar el interés público o provocar trastornos graves a su situación patrimonial, la Administración obligada al pago pueda fraccionarlo, hasta un máximo de tres anualidades, mediante solicitud debidamente fundada al Juez Ejecutor.

Las reglas que contiene la LRJCA posibilitan un mecanismo por el cual se paraliza todo trámite de documentos presupuestarios ante la Contraloría General de la República, hasta tanto la entidad pública condenada al pago, no incorpore el contenido económico suficiente para dar cumplimiento a la sentencia. La medida conlleva para la entidad pública morosa severas consecuencias, por lo que los efectos prácticos de este mecanismo para forzar la presupuestación de las sumas a que ha sido condenada por sentencia firme, han sido favorables para el administrado.

En lo que toca a la Administración descentralizada y municipal, por así preverlo el artículo 78 de la LRJCA, es posible paralizar los trámites de aprobación de documentos presupuestarios una vez transcurridos tres meses de la comunicación que expida la autoridad judicial sin que se hubiere satisfecho la inclusión del pago en los

presupuestos de la entidad pública, necesario para el cumplimiento de la sentencia. Pero, uno de los reparos que formula al esquema de ejecución de sentencias actual, estriba en que el mecanismo de paralización de los procedimientos presupuestarios, tiene su efectividad restringida a las entidades que se encuentran sometidas al trámite de aprobación presupuestaria a cargo de la Contraloría General de la República.⁽³²⁾

Este reproche no es correcto. El artículo 78 LRJCA se refiere, puntualmente, tanto a los trámites que se cumplen en la Contraloría General de la República, como en la Oficina de Presupuesto (actualmente Dirección General de Presupuesto Nacional), que es el departamento especializado a que alude el 177 de la Constitución Política con competencia, para lo propio, con el Presupuesto de la Administración Central, por lo que el mecanismo de paralización no está restringido a la Administración descentralizada. Es claro que la paralización de las potestades constitucionales del Poder Legislativo en materia de aprobación del Presupuesto Nacional no es lo que puede afectar el citado artículo 78, sino, más bien, los trámites administrativos que ha de cumplir la Dirección General de Presupuesto Nacional en la confección y preparación del anteproyecto de Ley de Presupuesto.

Lo que ha sucedido es que no se ha colocado en su sitio la potestad de que goza el juez para ordenar a la Oficina de Presupuesto Nacional para que proceda a la paralización de todo trámite administrativo relativo a los anteproyectos de Ley de Presupuesto,⁽³³⁾ y el correlativo deber del Presidente y de su Ministro, para cumplir con los fallos de los tribunales (artículo 140, inciso 9 de la Constitución Política).

(32) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Justicia Administrativa Costarricense (cuatro estudios)*. San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, pág. 194.

(33) En el *Boletín Judicial*, No. 188 del 1º de octubre de 2001, fue publicada la Circular No. 097-2001, en la cual el Consejo Superior del Poder Judicial comunica a los Despachos Judiciales que a la Contraloría General de la República deben remitirse los mandamientos de paralización a que se refieren los artículos 77 y 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los casos relacionados con los entes que están sometidos a la aprobación presupuestaria de este Órgano contralor: “Consecuentemente, –expresa la Circular– no se deben remitir a la Contraloría General, los mandamientos de este tipo relacionados con los ministerios de gobierno, los cuales deben enviarse, apropiadamente a la Oficina de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda, para su debido trámite”.

El defecto principal del mecanismo de paralización presupuestaria no es que se encuentre limitado a las entidades públicas descentralizadas o a las municipalidades, sino que la medida lo que obtiene es la sola presupuestación, no el pago, de las sumas adeudadas y, con ello, la entidad demandada logra el levantamiento de la orden de paralización de los trámites de aprobación presupuestaria, independientemente de que los fondos lleguen a manos del actor. La inserción del crédito en el presupuesto puede convertirse en un ejercicio de ingenuidad que no impide la mora de la Administración Pública.

El Proyecto conserva la medida de paralización del trámite presupuestario para la Administración Pública. El problema estriba en que la orden se giraría sólo a la Contraloría General de la República, con lo cual reviven, con mayor energía, las debilidades que se acusan a la actual normativa procesal. Lo correcto es que el mandamiento de paralización se dirija tanto al Órgano Contralor, como a la Dirección de Presupuesto Nacional para lo propio con el presupuesto del Gobierno Central.

La paralización presupuestaria puede ser graduada por el Juez Ejecutor, de tal forma que no afecte la totalidad de las actividades y partidas de la Administración. Como señala el mismo numeral 164 del Proyecto, la medida puede ser ajustada con el fin de no afectar la gestión sustantiva de la entidad, ni los intereses legítimos o los derechos subjetivos de terceros.

Otro aspecto que merece comentario es el momento en que debe levantarse la medida de paralización presupuestaria. En su última versión, el Proyecto señala que ello se producirá una vez que se incluya la partida presupuestaria. Una redacción anterior⁽³⁴⁾ propuso que la medida desapareciera cuando las sumas fueran puestas a la orden de la autoridad judicial con el fin de evitar que la incorporación presupuestaria de los recursos para honrar el fallo no fuera más que eso, una mera presupuestación. Con la sola aparición del rubro en el presupuesto de la Administración, ésta lograría el levantamiento de la paralización, sin que los términos del Proyecto aseguren el efectivo pago al interesado. Presupuestar y pagar son cosas muy diferentes y, para efectos del reclamante le pueden separar años-luz una de la otra.

(34) *Ibidem*, artículo 149.

b. La incidencia de los principios presupuestarios en la ejecución de sentencias

Frente a los derechos fundamentales del administrado para una tutela judicial efectiva, el régimen jurídico para el uso y disposición de los fondos públicos en sede administrativa, no puede representar un valladar por el cual el pago de una suma adeudada al administrado sólo deba ser efectuado por la Tesorería Nacional, pues esta exigencia, meramente formal o procedimental, no puede ser sobrepuesta a otros preceptos constitucionales. El interés que se hace valer en la ejecución no es distinto ni opuesto a los fines que persigue la propia Administración Pública. Usualmente el administrado es colocado como la contraparte natural del Estado y, por ende, poseedor de un interés incompatible con el interés general. En realidad el interés que ejecuta el juez no es ya un interés individual, sino que, desde el momento en que ese interés particular ha sido acogido por los mecanismos procesales que lo han declarado conforme a Derecho y merecedor de protección jurídica por el propio Estado, por medio del Poder Judicial, se convierte en un interés público que debe ser sostenido por todo el ordenamiento jurídico. Los principios presupuestarios y las normas sobre administración financiera, no han tenido como norte la tutela de los derechos o intereses legítimos de los administrados pues no forman parte de la estructura normativa que soporte los mecanismos de garantía; sencillamente, constituyen un ordenamiento especializado y técnico por el que se busca la obtención y aplicación de los recursos públicos conforme con los principios de legalidad, eficiencia, economía y eficacia, asegurar mecanismos de información contable fiables y, en suma, el orden y control en el uso y disposición de los fondos públicos. Sin que sea su culpa, son normas que se han pensado “a espaldas” del proceso judicial y del ciudadano que busca satisfacer sus pretensiones ante los Tribunales. Las reglas hacendarias sirven al Estado como recaudador, presupuestador, custodio, administrador, inversionista y ejecutor de fondos públicos, pero su ámbito de aplicación hace que no se tome en cuenta la forma en cómo pueden afectar otros órdenes normativos.

En lo que hace al principio de especialidad, esencial relevancia es el rubro presupuestario al cual se va a cargar un pago ordenado en sentencia. Realmente, si la partida para el pago de sentencias no está dotada de suficiente provisión para satisfacer la condena judicial, el egreso puede ser cargado al rubro presupuestario que posea el mismo objeto (pretensión) que fue debatido en el proceso judicial. Esto es, que si el actor ha buscado el pago de lo adeudado por alquiler, bien pueda

sufragarse de la partida respectiva para el pago de alquileres, respetando sumas ya comprometidas o contratos en ejecución, pero sin que sea necesario aferrarse a que el cargo debe ser soportado sólo por el rubro destinado al cumplimiento de sentencias judiciales.

La prohibición de compensar ingresos con egresos y viceversa, derivada del principio de universalidad, hace que no sea posible que el administrado logre extinguir una obligación a su cargo cuando posee una sentencia judicial firme que ubica a la Administración Pública su deudora por el mecanismo de compensación. La regla de la no-compensación de egresos con ingresos, atiende a fines distintos a los que se persigue con una tutela judicial efectiva, pues son razones de orden y control las que exigen su cumplimiento, pero de ninguna manera se puede entender que esos propósitos de orden fiscal sean incompatibles con la posibilidad de facilitar la ejecución de un fallo.⁽³⁵⁾

Considerando el contenido del principio de universalidad y el de caja única, la forma en cómo hacer efectivo el embargo de bienes de la Administración puede presentar problemas de orden presupuestario, ya que se trata de egresos que no se efectuarían de acuerdo con las reglas procedimentales para el pago, ni tampoco queda reflejado en el presupuesto. De igual forma, se deja de lado la competencia que posee la Tesorería Nacional que, por norma constitucional, es el centro de operaciones de las rentas nacionales y “...*el único que tiene facultad legal para pagar a nombre del Estado*” (artículo 185 de la Constitución Política). No existe quebranto alguno de esos principios presupuestarios. Primero, el pago que efectúa la Tesorería Nacional es el último acto del proceso inherente al presupuesto; pero el pago que recibe el acreedor como resultado del remate es parte de la función jurisdiccional, no forma parte del proceso administrativo de ejecución presupuestaria.⁽³⁶⁾ La legalidad financiera y, concretamente la presupuestaria, no se dirigen a

(35) El artículo 106.6 de la Ley No. 29/1998 del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, permite la compensación de ingresos con egresos, sin resquemores, en los siguientes términos: “*Cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente*”.

(36) “Es claro entonces que la jurisprudencia ha establecido que el remate no es un contrato de compraventa, que el Juez no contrata ni es apoderado de ninguna de las partes. Es una venta forzosa, en que el Juez preside

normar la función jurisdiccional, sino la función administrativa. El “pago” de una sentencia, una vez efectuado el remate, es una función jurisdiccional pues corresponde al Poder Judicial resolver definitivamente sobre las causas sometidas a su conocimiento “...y ejecutar las resoluciones que pronuncie” (artículo 153 constitucional).

c. Ajustes a la ejecución del fallo

Claro está, no se trata de provocar dislocaciones graves en las finanzas del Estado. Cuando el cumplimiento de la sentencia signifique la provisión de fondos con lo cual pueda ponerse en entredicho el interés público, la prestación de servicios públicos esenciales o provocar trastorno o “*detrimento grave de la Hacienda Pública*”,⁽³⁷⁾ la Administración Pública obligada al pago podrá solicitar, motivadamente, que el Tribunal le autorice dilatar temporalmente el pago o bien, fraccionarlo. Incluso, razones de interés público pueden determinar la suspensión de la ejecución.

5. En particular sobre las sentencias de condena y la sustitución judicial de la Administración Pública

Con la revisión del modelo actual del control judicial, centrado en la figura del acto y limitado a su anulación, se impulsa en el Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo la plena justiciabilidad de la función administrativa, lo que incluye las actuaciones materiales, la inactividad y la omisión de actividades debidas. Procesalmente esto se traduce, entre otros instrumentos, en la configuración de pretensiones de condena o prestacionales en las que se pretende lograr un hacer, un omitir o un soportar.⁽³⁸⁾ De esta forma, la sentencia puede condenar a

la diligencia dándole el sello de legalidad que requiere, es un acto de jurisdicción en que el Poder Público, por medio de los Tribunales, sustrae un bien del dominio del deudor y lo hace vender para pagar al acreedor o acreedores (...)” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 12 de las 10:00 horas del 17 de enero de 1990.

(37) GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Op. cit.*, tomo II, pág. 794.

(38) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Op. cit.*, pág. 323.

“...realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el Ordenamiento Jurídico” (artículo 122, inciso g) del Proyecto).⁽³⁹⁾

La posibilidad de que el Tribunal pueda ordenar un comportamiento o conducta es un aporte que supera el perfil, reaccional y casatorio, que ha prevalecido en la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense. Pero una sentencia que acoja una pretensión de condena, puede representar una presión financiera tan grave que ponga en riesgo la legalidad financiera. Primero, “no hay nada tan terco como la realidad”⁽⁴⁰⁾ y, sin que tengamos la perspicacia del célebre detective inglés, es fácil advertir que la realidad económica de las instituciones públicas muestra estrecheces importantes que deben ser sopesadas. Crear *gasto* es muy diferente a crear *fuentes de gasto*, afectando ejercicios presupuestarios futuros indefinidamente, por cuanto para desarrollar una conducta impuesta por el fallo, prestar un servicio público, o mejorar el estándar de prestación por ser inferior al mínimo o básico que puede exigirse en un marco de igualdad y universalidad, la entidad pública habrá de dotarse de recursos en forma permanente, en especial si debe crear nuevos cargos con remuneración salarial. Una sentencia de condena, que no está referida ahora sólo al acto de pagar sino a una conducta administrativa, podría llevar a una reformulación del presupuesto y, en suma, a una alteración de las metas y objetivos que el plan fijaba. Aquí es preciso un equilibrio entre el interés del actor victorioso y el interés público que puede ser afectado.

La norma contenida en el artículo 180 constitucional, por la que el presupuesto constituye el límite de acción de los poderes públicos, es una norma dirigida a la función administrativa, no a la jurisdiccional.⁽⁴¹⁾ Es claro, entonces, que el juez no puede encontrarse limitado para acoger una demanda por las previsiones presupuestarias que hubiere

(39) Sobre el tema: JINESTA LOBO, Ernesto. *El ámbito y las pretensiones de la jurisdicción contencioso administrativa: la necesidad urgente de su reforma*, en: Revista IUSTITIA, año 12, números 141-142, setiembre-octubre, 1998, pág. 48.

(40) CONAN DOYLE, Arturo. *El perro de Baskerville*, Cap. X.

(41) “Pues bien, al igual que no cabe plantear la exigencia de cumplimiento por parte del Juez ejecutor de las normas administrativas de ejecución del presupuesto de gastos, tampoco parece que pueda serle exigido el cumplimiento de las previas exigencias administrativas de legalidad presupuestaria”. Así: BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, *op. cit.*, pág. 221.

efectuado la entidad pública. Pero si se ha buscado reorientar el control judicial con una tutela más amplia, estableciendo, entre otras, las pretensiones de condena para obligar a la Administración Pública a llevar a cabo una actividad material, las conductas que deban llevarse a cabo en cumplimiento de un fallo que acoja pretensiones de esa naturaleza, deben encontrarse sujetas al principio de legalidad presupuestaria, también de rango constitucional. Bajo esta perspectiva, no puede equipararse la condena de daños y perjuicios como mera obligación de pago (creación de un *gasto concreto*) ocasionados a un proveedor por el cese en la ejecución de un contrato administrativo, a que se ejerza una pretensión tendiente a la prestación o mejora de un servicio en condiciones de continuidad, eficiencia e igualdad (creación de una *fuentes de gasto*), cuando financieramente ese servicio es insostenible para el Estado, por más derecho prestacional que se tenga.

La dificultad no sólo un problema de carestía de recursos. La ejecución de sentencias de condena no deja de tener, también, reparos de orden constitucional que deben superarse. Si se interpreta que el artículo 122 de la Constitución Política lo que permite reconocer a cargo del Tesoro Público son “*obligaciones*” (creación de gasto), contrayendo el sentido de ese término a las de orden pecuniario tal y como las entiende el Derecho civil, la consecuencia es que la potestad del juez para afectar el presupuesto público está vedada para otros supuestos, como pueden ser los derivados de las sentencias de condena (en tanto sean fuentes de gasto). Lo que podría admitirse, para despejar este problema, es que el Juez, de previo a acoger una pretensión que conlleve creación de “*fuentes de gasto*”, deba acreditar la suficiencia de rentas que se establecerán para satisfacerla y su sostenibilidad.⁽⁴²⁾ Para

(42) En cuanto a la función jurisdiccional, un notable estudio del profesor RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE analiza la existencia de sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional que, de alguna manera, representen una innovación en el ordenamiento jurídico que genere gasto a la Administración Pública condenada, afectando el principio de equilibrio presupuestario, sin que puedan los tribunales, a diferencia del Poder Legislativo, señalar o crear las rentas para sufragar los gastos fiscales que originen sus sentencias: “*De esa forma se puede concluir que el respeto de la Sala Constitucional, en relación con el principio constitucional del equilibrio presupuestario, se traduce en la existencia de una limitación, en perjuicio suyo, que consiste en la prohibición para alterar el equilibrio de los gastos autorizados y los ingresos probables incluidos en la Ley de Presupuesto, mediante la emanación de las denominadas sentencias aditivas*”. Así: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *La tipología de las sentencias*

ello podrá procurarse dictámenes sobre la efectividad fiscal de los ingresos, de la misma manera como lo debe hacer la Asamblea Legislativa cuando decide incrementar los gastos presupuestados, por medio de un informe de la Contraloría General de la República (artículo 179 constitucional). De lo contrario la ejecución apareja imponer el Derecho, pero con lesión del Derecho mismo.

La sustitución de la Administración por el juez contencioso-administrativo, ante la rebeldía de aquélla para satisfacer lo mandado en el fallo, despejados los nubladros constitucionales, presenta las mismas dificultades recién apuntadas. El juez llevaría a cabo una serie de conductas sustitutivas que conlleven costos que ha de sufragar el presupuesto de la entidad pública, no del Poder Judicial. Esta capacidad de comprometer el presupuesto de otra Administración Pública, debe tener en consideración que la estructura presupuestaria afecta el feliz desenlace de la ejecución. El juez puede establecer constitucionalmente gasto concreto, pero no fuentes de gasto.

Nuevamente, lo propio es que de previo a la sustitución, sea preciso que el juez conozca la disponibilidad de las partidas a las cuales sería preciso recurrir, que esas partidas sean las idóneas de acuerdo con el principio de especialidad, recurriendo a la tesorería y a la contabilidad internas para los pagos, que no se origine una lesión al equilibrio del presupuesto y, en suma, el plan operativo que el presupuesto plasma no se vea sustancialmente alterado por consideración al interés general que pueda verse afectado al modificar las condiciones en que fue concebido en un inicio.

constitucionales con efectos fiscales. En: *La Jurisdicción Constitucional.* San José, Editorial Juricentro S. A., 1993, pág. 129.

El tema no se contrae al plano teórico. La Sala Constitucional, al conocer un caso en el que se reclamaba el derecho de un paciente a recibir medicamentos citotóxicos en su casa ya que su estado le dificultaba acudir al centro hospitalario, impuso a la Caja Costarricense de Seguro Social la obligación de hacerlo, bajo ciertas condiciones. Pero advirtió que el derecho a la salud no podría ser condicionado por razones de orden presupuestario: “...si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pudiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida de los demás derechos resultarían inútiles”. Sala Constitucional, resolución No. 5130-94 de las 17:33 horas del 7 de setiembre de 1994.

En efecto, es función jurisdiccional la ejecución de sentencias y, por ende, también lo es la sustitución judicial de la Administración Pública, pero ¿es razonable una exoneración tan radical de las reglas presupuestarias para llevar adelante lo que, en el fondo, no es más que conducta administrativa pura, vicariamente ejercida por el Juez? La entrada de las potestades jurisdiccionales sustitutivas no puede dejar a su paso, un caos presupuestario. La sustitución ha de considerarse como una medida que lleve aparejada una serie de condiciones que aseguren la eficacia de la ejecución –provisión de fondos necesarios, afectando las partidas correctas–, y la expresa prohibición de que el juez pueda utilizar el presupuesto con reglas propias, creadas para el caso. En el fondo, el juez que sustituye a la Administración Pública, realiza verdadera función administrativa, y bajo esa consideración tal vez no rigurosamente técnica, pero elemental, no se puede reputarlo inmune a principios básicos que rigen la Hacienda Pública. Bien se sabe que, desde hace mucho tiempo, viene el Derecho Administrativo luchando contra inmunidades.

IV. CONCLUSIONES

La existencia de un Derecho de la Hacienda Pública, como un ordenamiento propio y especializado para la actividad financiera de la Administración Pública, no debe constituirse en una parcela del bloque de legalidad, aislada y autocontenida en sus propios principios y finalidades, a tal grado que pueda afectar, negativamente, otras áreas del ordenamiento como es lo relacionado con los mecanismos para asegurar una tutela judicial efectiva.

Uno de los temas que ha de revisarse es lo relativo a la excesiva protección del patrimonio de la Administración Pública, a tal grado que se ha invocado un privilegio de inembargabilidad. Llevar este privilegio a alturas insospechadas puede comprometer la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Además no ha existido en el ordenamiento jurídico costarricense, un principio general de inembargabilidad absoluta de los bienes de la Administración Pública. El privilegio se ha cimentado en normas de rango legal.

Una revisión de la justicia administrativa ha de abarcar una revisión muy equilibrada de este privilegio. No se trata de abogar por una supresión total, sino establecer una serie de reglas que conjuguen tanto el interés en que las sentencias sean efectivas, con la buena marcha de la gestión administrativa en general.

La identificación de bienes embargables ha de ser cuidadosa. Frente a una lista de bienes, parece prudente la presencia de reglas generales que deban ser aplicadas por el juez de acuerdo con las condiciones del patrimonio de entidad pública sobre el cual deba decretarse apremio. Las distinciones de dominio público o privado, o la naturaleza de Derecho privado o público del sujeto titular del bien, no constituyen parámetros fiables para ubicar un patrimonio sobre el cual decretar apremio. Ha de procurarse un criterio funcional: la específica relación del bien con el servicio público, de tal forma que esa funcionalidad es tan directa e inmediata que su continuidad y eficiencia puedan ser afectados.

Ello no excluye que existan pronunciamientos legislativos expresos respecto de ciertos bienes cuya protección frente a acreedores del Estado, deba quedar nítidamente resguardada. A saber: la participación accionaria del Estado en las empresas públicas no debe ser susceptible de embargo y posterior remate, en tanto se corre el riesgo de poner en manos privadas, actividades económicas de importancia estratégica para el país.

La legalidad presupuestaria debe ser objeto de ajustes. Actualmente, los mecanismos procesales coaccionan al logro de la presupuestación de las sumas que deben sufragarse al administrado. Pero una cosa es lograr que la suma a que resulta condenada la Administración se incorpore en el presupuesto y otra, muy distinta, es lograr que el pago llegue a manos del actor victorioso. Por ello la paralización en los trámites presupuestarios ante la Contraloría General de la República debería levantarse, por orden expresa de la autoridad judicial, una vez que se encuentre depositada, a su orden, la suma correspondiente. De igual forma, la medida debe abarcar los trámites que se cumplen ante la Dirección General de Presupuesto, en relación con la Administración Central, sin que exista por ello, lesión constitucional a las facultades del Poder Ejecutivo y Legislativo en la confección y aprobación.

La finalidad de los principios presupuestarios es lograr un sano manejo de las finanzas públicas y en esa aspiración deben permanecer. La especialidad del gasto puede ser comprendida en forma menos rígida, de tal forma que el egreso que demanda el cumplimiento de un fallo no tenga que ser cargado, irremisiblemente, a la partida de indemnizaciones –que casualmente, no es boyante–, sino a otras partidas, en tanto guarden relación con el objeto de la pretensión. Si lo demandado es el pago de una compra de equipo de cómputo o un

reajuste de precios, no hay por qué esperar a que se refuerce la partida de indemnizaciones, pues podrá recurrirse a los rubros pertinentes para el pago de ese contrato o del respectivo reajuste, sin que con ello se quebrante el principio de especialidad.

Como lo hace el Proyecto, hay que descartar que la autoridad judicial pueda encargar, a título comisarial, a la Contraloría General de la República modificar un presupuesto para dar satisfacción al fallo. Las normas constitucionales que regulan los alcances de las facultades del Órgano Contralor son de aprobación o improbación, no de modificación del presupuesto, toda vez que es una intromisión en el sujeto controlado inadmisibles para el citado Órgano Contralor.

Salvedad hecha de la materia tributaria para efectos de extinguir obligaciones, tradicionalmente se ha vedado la posibilidad de compensar egresos con ingresos. Razones de orden y adecuado control de los gastos públicos contribuyen a esta prohibición; no obstante, bien puede sopesarse una modificación, con la finalidad de contar con una alternativa muy simple a favor del particular, siempre bajo reglas adecuadas para el control interno y el registro contable y presupuestario. Esta posibilidad, que contempla el ordenamiento español, bien pudiera aplicarse en el costarricense.

La legalidad financiera es instrumental de la función administrativa, o sea, debe encontrarse al servicio de la legalidad sustantiva, no a la inversa. Si la sentencia no busca más que hacer efectivo el imperio del principio de legalidad, no hay razón para pensar que la función jurisdiccional deba estar limitada por el principio de legalidad financiera en paridad de condiciones, ni que deba esperar a que la Administración demandada deba completar las previsiones presupuestarias al momento de emitir el fallo para la creación de un gasto concreto.

Cuando el juez sustituye a la Administración ante su renuencia para acatar una sentencia de condena, ejerce una atribución de naturaleza jurisdiccional como lo es la fase de ejecución del fallo, pero materialmente es una conducta administrativa, ejercida vicariamente. El juez que asume función administrativa sustituyendo a la Administración, no debe considerarse exento de observar las reglas que el ordenamiento jurídico establece en el uso y disposición de sus fondos.

EL PAGO

Lic. Jorge Jiménez Bolaños

Profesor Adjunto
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

SUMARIO:

1. Concepto
2. Requisitos subjetivos y objetivos del pago
3. La naturaleza jurídica del pago
4. Tesis del pago como simple hecho jurídico
5. Tesis del pago como acto jurídico
6. Tesis del pago como acto debido (posición de Carnelutti)
7. Análisis jurídico del pago. Artículo 765 del Código Civil

Conclusiones

Bibliografía

1. CONCEPTO

El pago o cumplimiento analizado detenidamente comporta a nuestro juicio la figura jurídica más importante de la relación jurídica obligatoria, dado que es la manera normal en concordancia con los postulados jurídicos, a través del cual se da fiel cumplimiento a lo pactado por las partes y al contenido negocial que las mismas tuvieron cuando elaboraron el proyecto obligacional.

De allí que se hace necesario para cualquier jurista que quiera entender la función jurídico social que desempeña el instituto jurídico denominado *relación jurídica obligatoria*, el de adentrarse en el estudio de la figura del pago o cumplimiento.

Nuestra jurisprudencia ha definido el pago así:

“El pago en el uso corriente del lenguaje, es utilizado en referencia al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y en ocasiones se identifica con su extinción por cualquier medio. Sin embargo, en sentido técnico jurídico es el cumplimiento voluntario de la prestación debida, que constituye la forma normal y plena de extinguir las obligaciones satisfaciendo el interés del acreedor. El pago de la obligación debe hacerse de conformidad con las características señaladas para la prestación (Artículo 764 del Código Civil. Debe cumplir con los requisitos de identidad, que lo que el deudor pague sea lo mismo que el acreedor espera recibir –integridad– que comprenda todos los elementos accesorios –e indivisibilidad– según las estipulaciones del convenio que lo origina el pago y la naturaleza de la prestación. Al respecto puede verse los artículos 764 a 772 del Código Civil” (Sala Primera de la Corte. Número 320 de las 14 horas del 9 de noviembre de 1990).

“V.-El pago es el cumplimiento voluntario de la prestación debida y constituye la forma normal de extinción de las obligaciones, viéndose satisfecho el interés del acreedor. El cumplimiento de la obligación debe hacerse dentro del plazo que se haya

establecido en la obligación jurídica, y “bajo todos los respectos conforme al tenor de la obligación” (artículos 764 y siguientes del Código Civil). El acreedor “no está obligado a recibir por partes el pago de una obligación” (artículo 772 ibídem), ni fuera del plazo en ella establecido, pero sí puede recibirlo si el deudor se lo ofrece, constituyéndose en ese caso como un pago válido y liberatorio –en la proporción del abono cuando es parcial–, surtiendo los efectos jurídicos correspondientes: liberación de la parte proporcional de la obligación, irrepetibilidad del pago, etc.”

(Resolución 340 – F -90. CIV Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas cincuenta minutos, del cinco de diciembre de mil novecientos noventa).

En la doctrina el pago ha tenido en cuanto a su concepto un análisis interesante. A continuación esbozaremos algunas interpretaciones conceptuales al respecto.

Para Zannoni el pago es: “...el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, y una obligación de dar.”⁽¹⁾

“El pago –dicen Cazeaux y Trigo Represas– es el cumplimiento de la prestación debida como efecto de la obligación”.⁽²⁾

El juriconsulto Paulo decía: “...se entendió por pago cualquier modo de *solutio*, esto es, de extinción de la obligación aunque el acreedor no se satisficiera específicamente.”⁽³⁾

(1) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 159.

(2) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina, 1996, págs. 159-160, citando a Cazeaux-Trigo Represas, Obligaciones, Tomo III, pág. 16.

(3) ALTERINI, Atilio Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 92.

Jacques Dupichot, en su libro “*Derecho de las Obligaciones*”, indica que el pago, en sentido estricto: “...es una convención por lo cual el deudor (llamado *solvens*) ejecuta una prestación debida de cualquier naturaleza, aunque generalmente consiste en entregar dinero, mientras el acreedor (llamado *accipiens*) recibe esta última.”⁽⁴⁾

Luis Díez - Picazo y Antonio Gullón, en su libro “*Sistema de Derecho Civil*”, exponen respecto al pago que “...por pago entendemos, en un sentido general, es el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor.

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor, que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria”.⁽⁵⁾

Los autores Atilio Aníbal Alterini, Óscar José Ameal y Roberto López Cabana, en su libro “*Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*”, sostienen que el sustantivo pago tiene diversas acepciones:

...“*Acepciones*.- El sustantivo pago tiene diversas acepciones:

- 1) Vulgarmente se entiende por pago el cumplimiento de las obligaciones de dar dinero; esta misma es la acepción del Código Civil alemán...
- 2) En sentido amplísimo, según fórmula de Paulo en el *Digesto* (1, 54, 46, 3), se entendió por pago cualquier modo de *solutio*, esto es, de extinción de la obligación aunque el acreedor no se satisficiera específicamente; y

(4) DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 1984, págs. 109-110.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial TECNOS. Madrid, España, Cuarta edición 1983, pág. 236.

- 3) En nuestro Derecho, “el pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar” (...), ya de una obligación de no hacer (esto último según comprensión generalizada de la doctrina).

“*El pago como cumplimiento.*— Según se ha visto, en sentido técnico estricto, pago es sinónimo de cumplimiento; pagar es cumplir. La obligación nace para ser cumplida, pues –recordando otra vez un pensamiento de RADBRUCH– el crédito lleva en sí el germen de su propia muerte: desaparece en el momento en que alcanza el cumplimiento de su fin.”⁽⁶⁾

Lino Rodríguez – Arias Bustamente, en su libro “*Derecho de Obligaciones*”, también coincide con los anteriores autores al mencionar que el pago puede tomarse en diversas acepciones:

- 1) “La generalísima: cumplimiento de la obligación, o sea, como extinción de la obligación por cualquier medio.
Cumplimiento efectivo de la prestación convenida.
Fue consagrada por el Derecho Romano, que llamaba *solutio* a todo hecho que produjera la liberación del deudor.
- 2) La estricta: cumplimiento efectivo de la prestación convenida.
- 3) La restringidísima: cumplimiento realizado mediante la entrega de una suma de dinero.

La primera hoy demasiado amplia, fue consagrada por el derecho romano, que llamaba *solutio* a todo hecho que produjera la liberación del deudor; la tercera tiene un sentido vulgar, la segunda puede considerarse como su acepción técnica”.⁽⁷⁾

(6) ALTERINI, Atilio Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 92.

(7) LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMENTE. *Derecho de Obligaciones*. Editorial. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1965, pág. 403.

“Por consiguiente, podemos definir el pago, en principio, como “la ejecución de la prestación debida por el deudor, cualquiera que sea el objeto”. (...), todo pago supone una deuda o una obligación. La prestación hecha por el deudor tiene por objeto extinguir su obligación. Es decir, que en el supuesto de cumplimiento normal, se requiere no sólo la realización de la prestación debida, satisfaciendo así el interés del acreedor, sino que esta realización tiene que ser hecha con el objeto o, finalidad de extinguir una obligación jurídica preexistente.”⁽⁸⁾

Por su parte, Alberto Brenes Córdoba, en su libro *“Tratado de las Obligaciones”*, define: “el pago como la satisfacción de la deuda”. Asimismo, manifiesta que: “...el pago se dice en latín *solutio* (de *solvere*, desatar, por ser el medio de desatar el vínculo que toda obligación implica”.⁽⁹⁾

“Es el pago la manera racional y justa de corresponder al compromiso contraído y tan de imperiosa necesidad para los fines que está llamado a alcanzar el ente social que, cuando voluntariamente no se verifica, se puede, para conseguirlo, recurrir a los medios compulsivos de que la colectividad dispone, en la forma que mejor armonice con la naturaleza de cada prestación”.⁽¹⁰⁾

Guillermo Ospina, En su libro *“Régimen General de las Obligaciones”*, menciona que: “...el pago duro y simple es el que no está sujeto a modalidades especiales, o sea, el que abarca el concepto general de este modo de extinguir las obligaciones mediante la ejecución voluntaria y normal de la prestación debida”.⁽¹¹⁾

(8) *Ibíd.*, pág. 404.

(9) BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Juricentro S.A. San José, Costa Rica, 1997, pág. 134.

(10) BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1977, pág. 134.

(11) OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Segunda Edición Corregida. Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia 1978, pág. 336.

Manuel Albaladejo en su libro *“Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones”*, sostiene que: “...el pago o cumplimiento de la obligación es la ejecución de la prestación debida”.⁽¹²⁾

“En sentido vulgar el término pago se reserva exclusivamente para designar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, que tiene lugar entregando una suma de dinero.”⁽¹³⁾

José Luis Lacruz Berdejo, en su libro *“Derecho de Obligaciones”*, menciona que: En una primera aproximación, nos dice Lacruz Berdejo, “pago o cumplimiento de una obligación significa la actuación de su contenido, o la realización, por el deudor, de la prestación debida, que comporta, al propio tiempo, la extinción de dicha obligación.”⁽¹⁴⁾

“...el cumplimiento (o pago) tiene un especial y muy relevante significado en el esquema funcional de la obligación, pues supone la culminación de la relación jurídica en que se inserta, la consecución de lo que con ella se buscaba, la satisfacción de los intereses en juego. El incumplimiento (su reverso o lado negativo) significa, en cambio, la frustración del fin y de las expectativas creadas, el fracaso de aquello que motivó la relación obligatoria. El cumplimiento de las obligaciones es, pues algo más que un simple capítulo o aspecto de las mismas.”⁽¹⁵⁾

“...dar un concepto preciso o técnico del cumplimiento es tarea difícil, y requiere tomar posición

(12) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición. Librería Bosch. Barcelona, España. 1980, pág. 119.

(13) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición, Librería Bosch, Barcelona, España, 1980, pág. 119.

(14) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil II*. Librería Bosch. Segunda Edición, Tomo II. Vol. I. Barcelona, España, 1985, pág. 183.

(15) *Ibid.*, pág. 183.

previa y dejar resueltos ciertos problemas importantes en ese orden, en el que: a) junto al cumplimiento voluntario de la obligación puede haber lugar al llamado –cumplimiento forzoso– (en el propio marco de la relación obligatoria, y con base en la idea de responsabilidad que la integra), b) la obligación puede ser cumplida y la prestación realizada no solo por el deudor, sino por un tercero...”⁽¹⁶⁾

De las definiciones que hemos señalado antes, podemos definir el pago como: “aquel acto jurídico comprendiendo tanto la acción como la omisión realizada por el deudor que materializa en la realidad jurídica la efectiva realización de la prestación debida, concebida inicialmente, y que conlleva como consecuencia directa la exacta satisfacción del interés del acreedor, ya se trate este interés en recibir una cosa, la realización de un servicio, la abstención de parte del deudor de una conducta determinada o el pago de una indemnización produciéndose así la extinción de la obligación jurídica y la liberación del deudor del vínculo obligatorio.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL PAGO

Son aquellos requisitos que tienen que cumplir los **sujetos** que intervienen en el pago de las obligaciones jurídicas para que éste sea válido.

Díez Picazo define los requisitos subjetivos como los que hacen referencia a:

“...la capacidad y la legitimación para efectuar el pago y se refieren tanto a la persona que realiza el pago (solvens) como a la persona que recibe el pago (accipiens)”⁽¹⁷⁾

Los sujetos que participan en el pago o cumplimiento son el deudor o un tercero que realiza el pago, el acreedor o representante

(16) *Ibid.*, pág. 183.

(17) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 2. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, 1978, pág. 142.

legal, apoderado, que recibe el pago por parte del acreedor o incluso un tercero autorizado por el acreedor para recibir el pago.

La doctrina se ha cuestionado sobre la posibilidad de que un tercero autorizado por el deudor pueda realizar el pago. En principio sabemos que el deudor es quien debe pagar sin embargo como veremos cualquier otra persona puede realizar el pago.

PAGO REALIZADO POR TERCERO

El artículo 765 del Código Civil, nos dice:

“...Cualquiera puede pagar a nombre del deudor, aún oponiéndose éste o el acreedor; en caso de concurso un coacreedor puede hacer el pago, aún contra la voluntad de ambos.”

Si para la obligación de hacer se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor.”

Al respecto Lacruz Berdejo nos dice: “El deudor como legitimado para el pago (...) a pesar de ser el natural y más corriente sujeto de pago, amén de obligado (...) Este puede efectuar el pago, bien personalmente, bien por medio de representante, sea voluntario o legal.

No cabe, sin embargo, el cumplimiento a través del representante cuando la prestación tenga carácter personalísimo y hayan sido tenidas en cuenta las cualidades y circunstancias personales del deudor al establecer la obligación”.

Alterini nos remite a la existencia de dos circunstancias con respecto al pago por un tercero, el primer caso es el del tercero interesado:

“Tercero interesado es quien, no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no paga la deuda. Es decir: se trata de un tercero, porque no es deudor, pero está interesado en el cumplimiento porque, si no se cumple, es pasible de sufrir un perjuicio. Por ello –como sabemos– tiene derecho de pagar”.

“Hay varios supuestos de terceros en dicha situación. Es el caso del tercer poseedor del inmueble hipotecado que, no siendo deudor, puede sufrir la venta del inmueble” (...); el del extraño constituyente de hipoteca o prenda sobre una cosa propia (...), el de otro acreedor que paga a quien ejecuta al deudor, para evitar que esa ejecución, por intempestiva, sea perjudicial para él (...).”⁽¹⁸⁾

Manifestaciones del *jus solvendi* del tercero interesado.

*“El tercero interesado tiene derecho de pagar, o **jus solvendi**. Este derecho le permite vencer la oposición al pago que intente, formulada por el deudor, por el acreedor, o por ambos a la vez.”⁽¹⁹⁾*

En las manifestaciones del *jus solvendi* interesado se señalan tres circunstancias:

1. Oposición del deudor

(...) se autoriza el pago contra la voluntad del deudor, quien no se puede oponer eficazmente a esa pretensión del tercero interesado.

Por ejemplo, el deudor actuaría abusivamente si interfiriera en la facultad de pago que tiene el dueño de la cosa hipotecada en garantía de esa deuda que, de no hacerlo, sufriría la ejecución del inmueble.

2. Oposición del acreedor

(...) el deber del acreedor de “aceptar el pago hecho por un tercero”, salvo que tenga interés legítimo en que cumpla el propio obligado (...).

(18) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, pág. 96.

(19) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, pág. 97.

El tercero interesado puede remover la oposición legítima del acreedor mediante el pago por consignación (...).

3. Oposición conjunta del deudor y el acreedor

Superando la doctrina antigua (SEGOVIA, COLMO, LAFAILLE), el criterio moderno (BUSSO, BORDA, LLAMBÍAS) admite el pago por tercero aunque se opongan ambos sujetos de la relación obligatoria.

Las razones que abonan esta solución son evidentes: por lo pronto, de otro modo se favorecería la confabulación de las partes en perjuicio del tercero-, y desde que las oposiciones aisladas del deudor o del acreedor son estériles, la suma de esas “dos ausencias de derecho –como resume LLAMBÍAS– no puede engendrar derecho”.⁽²⁰⁾

El segundo caso es el de los terceros no interesados:

“(...) se infiere, por oposición, el concepto de tercero no interesado: es quien no sufre menoscabo alguno si la deuda no es pagada.

(...) carencia de *jus solvendi*. –El tercero no interesado puede pagar, pero carece del derecho de pagar a *jus solvendi* (...), de manera que no puede imponer la recepción del pago que pretende realizar. Esto se explica por el carácter relativo de la relación jurídica obligacional, frente a la cual los terceros –en principio– deben abstenerse de toda intromisión (...).

Consiguientemente el tercero no interesado sólo puede pagar efectivamente si lo admite el acreedor pero, ante su negativa, le está impedida la vía del pago por consignación”.⁽²¹⁾

(20) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, pág. 97.

(21) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, pág. 97.

4. Efectos del pago terceros

(...) “Principio (...) que el pago extingue el crédito y libera al deudor. Sin embargo, cuando paga un tercero, sea o no interesado, esos efectos (...) se reducen a la extinción del crédito, pues el acreedor cobra, pero no se produce la liberación del deudor, que continúa obligado hacia el solvens.”⁽²²⁾

Un tercero que se entromete en la relación jurídica y realiza el pago aún contra la voluntad del deudor.

Este tratadista también nos señala que con respecto a las relaciones del tercero con el deudor, existen tres modalidades:

“Pago por un tercero con asentimiento del deudor: dispone de la acción de mandato y de subrogación legal en los derechos del acreedor;

Pago por un tercero en ignorancia del deudor. Dispone de la acción de gestión de negocios y de subrogación legal en los derechos del acreedor; y

Pago por un tercero contra la voluntad del deudor: dispone solo delación de enriquecimiento y carece de subrogación legal.”⁽²³⁾

Por otra parte el autor Díez Picazo nos dice con referencia al pago hecho por un tercero que:

“El pago por el tercero es un medio satisfactorio del crédito, pero no es, en cambio un medio liberatorio del deudor. Se extingue la obligación entre acreedor y deudor, pero se establece una relación entre el deudor y el *solvens* que puede ser de alguno de los siguientes tipos:

“Una acción en reembolso. El *solvens* puede reclamar al deudor lo que el halla pagado (...). Esta es la regla general y se produce siempre que el solvens no halla actuado contra la expresa voluntad del deudor.

(22) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, págs. 97, 98.

(23) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, pág. 99.

Una acción *in rem verso*. Aparece cuando el solvens ha hecho pago contra la expresa voluntad del deudor y permite reclamar no el porte de lo pagado, sino la medida del valor en que el pago le halla sido dado al deudor y en que éste se hubiera enriquecido con él.

La subrogación del solvens. Por virtud de la subrogación, el solvens adquiere el derecho de crédito del acreedor pagado con todos sus accesorios y garantías, y lo adquiere por su valor nominal aún cuando sea superior al importe pagado.”⁽²⁴⁾

Podríamos afirmar que en cuanto a la legitimación, para realizar el pago nuestro Código Civil regula una legitimación amplia y no restringida.

Brenes Córdoba nos indica en relación al pago hecho por tercero lo siguiente: “Desde luego el deudor que es a quien corresponde cumplir la obligación. Pero también puede efectuar el pago el coobligado, el fiador, y hasta cualquier extraño no interesado en el asunto, con tal que proceda a nombre del deudor para descargarle simplemente de su deuda y no en nombre propio, lo que es permitido hacer aún oponiéndose el deudor o el acreedor, porque la oposición de este perjudicaría al obligado al impedir que un tercero le hiciera ese servicio y la oposición de aquel perjudicaría posiblemente al acreedor por ser un estorbo para que obtuviera pronto la cosa debida. Además no existe fundado motivo para rehusar el descargo de la obligación respecto del deudor porque lejos de perjudicarle la acción del tercero le favorece en un todo y en cuanto al acreedor, porque como su interés esta en que se le pague poco importa la persona que se opusieran a la acción del tercero el pago no podría verificarse pues habría seguramente algún motivo especial para que el acto liberatorio no tuviera efecto y no sería propio aceptar la intromisión de un tercero en un asunto que le es extraño contra la expresa voluntad de ambas partes”. BRENES CORDOBA, *Tratado de las obligaciones*, pág. 179.

Situación que presentan las obligaciones personalísimas.

Con respecto a lo anterior el Código Civil establece:

(24) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 2. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, 1978.

El artículo 695 del Código Civil dispone:

“Cuando la obligación de hacer no exige para su cumplimiento la acción personal del deudor, si éste se negare a realizarla, podrá el acreedor ser autorizado para hacerla ejecutar por cuenta del deudor, o ejecutarla la autoridad”.

En relación con lo anterior el artículo 700 del Código Civil expresa:

“Toda obligación de hacer que exige indispensablemente la acción del deudor, lo mismo que la obligación de no hacer, se convierte en indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento”.

Así por ejemplo si yo contrato a un violinista famoso para que ofrezca un concierto en una fiesta, y el y solo el puede y debe realizar el concierto.

Cuando para el cumplimiento de la obligación se han tenido en cuenta las condiciones personales del obligado, de tal suerte que solo él puede realizar la prestación, el principio de que cualquiera puede pagar por otro no **opera**.

LEGITIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ACREEDOR

En nuestro Derecho el legitimado por derecho propio es el acreedor pero también puede recibir el pago un representante del acreedor, un apoderado o un mandatario o incluso alguna persona autorizada por el acreedor para tal efecto. Si el deudor paga a una persona que no esté autorizada por el acreedor o que no le represente legalmente hace mal pago y tiene por ello que pagar dos veces. A no ser como vamos a ver más adelante que el acreedor ratifique el pago o que el deudor demuestre que el pago le fue de provecho al acreedor.

El artículo 767 nos habla sobre la necesidad de la ratificación por parte del acreedor en caso de que el deudor pague a una persona que no esté legitimado para recibir el pago.

“El pago hecho a una persona que lo ha recibido en nombre del acreedor, sin estar autorizado para ello, es válido el acreedor lo ratifica o se aprovecha de él”.

En caso de que no se de dicha ratificación no le queda más al deudor que demostrar que el pago realizado al tercero le fue de provecho al acreedor.

CAPACIDAD PARA RECIBIR EL PAGO

Tanto para pagar como para recibir el pago es necesario poseer capacidad entendiéndose este concepto desde el aspecto de la capacidad de entender y de actuar en ese sentido, así como la posibilidad de disposición legal de sus bienes.

“Obsérvese con todo que el pago no siempre puede hacerse válidamente al acreedor. Así el menor, el incapacitado mentalmente, el declarado en estado de insolvencia, concurso o quiebra y algún otro, tiene impedimento legal para aceptar el pago y por lo tanto el deudor que a ellos le hiciera no quedará descargado de su obligación a causa de la nulidad del acto”. Brenes Córdoba, página 180.

El Artículo 768 del Código Civil nos dice al respecto: “El pago hecho al acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes, no es válido sino en cuanto le aprovecha”.

Desde esa perspectiva el deudor deberá demostrar que el pago le fue de provecho al acreedor incapaz.

En caso de que el acreedor incapaz, no tenga representante del deudor podrá descargarse de la obligación depositando la cosa debida según lo indica el artículo 797 inc 3 “Todo el que tiene derecho de pagar una deuda puede hacerlo depositando judicialmente la cosa debida en los siguientes casos “si el acreedor incapaz de recibirla careciere de tutor o curador”.

Con relación al deudor es el artículo 798 inc. 1 del Código Civil el que menciona la capacidad como presupuesto para el pago. Dicha norma indica “Para que la consignación produzca efecto es necesario:

1. Que se haga por persona capaz o hábil para pagar”.

REQUISITOS OBJETIVOS DEL PAGO

Los requisitos objetivos del pago son aquellos requisitos de validez que se refieren al pago desde el punto de vista del objeto o prestación.

La doctrina es uniforme al considerar como tal a la integridad, identidad, indivisibilidad, tiempo y lugar.

A continuación desarrollaré cada uno de ellos a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia.

Integridad, identidad e indivisibilidad

“La identidad supone una adecuación entre la prestación proyectada y la prestación realizada. El deudor debe entregar la misma cosa o realizar la misma conducta prevista en la obligación. No puede pretender que el acreedor reciba una cosa diferente, o que en la obligaciones de hacer sustituya un hecho por otro. Cuando la prestación estuviere prefigurada mediante su encuadre dentro de un género, la prestación efectuada deberá corresponder a ese género y dentro del género, a las circunstancias y calidad expresadas, o si no se hubieren expresado, a la calidad media o normal según los usos del tráfico. El acreedor no se libera entregando la cosa de calidad inferior y el acreedor no puede exigir una de calidad superior.

La integridad significa que el deudor debe prestar todo lo que hubiere sido programado en la obligación. El deudor no puede pretender pago por partes, salvo que el negocio jurídico constitutivo de la obligación o usos del tráfico lo autoricen para ello”.⁽²⁵⁾

Brenes Córdoba por su parte cuando analiza estos requisitos, nos dice lo siguiente:

“El deudor no queda descargado, sino es pagando precisamente la cosa debida aunque en su reemplazo ofreciere otra mejor. Resulta esto de la seriedad y rigor de los compromisos creados al

(25) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 2. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, 1978, págs. 144, 145.

amparo de la ley. Así como el acreedor en ninguna forma estaría facultado para exigir, cosa distinta de la debida, el deudor se encuentra en imposibilidad legal de separarse de algún modo de lo que constituye la prestación a que está obligado”.⁽²⁶⁾

Guillermo Ospina sobre el particular expresa:

“...” El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida.” Incurre en casuismo éste texto legal, pues al decir que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, contrae indebidamente la regla a las obligaciones de dar o de entregar cosa siendo así que ella es aplicable, por igual, a las obligaciones de hacer o de no hacer. Quien debe pintar un retrato de acreedor o abstenerse de abrir un establecimiento comercial competitivo, no puede obligar a dicho acreedor a recibir una prestación distinta, por ejemplo la entrega de un caballo. Además la regla es incompleta, porque omite el aspecto inverso de la cuestión, cual es el de que el acreedor tampoco puede exigirle al deudor prestación distinta de la debida, aún a pretexto de que el cambio es ventajoso para éste.⁽²⁷⁾

En el mismo sentido podemos mencionar a Atilio Alterini:

“Para que haya pago en sentido técnico estricto debe producirse “el cumplimiento de la prestación” (...) Esta prestación está sometida a dos principios fundamentales: el de identidad y el de integridad. ¿Qué se debe pagar?: lo mismo que se debe (principio de identidad). ¿Cuánto se debe pagar?: El total (principio de integridad.)

(26) BRENES CÓRDOBA, pág. 181.

(27) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de la Obligaciones*. Segunda edición corregida. Editorial Termis, Bogotá, 1978, pág. 362.

Complementariamente rigen otros dos principios generales: los de localización (¿Dónde se debe pagar?) y puntualidad (¿cuándo se debe hacerlo?)(28)

“El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor” y el segundo que “si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho, que no sea el de la obligación.”

Tales disposiciones son especialmente categóricas pues ni siquiera siendo lo ofrecido de “mayor valor” ... (puede imponérsele al acreedor la recepción de una prestación distinta de la bebida; claro está que él puede aceptarla, o puede contentarse con menos, o con otra prestación, pero entonces no habría pago sino dación en pago (...), que es una figura distinta de la que ahora se analiza.

Cuando la prestación está provisionalmente indeterminada obligaciones de dar cosas inciertas, alternativas y facultativas, (...) es menester que, previamente, se determine cuál es el objeto de la prestación: por ejemplo, si se deben genéricamente 100 caballos, que se elija cuáles son lo que han de ser pagados. Precisamente, por aplicación de la regla de buena fe (...) se admite que, tratándose de la obligación de dar cosas inciertas, el principio de identidad sea flexibilizado: verbigracia, procedería el pago de una cantidad mayor que la debida, porque lo más contiene a lo menos, o el de una cantidad de cosas de mejor calidad, por el mismo precio y sin desventaja para el acreedor (Busso, Llambías)”.(29)

Hernández Gil, citado por Lacruz Berdejo nos indica:

a) Identidad. Este requisito supone y exige realizar precisamente la prestación debida. La identidad –dice Hernández Gil– expresa la relación de igualdad entre el objeto de la obligación y el

(28) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot.

(29) ANÍBAL ALTERINI, Atilio. *Derecho de Obligaciones. Civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot.

cumplimiento- (...) no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aún cuando fuere de igual o de mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. Hace referencia al artículo en primer término y de forma más clara, a las obligaciones específicas, y de él se deduce que sin la voluntad del acreedor no puede liberarse el deudor con una prestación distinta, aún mucho más valiosa, o más útil al propio acreedor, quien puede negarse a recibirlas.⁽³⁰⁾

- b) *Integridad no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en la obligación consistía. El acreedor tiene derecho, pues a exigir que la prestación se realice por entero (completamente); en otro caso (prestación incompleta) solo por su voluntad o aceptación puede entenderse que hay pago”.*⁽³¹⁾
- c) *“Indivisibilidad” (...) a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación. Se requiere, pues, unidad de tiempo en el cumplimiento de la prestación toda: no puede fraccionarse en partes y momentos, salvo aceptación por el acreedor. Y ello con independencia de la clase de obligaciones (también, por la naturaleza de la prestación, se deban desarrollar durante un período de tiempo o en*

(30) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil II*. Vol. 1. Segunda Edición. Editorial Librería Bosh – Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1985, págs. 199, 200.

(31) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil II*. Vol. 1. Segunda Edición. Editorial Librería Bosh – Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1985, págs. 199, 200.

tiempos distintos: pago del precio del arriendo por el arrendatario, o entrega de la cosa en el contrato de suministro de la cosa ene. Contrato de suministro (100 litros de leche diarios, 1000 toneladas de carbón al mes).⁽³²⁾

El artículo 764 de nuestro Código Civil literalmente indica:

El pago se hará bajo todos los respectos conforme al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que para casos especiales disponga la ley”.

En el mismo sentido el artículo 772 del mismo cuerpo legal expresa:

“El acreedor no está obligado a recibir por partes el pago de una obligación”.

En nuestro derecho el pago deberá realizarse bajo todos los respectos conforme al tenor de la obligación sin perjuicio de lo que para casos especiales, disponga la ley. (Artículo 764 del Código Civil.) El acreedor tiene el derecho de compeler al deudor a la ejecución de aquello a que está obligado (artículo 693). Si el deudor no cumple con lo pactado, el acreedor tratándose de la entrega de una cosa cierta y determinada que se halle en poder del deudor puede pedir el cumplimiento de la obligación y debe ser puesto en posesión de la cosa (artículo 694).

Cuando estamos ante una obligación de hacer, que no es del tipo de obligaciones personalísimas y el deudor se niega a realizarlo o la realiza en forma defectuosa contraviniendo lo pactado, el acreedor podrá ser autorizado para hacerla ejecutar por cuenta del deudor o pedir que sea ejecutada por la autoridad puede solicitar o demandar que lo hecho en contravención a lo pactado sea destruido (artículo 695, 696 del Código Civil).

(32) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil II*. Vol. 1. Segunda Edición. Editorial Librería Bosh – Ronda Universidad, 11, Barcelona, 1985, págs. 199, 202.

TIEMPO Y LUGAR

Además de los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad la doctrina menciona el tiempo y el lugar como requisitos objetivos necesarios para que el pago sea válido.

El deudor deberá cumplir la prestación pactada dentro del plazo señalado en el contrato y deberá hacerlo en el lugar indicado o pactado.

Brenes Córdoba se pregunta: *¿Cuándo ha de hacerse el pago?*

El ilustre tratadista sobre el particular nos enseña contestando “En el tiempo estipulado y si no lo hubiere, hay derecho para reclamarlo inmediatamente, salvo que la índole de la prestación exija el transcurso de cierto tiempo para que pueda ser satisfecha, que la ley posponga el cumplimiento de la obligación hasta una época más o menos incierta, como cuando decreta una moratoria para los pagos, o que ella señale fecha determinada para efectuarlos, cual sucede respecto al mutuo.

Antes de que transcurra el término señalado para la satisfacción de la deuda excepto los casos de vencimiento forzado de que luego se hablara el acreedor está impedido para exigir la prestación en virtud del derecho que asiste obligado para que no le perturbe con premuras reclamaciones “Quien tiene plazo nada debe” se dice en jurisprudencia para significar de modo enérgico esa garantía de que goza el deudor”.

Los conceptos anteriores tienen cobijo en el artículo 773 de nuestro Código Civil el cual reza “Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste, pero lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado”.

Por su parte el artículo 774 señala al respecto. “Si la época en que debe ser exigible la deuda no está indicada en el título el acreedor puede inmediatamente demandar el pago a menos que la obligación por su naturaleza o por disposición especial de la ley requiera para ser exigible el lapso de cierto tiempo.”

Para mayor ilustración el lector puede consultar la sentencia número 69 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dictada al ser las quince horas veinticinco minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis, resolución que analiza ampliamente la figura del plazo y de la mora.

Según lo expuesto el plazo beneficia al deudor de tal forma que el plazo se presume estipulado a favor del deudor, salvo que resulte lo contrario de la convención o de las circunstancias así, “Artículo 776 El plazo se presume estipulado a favor del deudor salvo que resulte lo contrario de la convención o de las circunstancias”.

Como beneficio que es el deudor puede perder ese beneficio si se dan los supuestos del artículo 777 del Código Civil. (Pérdida del beneficio del plazo).

Sobre el lugar en que deberá cumplirse la obligación hay que atenerse a lo que expresamente se ha pactado. El artículo 778 del Código Civil expresa sobre el particular, El pago debe hacerse en el lugar designado expresa o implícitamente en el título de la obligación en defecto de designación en el domicilio del deudor al contraerse la deuda a menos que la obligación tenga por objeto una cosa determinada, pues entonces se hará el pago en el lugar en que ella se encontraba al firmarse la obligación”.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO

José Luis Lacruz Berdejo expresa que: “...una de las cuestiones más controvertidas en relación con el cumplimiento es la que la doctrina llama su “naturaleza jurídica”: *Que no es otra cosa que determinar* en qué categoría puede ser catalogado.

En un plano conceptual, las alternativas de la doctrina vienen a ser estas: si se trata de un hecho, un acto o un negocio jurídico.

Las tres posiciones principales y teóricas a ese respecto pueden esquematizarse en tres líneas de pensamiento fundamentales:

- La que considera el pago como un hecho jurídico caracterizado objetivamente en la realización de la prestación debida;
- La que, en el extremo contrario, lo cataloga como negocio jurídico; y
- La que ve en el cumplimiento un acto jurídico, una de cuyas variantes es la del acto debido.

a) *Teoría del hecho jurídico* (concepción tradicional, dice Hernández Gil). Para esta, el pago no se caracteriza tanto por su significación subjetiva (participación personal de quien lo efectúa), sino por su aspecto objetivo: la realización de la prestación debida, a través de la cual se produce la extinción de la obligación. Es un acto humano, pero no declaración de voluntad (al menos, no necesariamente); puede consistir en una simple abstención (obligaciones negativas), o en una actividad que no requiera declaración (obligaciones de hacer). El único requisito subjetivo que se requiere en el pago –en esta posición doctrinal– es el *animus solvendi*, conciencia e intención de cumplir la obligación.

A esta solución se le opone que simplifica excesivamente las cosas, y que si puede ajustarse a la realidad en algún caso (quizá solo respecto de las obligaciones negativas, donde el cumplimiento consiste en un no hacer), no ocurre así en muchos otros, particularmente en relación con las obligaciones de dar. Y, asimismo, olvida que la actuación del deudor al cumplir la obligación es un acto humano y voluntario, consciente y libre, realizado con una finalidad específica de cumplimiento (*animus solvendi*)”.⁽³³⁾

b) “*Teorías que califican el cumplimiento como negocio jurídico* (aparecen varias). Parten todas ellas de: a) la necesidad de que la conducta de quien realiza el pago sea *animus solvendi*, lo que comporta una especial voluntad (a veces, declaración de voluntad) por parte suya; y b) el hecho de que en las obligaciones de dar debe colaborar el *accipiens* con su aceptación también voluntaria (pues en algunos casos se puede oponer al pago). Esa participación voluntaria del *solvens* y del *accipiens*, quienes además deben estar de acuerdo en que lo que el primero hace entrega y lo que el segundo recibe es precisamente *animus solvendi* (acuerdo causal entre ambos), conduce a diversos autores a considerar tal acuerdo como negocial, y negocio jurídico al pago en sí mismo considerado, habiendo llegado a hablarse en ese contexto y sentido de “negocio de cumplimiento”...⁽³⁴⁾

c) “*Teoría del acto jurídico*. Ante las dificultades para “construir” el pago como negocio jurídico, y lo inadaptable de la categoría del cumplimiento a la teoría del hecho jurídico, una buena parte de la

(33) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 187.

(34) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 188.

doctrina alemana e italiana, en busca de reducir las realidades a dogmas, concluye que la actuación del *solvens* en el pago es constitutiva de un acto jurídico. Se trata de una actuación voluntaria y libre del hombre (pero no espontánea: se paga porque hay que pagar; lo manda la ley), cuyos efectos son los previstos por el ordenamiento”.⁽³⁵⁾

“...la doctrina dominante, tras reconocer que el ámbito del pago excede al de la declaración de voluntad, acaba por refugiarse en conceptos descriptivos y amplios como el de “acto jurídico” del que, dada su nebulosidad, difícilmente se puede predicar una disciplina común. Concepto, este último, por tanto, aunque inútil, inofensivo y ajeno a los riesgos del método de inversión.

d) *El pago como “acto debido”*. Es característica del pago cierta coerción del ordenamiento a realizarlo: el deudor paga porque si no lo hace incurriría en responsabilidad, y sabe que el efecto de cumplimiento voluntario puede serle impuesto por la fuerza, o su equivalente. Es, pues, un “acto debido”, en expresión de *Carnelutti*. En cuanto tal, no será lo que el deudor quiera, sino que debe consistir precisamente en la prestación prevista en la obligación: el pago guarda una íntima relación de conexión con la obligación que pretende realizar: es la realización del “programa de prestación” en que la obligación consistía. De ahí, por tanto, también la relación que hay entre cumplimiento y el negocio que dio origen a la obligación correspondiente.”⁽³⁶⁾

“...Mero acto lícito: (...) el sujeto no persigue un fin jurídico, sino un simple resultado material...”

Sin embargo, tal caracterización no resulta adecuada, pues quien cumple una obligación “está a Derecho”...y así realiza un acto jurídico.

Acto debido. Es la postura de *Carnelutti*, quienes distinguen: actos permitidos o negocios jurídicos... actos prohibidos o ilícitos, y actos impuestos o debidos, en los cuales el sujeto no es libre de obrar o de no obrar, porque está constreñido a realizarlos.”⁽³⁷⁾

(35) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 188.

(36) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *op. cit.*, pág. 189.

(37) ALTERINI, Atilio Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos aires, Argentina, págs. 93-94.

“No hay duda de que el pago es un acto impuesto, un acto debido. Pero esa explicación no esclarece su naturaleza jurídica. Por lo tanto, no toma en cuenta el fenómeno intencional, propio del acto jurídico: al tiempo de cumplir la prestación, el sujeto decide libremente si va a obrar como debe, o si va a dejar de hacerlo; en el primer caso se sujeta a su deber, porque quiere sujetarse; en el segundo, asume su responsabilidad por no cumplir.”⁽³⁸⁾

Lino Rodríguez - Arias Bustamante argumenta que: “...esta gran gama de aplicaciones del pago ha hecho que sea muy controvertido el problema de su naturaleza jurídica, habiendo desde quienes lo consideran como un simple hecho hasta aquellos otros que lo configuran como contrato, pasando por las posiciones que lo estructuran como acto o negocio jurídico”.⁽³⁹⁾

Manuel Albaladejo, así como José Beltrán de Heredia,⁽⁴⁰⁾ Ortega Pardo⁽⁴¹⁾ y Pintó Ruiz⁽⁴²⁾ dicen que: “...se discute cuál es la naturaleza jurídica del pago; si se trata de un hecho o de un negocio jurídico, y, en este caso, si de un negocio unilateral o bilateral”. Albaladejo opina que: “...el pago, en cuanto ejecución de determinada conducta (acto) y en cuanto el deudor debe realizarlo, es un acto debido que no tiene necesariamente carácter negocial, pero que puede tenerlo”.⁽⁴³⁾

Díez - Picazo concuerda también en que “...el pago es un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago es finalmente la forma de satisfacer el interés del acreedor”.⁽⁴⁴⁾

(38) *Ibid.*, pág. 94.

(39) LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976, págs. 413-414.

(40) BELTRÁN DE HEREDIA, José. *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956, pág. 47.

(41) ORTEGA PARDO. *El pago como negocio abstracto*, 1945, pág. 684.

(42) PINTÓ RUIZ. *Naturaleza jurídica del pago*, 1949, pág. 223.

(43) Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. Librería Bosch. Tomo II, Vol. 1. Barcelona, España, 1983, p. 121.

(44) DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, págs. 141 a 236.

Según Manuel Albaladejo: "...el pago, en cuanto ejecución de determinada conducta (acto) y en cuanto el deudor debe realizarlo es un acto debido que no tiene necesariamente carácter negocial pero que puede tenerlo".⁽⁴⁵⁾

"Así el obligado a no hacer algo (a no competir comercialmente, a no levantar un muro, etc) paga absteniéndose; y no se puede decir que esa omisión suya sea un negocio jurídico, pues el cumplimiento se da incluso aunque falte la voluntad de realizar la conducta para extinguir la obligación (animus solvendi)".⁽⁴⁶⁾

Para Eduardo A. Zannoni se han esbozado diversas teorías para responder qué es el pago, si un acto jurídico, (y si lo es, entonces sí es unilateral y bilateral) si es un simple hecho jurídico, un contrato o un acto debido, pero lo primero que corresponde es determinar la trascendencia práctica de cada teoría, es decir el objeto práctico es determinar qué implicaciones jurídicas tendría designar el pago como acto jurídico, o como un mero hecho jurídico un negocio jurídico.

3. TESIS DEL PAGO COMO SIMPLE HECHO JURÍDICO

"...el pago es un hecho en su consideración material y objetiva... Según esta tesis no se requiere capacidad para pagar; se afirma en tal sentido que cuando el deudor incapaz ha realizado la prestación con modalidades de tiempo y lugar correspondientes al título de la obligación, no podría reclamar su nulidad. Además, la ley no vincula el efecto extintivo del pago a la intención de pagar, que de tal manera solo podría constituir el motivo de la voluntad del que paga.

(45) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Librería Bosch, Tomo II, Vol. 1. Barcelona, España, 1983, págs. 121-122.

(46) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Librería Bosch, Tomo II, Vol. 1. Barcelona, España, 1983, pág. 122.

En suma, "...el pago es un hecho jurídico pero no un acto jurídico, por cuanto la producción de sus efectos propios no requiere ni que la actividad del deudor sea voluntaria (*animus prestandi*), ni calificada por su destino (*animus solvendi*).

Lo esencial en el pago es la conducta del deudor y su adecuación objetiva a los términos o contenido de la obligación".⁽⁴⁷⁾

5. TESIS DEL PAGO COMO ACTO JURÍDICO

"...es un acto humano voluntario, lícito que tiene una finalidad inmediata, el cumplimiento de la obligación..., la tesis que considera el pago como un acto jurídico acentúa la actuación del deber jurídico, del contenido de la obligación..." pago se ha dicho es sinónimo de cumplimiento de una obligación...⁽⁴⁸⁾

“Pero dentro de ésta concepción, se han diversificado los enfoques:

1. El pago como acto jurídico bilateral. Se ha sostenido que el pago requiere la aceptación del acreedor o la declaración judicial de su validez para tener efectos extintivos de la obligación. Se estaría en consecuencia de un acto jurídicobilateral, ya que a su perfección no concurre solo el *solvens* sino que se integra con la aceptación del *accipiens*".⁽⁴⁹⁾
2. El pago como acto jurídico unilateral. Desde otra perspectiva se ha entendido que el pago es un acto unilateral, pues la conformidad o disconformidad del deudor es indiferente si el deudor pagó lo que se le obligó a pagar. Se reputa que el pago es un acto jurídico unilateral porque solo emana de la voluntad

(47) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, págs. 166, 167.

(48) *Ibid.*, p. 169.

(49) *Ibid.*, págs. 169, 170.

del deudor, (...) siendo irrelevante para perfeccionar el pago la voluntad puramente pasiva del acreedor, quien no puede dejar de recibir la prestación ofrecida mientras exista identidad con el objeto debido”.⁽⁵⁰⁾

Con el análisis que hace Zannoni importa mencionar también qué piensa sobre las teorías mixtas, las cuales como veremos agregan un punto de vista diferente sobre la naturaleza jurídica del pago.

“Cierta sector de la doctrina ha preferido no atarse a concepciones unitarias prefiriendo considerar en ciertos casos el pago como que puede agotarse en un simple hecho jurídico, aun involuntario y en otros un verdadero acto jurídico.

Desde esta perspectiva se ha considerado que en las obligaciones de dar, “...si el cumplimiento es instantáneo como en la compraventa al contado o la donación manual, el pago es un simple hecho el cual aunque conceptualmente sea diferente a la formación del vínculo, se confunden desde que la oferta y la aceptación consisten en el hecho mismo de entregar y recibir...”.

En los demás supuestos el pago implicaría un acto jurídico bilateral, pues como señala Borda requiere capacidad en el tradens (*solvens*) para disponer del derecho que sobre la cosa se propone transferir y también capacidad en el *accipiens* para que la adquiera.⁽⁵¹⁾

Pero en las obligaciones de hacer y de no hacer, no existiría en principio “sino una adecuación objetiva de la conducta del *solvens* a la prevista en la obligación con independencia del sujeto (voluntad y capacidad) siempre que no se trate de una obligación *intuitu personae*...”⁽⁵²⁾

“Esa adecuación a la prestación debida es un simple hecho jurídico que se consume en la ejecución y

(50) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 170.

(51) *Ibid.*, p. 172.

(52) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 172.

causa el agotamiento del vínculo, porque satisface el interés del acreedor que nada puede reclamar en adelante. El hecho jurídico hacer o no hacer comporta ejecución de la obligación y conceptualmente se identifica conducta obrada con ejecución debida”.⁽⁵³⁾

“Pero se hace la salvedad que en las obligaciones de hacer, cuando la actividad se aplica a la ejecución de una cosa que debe darse al *accipiens*, su naturaleza jurídica se asimila a la obligación de dar, sea que el material lo ponga el deudor, (transfiere dominio), o que lo ponga el acreedor restituye a su dueño”...⁽⁵⁴⁾

6. TESIS DEL PAGO COMO ACTO DEBIDO (POSICIÓN DE CARNELUTTI)

Carnelutti distingue tres categorías del acto jurídico: negocio jurídico, acto ilícito y actos obligatorios o debidos.

En la fase actual de nuestros estudios viene más acentuada la diferencia entre la primera y la segunda categoría, que no entre cada una de estas dos y la tercera. En verdad el motivo por el cual se distingue el negocio jurídico del acto ilícito es fundamentalmente éste: el efecto del primero le alcanza un acto que la ley permite hacer, y el efecto del segundo es un acto que la ley prohíbe hacer. Una elemental observación descubre la analogía entre esta antítesis y la otra, que separa el negocio jurídico del acto debido: en el primer caso, el efecto alcanzado es un acto que la ley permite, en el segundo es un acto que la ley ordena. En realidad acto ilícito y acto debido son el anverso y el reverso de la medalla: representa la violencia o la obediencia a la ley. Así la categoría de los actos jurídicos se despliega en la siguiente trilogía: negocio jurídico (ley lo permite), actos debidos (la ley los ordena), actos ilícitos (la ley los prohíbe). A estas tres categorías de los actos jurídicos debe añadirse una cuarta, comprendiendo los actos lícitos que no son negocios jurídicos.⁽⁵⁵⁾

(53) *Ibid.*, pág. 172.

(54) *Ibid.*, pág. 173.

(55) LINO RODRÍGUEZ, ARIAS BUSTAMANTE (citando a Carnelutti) *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1976, págs. 417, 418.

Siguiendo con Carnelutti, éste finalmente manifiesta: más si yo contraigo un compromiso y entonces me veo obligado a extinguirle mediante el cumplimiento o el pago, ese acto del pago mediante el cual yo voy a extinguir el compromiso que tengo contraído, no es un acto ilícito, por que la ley me está exigiendo que lo realice, pero tampoco es un acto libre, un negocio jurídico porque yo normalmente no puedo decir lo realizo o no, si no que tengo que realizarlo si quiero cumplir la obligación que yo estipulé. Luego este acto que no solo psicológicamente yo me encuentro obligado a realizarlo, sino que incluso jurídicamente me encuentro también obligado a realizarlo como medio de extinguir esa obligación que pacté, es un pago y es un acto debido según Carnelutti. Luego según él, para que haya un negocio jurídico no basta con que el individuo sea libre moralmente, psicológicamente, sino que también es menester que el individuo sea libre jurídicamente de hacerlo o no. Yo soy libre de ir a una compañía de aviación y encargar un pasaje al extranjero, soy libre de comprarme una biblioteca o de comprarme una casa o de adquirir un préstamo, etc.; de todo esto soy libre, pero desde el momento que contraigo esa obligación cesa mi libertad y para extinguirla tengo que realizar un cumplimiento, un pago; y para esto, ya no soy libre jurídicamente, porque tengo que hacerlo necesariamente, y por consiguiente, estoy dentro de la categoría de los actos debidos.⁽⁵⁶⁾

Zannoni, por su parte hace un análisis de la Naturaleza Jurídica del pago desde la posición de Carnelutti, enfocando más bien el análisis en el aspecto funcional del pago más que en su estructura.

El acto debido se define por su juricidad por constituir un obrar conforma al deber jurídico, aunque esté ausente de la voluntad del agente. Esto explica por qué es válido el pago realizado por el incapaz, o constituye pago la abstención debida por quien ignora la existencia de la obligación de no hacer, de igual forma a la inversa, es antijurídico el daño voluntario imputado aunque no sea imputado a su autor, así como priva la idea de antijuricidad objetiva, debe trascender la idea de juricidad objetiva, como conformidad del comportamiento al deber jurídico, es allí que el autor considera el meollo de la tesis del pago como acto debido. Ahora bien el pago como acto debido, se desvincula de la voluntariedad y se aprende sólo como cumplimiento del contenido de la obligación que procura la satisfacción del interés del acreedor, en tanto en cuanto a través del cumplimiento el acreedor

(56) *Ibid.*, págs. 419-420.

obtenga el bien o la utilidad que constituye el objeto de la obligación, lo que deja avanzar más en la idea de Carnelutti, toda vez que se realiza el contenido de la obligación (la prestación) y a través de esa realización el acreedor obtiene el bien o la utilidad, hay jurídicamente pago. Y es así que hay pago cuando cumple un tercero (que no es el deudor ni obligado), pues éste tercero realiza el contenido de la obligación aunque a su respecto no se trata de un acto debido.

De donde el autor cae a cuentas de que el pago se califica objetivamente como realización del contenido de la obligación por el deudor o por un tercero en orden a la obtención del bien debido, aún contra la voluntad del acreedor, en cuyo caso se habilita la vía de la liberación coactiva del deudor mediante el pago por consignación.⁽⁵⁷⁾

CONCLUSIÓN

Se podrá argumentar que a pesar de todo se ha escamoteado –como decía Llambías– el análisis estructural del pago.

No es así cuando advertimos en toda su magnitud la trascendencia que tiene el concepto de pago objetivamente considerando como realización del contenido de la obligación. Carece de relevancia en lo sucesivo discutir si este contenido se realiza a través de un acto jurídico o de un hecho lo que importa es que el pago no se define por su estructura, sino por la función que cumple la conducta debida en la dinámica de la relación jurídica obligatoria”.⁽⁵⁸⁾

7. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO ARTÍCULO 765 CÓDIGO CIVIL

El problema de la naturaleza jurídica del pago en la realidad es un problema sobre la validez práctica de la tesis a aplicar. No se trata sólo determinar que el pago es un simple hecho jurídico –ya que obviamente– lo es pues es relevante para el derecho o que es un negocio jurídico por

(57) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 176.

(58) ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 177.

cuanto es necesaria la voluntad del deudor y del acreedor para que el pago se dé en forma válida. O que al fin y al cabo es simplemente un acto jurídico pues lo que se debe observar es la materialización objetiva del cumplimiento de la prestación el deber jurídico de cumplimiento.

Lo que en realidad habría que preguntarse es: *¿Qué utilidad práctica tendría determinar si el pago es un hecho jurídico, acto jurídico o un negocio jurídico?*

Si concebimos el pago como un hecho jurídico estamos afirmando que ese determinado comportamiento es *relevante para el derecho tan relevante como lo sería una compraventa o un testamento de tal forma que las consideraciones sobre si el pago es un hecho jurídico o no salen sobrando pues sin duda lo es.*

La discusión propiamente se centraría en determinar si es un acto jurídico o un negocio jurídico.

¿Cuál es la diferencia entre acto jurídico y negocio? Según Cifuentes el negocio jurídico es: Fin inmediato de producir efectos jurídicos secundado por el ordenamiento legal. El fin inmediato de producir efectos jurídicos, característica sobresaliente en la ley, pues constituye un elemento de su definición colocada en tercer término es lo que mayormente tipifica a los “actos o negocios jurídicos”.⁽⁵⁹⁾

Como puede apreciarse la diferencia entre ambos conceptos (acto jurídico, negocio jurídico) es la necesaria intervención de la voluntad del hombre dirigida a producir efectos jurídicos, *efectos que son moldeados según la voluntad exteriorizado del ser humano* en el negocio jurídico con plena libertad jurídica.

Desde esa óptica ya tocamos una línea importante de distinción que puede darnos una idea interesante sobre la aplicación práctica de la naturaleza jurídica del pago.

La importancia práctica que reviste el análisis del pago como un negocio jurídico es que si consideramos el pago no como un acto jurídico si no más bien como un negocio jurídico se aplicarían entonces

(59) CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 130.

al pago todas las reglas referentes a la patología negocial: esto los vicios de la voluntad, el error en el miedo, el dolo, la falsedad, la ausencia del elemento voluntad, etc. Si consideramos el pago como acto jurídico dado que los efectos son dados por la ley, caemos en la cuenta que las reglas de la patología negocial no tendrían tanta relevancia jurídica como sí conceptualizamos el pago como *negocio jurídico*. Aplicando las reglas de la patología negocial concluiremos que si algún elemento esencial del negocio jurídico se encuentre viciado o ausente así dependerá de si estamos ante una nulidad relativa o de una nulidad absoluta del pago.

Así por ejemplo, Juan debe a Pedro la suma de un millón de colones que deben ser pagados en determinada fecha y Pedro llega a la casa de Juan y le exige el pago del millón de colones en esa fecha pero lo hace bajo la amenaza de que sino le paga le hará un daño físico. Juan Paga en virtud de la amenaza ¿Ante esta situación estaremos ante un pago válido o no?

Si dijéramos que el pago es simplemente un acto jurídico o más concretamente un acto debido siguiendo la opinión de Carnelutti, la violencia no afectaría la realización del pago el cual objetivamente se ve cumplido y satisfecho el interés del acreedor.

Si manifestáramos que es necesaria la voluntad libre del deudor para realizar el pago en concordancia con la voluntad del acreedor, formando así el negocio jurídico del pago, dicho pago sería nulo pues la voluntad de Juan estaría viciada o ausente.

Para resolver el problema debemos distinguir o valorar dos situaciones jurídicas producidas por una misma conducta. Primero la conducta de Pedro es reprochable a la luz del ordenamiento jurídico al utilizar la fuerza para lograr el cumplimiento de la ley, lo cual le está vedado y por otra parte cabría preguntarse si Juan es libre de realizar una conducta diferente a la realizada aunque lo haya sido con violencia.

Es evidente que el medio empleado por Pedro no es el correcto; dicha conducta generaría por parte del ordenamiento jurídico *una reacción que puede ser la comisión de un delito con la consecuente reacción jurídica de la sanción penal, pero por otra parte no cabe duda que el ordenamiento jurídico como un todo espera que en la realidad jurídica se materialice objetivamente la realización de la prestación debida tal y como fue proyectada al nacer la obligación jurídica, independientemente de que dicha conducta se realice por el deudor o*

por parte de un tercero. De tal forma que el pago realizado por Juan en el caso subjudicial es válido.

El artículo 765 del Código Civil reza:

“Cualquiera puede pagar a nombre del deudor, aun oponiéndose éste o el acreedor; en caso de concurso un coacreedor puede hacer el pago, aun contra la voluntad de ambos. Si para la obligación de hacerse han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor”.

Como puede apreciarse de las normas citadas el pago puede ser realizado por el deudor, pero también puede ser realizado por cualquier otra persona de allí que la legitimación para realizar el pago en nuestro ordenamiento jurídico es amplia. Quedan a salvo las obligaciones personalísimas en las cuales la prestación sólo puede ser realizada por el mismo deudor únicamente, dado que la contratación se hizo tornando en cuenta únicamente las condiciones personales del deudor.

Según la norma citada al derecho no le interesa tanto quien paga por cuanto en línea de principio puede pagar un tercero en vez del obligado, sino la realización de la prestación debida tal y como fue pactada y la satisfacción del interesado del acreedor.

De las definiciones legales y doctrina nacional y extranjera citada, se colige que en general lo que interesa al derecho es la realización de la prestación debida, independientemente si lo hace el deudor o un tercero. *En este sentido nos inclinamos por la tesis de que el pago es un acto jurídico debido y no un negocio jurídico.* Luis Díez Picazo ilustra mejornuestro posición, al manifestar lo siguiente: “El pago es un simple acto jurídico y, más concretamente, lo que algún sector de la doctrina ha llamado un “acto debido”.

El pago no es un negocio jurídico, algunos autores, y en algún momento la jurisprudencia, han admitido el carácter negocial del pago, en cuanto que, se dice, presupone un encuentro de dos voluntades y de dos declaraciones (oferta u ofrecimiento del pago y aceptación del pago; vid. Ss. de 18 de noviembre de 1944 y 25 de febrero de 1963). Una concepción negocial del pago parte, sin embargo, de una idea subjetivista del negocio jurídico –el negocio como voluntad–, pero no

se ajusta a una idea objetiva. El negocio en cuanto tal es una reglamentación autónoma de intereses, que en el pago no existe. Por otra parte, el pago no requiere para su eficacia una especial voluntad, sino la existencia objetiva de una deuda previa. Los vicios de la voluntad tampoco juegan en él como lo hacen, en cambio, en el negocio jurídico. Si un pago se obtiene mediante coacción, amenaza o engaño podrá existir un acto ilícito, pero de ello no se sigue, necesariamente al menos la invalidez del pago. Cabe pensar que para cumplir una previa obligación –por tanto, para pagar– se realice un negocio jurídico (por ejemplo, un contrato celebrado en cumplimiento de una preexistente obligación de contratar). Mas en tal caso, a nuestro juicio, se llega a una clara alternativa: o bien el acto de cumplimiento no es ya un contrato, aunque reciba este nombre, pues precisamente se realiza para cumplir una obligación anterior, o bien este negocio es un medio de satisfacción del acreedor (*negocio solvendi causa*) pero no un pago en sentido estricto”.⁽⁶⁰⁾

CONCLUSIONES FINALES

- I. Pago o cumplimiento es la realización de la prestación debida por parte del deudor que satisface el interés del acreedor dejando extinguida la obligación y liberado el deudor de su responsabilidad.
- II. Desde nuestro punto de vista el pago es aquel acto jurídico comprendiendo tanto la acción como la omisión realizada por el deudor que materializa en la realidad jurídica la efectiva realización de la prestación debida, concebida inicialmente, y que conlleva como consecuencia directa la exacta satisfacción del interés del acreedor, ya se trate este interés en recibir una cosa, la realización de un servicio, la abstención de parte del deudor de una conducta determinada, o el pago de una indemnización. Produciéndose así la extinción de la obligación jurídica y la liberación del deudor del vínculo obligatorio.
- III. El cumplimiento de la prestación debida puede ser realizado también por un tercero, exceptuando las obligaciones personalísimas. (ver artículo 765 del Código Civil).

(60) DÍEZ PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 9.

- IV. La naturaleza jurídica del pago comprende el análisis de determinar qué figura jurídica es el pago, un hecho jurídico, un acto jurídico o un negocio jurídico, también comprende el análisis sobre la validez práctica de determinar su naturaleza jurídica.
- V. Según la posición de Carneluti, el pago es un acto debido.
- VI. El pago es un acto jurídico y no un negocio jurídico; según expresa el Dr. Luis Díez Picazo.
- VII. El pago según nuestro criterio es *un acto jurídico debido*, por cuanto el deudor no es libre jurídicamente de realizar el pago.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición. Librería Bosch. Barcelona, España. 1980.
- ALTERINI, Atilio; Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda Edición Actualizada. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1977.
- CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Editorial Astrae, Buenos Aires, 1986.
- DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 1984.
- DÍEZ - PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. España. Cuarta edición 1983.
- LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1965.
- OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Segunda Edición Corregida. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1978.
- ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

Códigos

- Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia*. Salas Murillo, Evelyn y Barrantes Gamboa, Jaime Edo., Biblioteca Judicial.
- Código de Comercio*. San José, Costa Rica, IJSA, tercera edición, 1993.

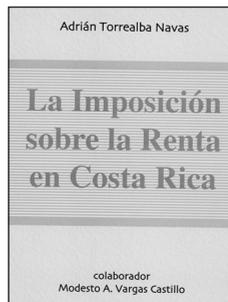
Resoluciones Judiciales

1. Sala Primera de la Corte, número 320 de las 14 horas, del 9 de noviembre de 1990.
2. Sala Primera de la Corte. San José, 14 horas cincuenta minutos, del cinco de diciembre de 1990.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Torrealba Navas, Adrián. Con la colaboración de Modesto A. Vargas Castillo, **La Imposición sobre la Renta en Costa Rica** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 367 páginas, 2003).

En la *Presentación* su autor, el Dr. Torrealba, nos informa que el trabajo que dio origen a este libro, ha permanecido por un buen número de años inédito. Elaborado hacia el año 1997, actualizado luego en 1999, no había tenido más suerte que circular como material de estudio en los cursos académicos que me ha correspondido impartir en los últimos años.



Agregando, en la *Introducción*, que la imposición directa sobre la renta en Costa Rica, tiene tres características fundamentales: es de carácter cédular, se basa en el concepto de renta “producto” y en el criterio de territorialidad, en sentido estricto.

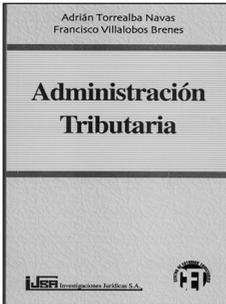
Esta valiosa obra se divide en los siguientes capítulos:

- I. El impuesto sobre utilidades de las empresas
- II. El impuesto sobre la renta disponible
- III. El impuesto sobre las rentas provenientes de la captación de recursos del mercado financiero
- IV. Impuesto sobre las rentas del trabajo independiente, pensiones y jubilaciones u otras remuneraciones por servicios personales
- V. Impuesto sobre las remesas al exterior
- VI. Otros impuestos.

– o –

Torrealba Navas, Adrián; y, Francisco Villalobos Brenes, **Administración Tributaria** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 167 páginas, 2003).

Sus autores señalan en su *nota introductoria* que la llegada a la Dirección General de Tributación, en el año 2000, de un equipo nuevo



que conjuntó esfuerzos con las estructuras administrativas existentes, respetando experiencias y cuestionando el hacer de las cosas, dio otro impulso a ese fundamental proceso de crecimiento y desarrollo que había iniciado formalmente el Programa de modernización de la administración tributaria.

Del jurista Torrealba Navas, ex-Director General de la Tributación, hay dos estudios en el libro:

- *Retos y oportunidades de internet para la interacción eficiente entre las administraciones tributarias y los agentes económicos o de cómo escoger entre obtener vino nuevo de odres viejos o cambiar los odres para obtener buen vino; y,*
- *El informe sobre el estado actual de la Dirección General de Tributación, al 30 de junio del 2003.*

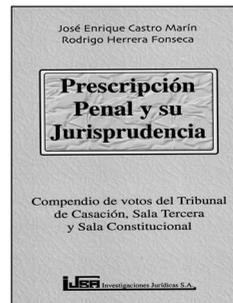
Del jurista Francisco Villalobos, ex-asesor de la Dirección General de la Tributación, se publican en esta obra:

- *Internet tributaria. La declaración electrónica en Costa Rica. Contribuyentes vs Administración. Una perspectiva gráfica de la cuestión; y,*
- *La extinción de la obligación jurídica tributaria desde la perspectiva de una administración tributaria al servicio del ciudadano.*

En el terreno del Derecho Tributario este libro es muy bien recibido ya que dado el ambiente de impuestos en el país, se hacen necesarios los estudios que analicen estos aspectos tan vitales en una sociedad, que debería tener una estructura tributaria progresiva, en vez de la regresiva que tenemos.

– o –

Castro Marín, José Enrique; y, Rodrigo Herrera Fonseca. ***Prescripción Penal y su Jurisprudencia.*** Compendio de votos del Tribunal de Casación, Sala Tercera y Sala Constitucional (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 238 páginas, 2003).

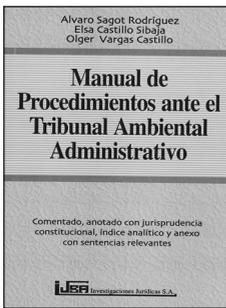


Esta importante obra está dividida de la siguiente manera:

- I. Normas relativas a la prescripción Penal
- II. Resoluciones del Tribunal de Casación Penal
- III. Resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
- IV. Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Este libro ofrece una útil jurisprudencia en el tema de la prescripción penal lo que la convierte en un valioso instrumento de consulta.

– o –



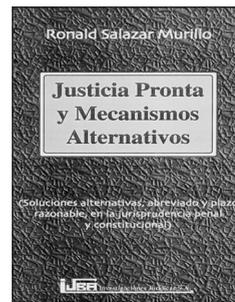
Sagot Rodríguez, Alvaro; Elsa Castillo Sibaja y Olger Vargas Castillo. **Manual de Procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo**. Comentado, anotado con jurisprudencia constitucional, índice analítico y anexo con sentencias relevantes (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 228 páginas, 2003).

Sus autores nos informan en la *Presentación*, que el fin de este trabajo es aportar a los lectores un comentario amplio de cada uno de los artículos del Reglamento de procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo, decreto ejecutivo No. 28054-MINAE, publicado en La Gaceta 163 del 23 de agosto de 1999.

Esta guía técnica, que presenta y analiza dicho reglamento con el complemento de la jurisprudencia respectiva, es de una significativa utilidad en este campo del procedimiento ambiental.

– o –

Salazar Murillo, Ronald. **Justicia Pronta y Mecanismos Alternativos**. Soluciones alternativas, abreviado y plazo razonable, en la jurisprudencia penal y constitucional. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A. IJSA, 322 páginas, 2003).



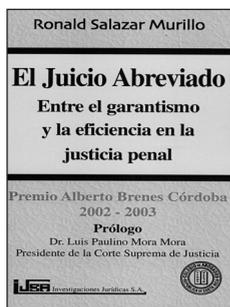
En la *Presentación general*, su autor, el Dr. Salazar, nos dice que la creación del nuevo Código Procesal penal vigente desde 1998, trajo consigo una serie de cambios trascendentales en el proceso penal y en la visión constitucional del proceso como realizador de garantías fundamentales del ciudadano.

De los cambios más importantes en ese Código, pueden resaltarse, agrega este autor, el traslado de la investigación al Ministerio Público, la flexibilización del ejercicio de la acción penal mediante los criterios de oportunidad reglados y la transacción o negociación de cargos dentro del proceso, mediante los diversos mecanismos como la conciliación, suspensión del proceso a prueba, reparación integral del daño, pago de la multa y el juicio abreviado.

Este relevante libro se divide en estas partes esenciales:

- Las soluciones alternativas en la jurisprudencia penal y constitucional
- El derecho fundamental al juicio oral y el procedimiento abreviado
- El derecho a la justicia pronta y el concepto de plazo razonable.

- o -



Salazar Murillo, Ronald. ***El Juicio Abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal.*** Premio Alberto Brenes Córdoba, 2002- 2003, del Colegio de Abogados (San José: Colegio de Abogados, Investigaciones Jurídicas S.A., 495 páginas, 2003).

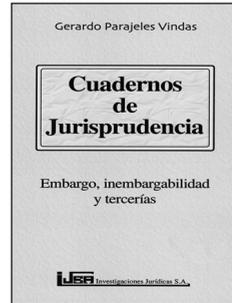
En el *Prólogo*, el Dr. Luis Paulino Mora Mora, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, nos expresa que participa del criterio del autor de este libro, en cuanto que el procedimiento abreviado constituye un buen mecanismo para posibilitar que el proceso penal, que tiene en la oralidad una herramienta útil para desarrollar la investigación de los hechos delictivos que se someten a conocimiento del sistema de justicia, pueda cumplir su cometido, pero es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debamos extremar los controles y exigencias para que en aras de una mayor eficiencia no se desconozcan los derechos que con tanto sudor, lágrimas y sangre se han logrado a favor de los sometidos a

proceso. La eficiencia no puede justificar posibilitar el fallo arbitrario o inmotivado y menos la posibilidad del error judicial.

Esta valiosa investigación, se divide en estos títulos:

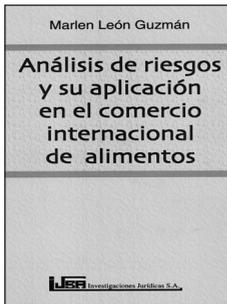
- I. El juicio abreviado en el derecho comparado
- II. Juicio abreviado y garantías del debido proceso

Parajeles Vindas, Gerardo. ***Cuadernos de Jurisprudencia: Embargo, inembargabilidad y tercerías*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 154 páginas, 2003); Tarjetas de crédito y pagaré (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 106 páginas, 2004).



Estos dos ***cuadernos de jurisprudencia*** nos presentan resoluciones relevantes muy bien seleccionadas, que son de una gran utilidad para el operador del derecho.

– o –



León Guzmán, Marlen. ***Análisis de riesgos y su aplicación en el comercio internacional de alimentos*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 120 páginas, 2004).

En la *Introducción general*, su autora nos informa que el contenido del estudio pretende recoger los aspectos más relevantes del análisis de riesgo y su aplicación al ámbito del derecho alimentario y el derecho sanitario internacional; por una parte, los aspectos técnicos y jurídicos proporcionados en su mayoría por organizaciones internacionales y por otra parte, los criterios para la adopción de medidas que protejan la salud y los aspectos normativos tanto a nivel nacional como internacional.

Los capítulos de esta importante obra son:

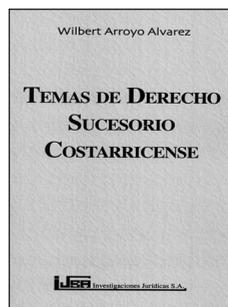
- I. Análisis de riesgo
- II. Los elementos del análisis de riesgo

III. El nivel adecuado de protección en relación con el análisis de riesgos.

Esta relevante investigación nos recuerda, en un marco más amplio y diverso, al sociólogo alemán Ulrich Beck (1944-) cuando llama a nuestra actual sociedad industrial occidental como una *sociedad del riesgo* (Buenos Aires: Paidós, 1988).

– o –

Arroyo Alvarez, Wilbert. ***Temas de Derecho Sucesorio Costarricense*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 404 páginas, 2004).



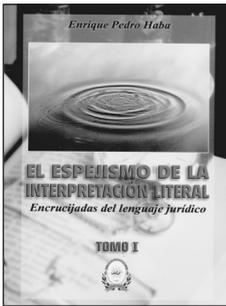
En el *Prólogo*, su autor, nos indica que la materia sucesoria no está nada terminada y sería bueno, sino cambiando su ideología hacia una Legítima Hereditaria, pues las condiciones no existen, si por lo menos, para introducir cambios que por vía de jurisprudencia se han hecho y que reclama un “sistema” u “ordenamiento”, pues hasta ahora la normativa, si bien por su técnica legislativa de no incurrir en definiciones, ha superado los cien años resolviendo casos, en muy variadas circunstancias sociales y económicas, sí se hace menester cambiar hacia una legislación más armónica y que le facilite al juzgador –y con las novísimas reformas al notariado público–, resolver los conflictos que se le van presentando.

Este valioso libro presenta las siguientes materias:

- Libre testamentificio, la querella *inofficiosi testamenti* y legítima hereditaria en el Derecho Romano
- La legítima hereditaria en algunas legislaciones latinoamericanas
- Legítima hereditaria y Derecho Sucesorio costarricense: necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil
- Ley de Sucesiones
- Causas de “caducidad” del testamento
- La sucesión *mortis causa* en sede agraria
- Derechos de autos y derechos conexos en la sucesión *mortis causa*
- El artículo 595 del Código Civil de Costa Rica: ¿limitación a la libertad de testar?

- Partición de la herencia y pago de acreedores en el proceso sucesorio costarricense
- Sobre los acreedores de la sucesión (la constatación del pasivo)
- Sobre el activo sucesorio
- Partición de la herencia y pago de acreedores
- El nuevo proceso sucesorio extrajudicial

- o -



Haba, Enrique Pedro. ***El Espejismo de la Interpretación Literal***. *Encrucijadas del lenguaje jurídico. Observaciones sobre el carácter opcional de las interpretaciones que se escogen para las leyes* (San José: Escuela Judicial, Poder Judicial, T. I. 207 páginas, T. II. 335 páginas, 2003).

El autor, Dr. Haba, nos señala en las *palabras preliminares*, que esta obra contiene ideas que he recogido en lecturas de fuente variada, a lo largo de casi treinta años. Agregando, que tal vez estos apuntes puedan ayudarle al lector a comprender mejor lo que el discurso jurídico es *realmente*. Sobre todo, a discernir lo que dicho discurso habitualmente *no es*, o es demasiado poco, como disciplina teórica y como instrumento práctico.

Esta estimulante y sugerente obra, se divide así:

Primer tomo: *De la lengua común al lenguaje de los juristas, capítulos:*

- I. Generalidades
- II. Noción básica sobre la naturaleza del lenguaje común
- III. El lenguaje de las leyes y la naturaleza de la interpretación jurídica
- IV. Modalidades lingüísticas como condicionantes para la técnica jurídica

Apéndice 1: Hacia una ontología “hermenéutica” del Derecho

Apéndice 2: Apuntes complementarios

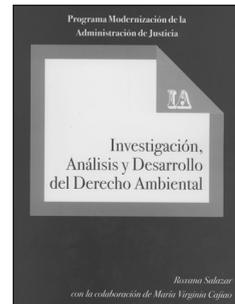
Segundo tomo: *La (im) precisión de las leyes, capítulos:*

- V. Precisión y claridad
- VI. Optimistas vs. Pesimistas (discusión)

- VII. Conceptos jurídicos indeterminados
 - VIII. Lógica formal y Derecho
 - IX. Sentidos jurídicos opcionales al interpretar la Ley
 - X. ¿Es posible interpretar literalmente las leyes?
Epílogo: metodología jurídica e interpretación literal
 - XI. Anotaciones sobre metodología de la ciencia jurídica
 - XII. A modo de conclusión
- Anexo: ¿Semiótica ilusionista o semiótica desencantadora?

– o –

Salazar, Roxana con la colaboración de María Virginia Cajiao. ***Investigación, Análisis y Desarrollo del Derecho Ambiental*** (San José: Escuela Judicial, Poder Judicial, Programa Modernización de la Administración de Justicia, 482 páginas, 2003).



En la *Introducción*, su autora indica que hay que resaltar que el Derecho Ambiental es un derecho preventivo por naturaleza y los conflictos se deberían iniciar y concluir dentro del campo administrativo y no llegarse a la vía judicial, ya que si esto ocurre estaríamos ante una evidente violación al ambiente, con sus consecuentes impactos, sobre todo a la calidad de vida.

Por su parte el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, en la *Presentación* nos informa que se seleccionó para el desarrollo de esta investigación a Roxana Salazar, especialista en el tema del derecho ambiental e insigne defensora del ambiente, y quien con su trabajo ha contribuido a enriquecer la discusión en torno a una rama del derecho que por su característica transversalidad permea otras áreas de esta ciencia.

Los temas de esta importante investigación, son:

1. Conceptualización
2. Principios del Derecho Ambiental
3. Tratamiento constitucional del Derecho Ambiental
4. Derecho Internacional Ambiental
5. Situación ambiental de Costa Rica
6. Competencias institucionales en la protección del ambiente

7. Legitimación ambiental
8. Normas de control de la contaminación
9. Tutela penal del ambiente
10. Soluciones alternativas, medidas cautelares y legitimación para actuar en el proceso penal
11. Evaluación del impacto ambiental
12. Valoración económica del daño ambiental
13. Responsabilidad por daño ambiental
14. Ordenamiento territorial y planes reguladores
15. Planes reguladores costeros: zona marítimo terrestre
16. Manejo del recurso forestal
17. Plan nacional de manejo y conservación de suelos
18. Soluciones alternativas a los conflictos ambientales

– o –

Issa El Khoury, Henry. **Delitos Económicos** (San José: Escuela Judicial, Poder Judicial, Programa Modernización de la Administración de Justicia, 127 páginas, 2003).



En la *Presentación*, el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, nos afirma que en los últimos años hemos presenciado abortos como cierta parte de la doctrina y algunos movimientos de la política criminal, no ocultan que se persigue el impulso de un derecho encaminado a cumplir una simple función de desarrollo y garantía de un Estado posmoderno, en donde no es tan importante la tutela del individuo y sus libertades, sino que lo esencial es la implementación de un sistema competente que garantice el libre y autónomo crecimiento del orden económico, el cual, inspirado por las doctrinas neoliberales, encamina los esfuerzos sociales hacia una simple racionalidad de libre mercado, donde los datos y signos se interpretan en la medida en que contribuyen al mantenimiento de esas reglas de intercambio económico. Aquí el derecho cumple al garantizar ese desarrollo, controlar las disfunciones y regular (¡y disminuir!) los riesgos.

El contenido de este valioso libro póstumo, es el siguiente:

Primera parte, capítulos:

Primero: El “modelo” de la economía costarricense
Segundo: Sobre el concepto de delitos económicos

Segunda parte, capítulos:

Primero: Los principios clásicos: legalidad y culpabilidad

Segundo: Bien jurídico tutelado y otros aspectos de relevancia

Tercero: Resumen de una metodología para el análisis de las descripciones penales

Tercera parte, capítulos:

Primero: Delitos que implican al sector financiero nacional

Segundo: Delitos aduaneros

Tercero: Delitos tributarios

– o –

Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José: Asociación de Derecho Público y Administrativo, No. 3, año 3, 202 páginas, 2003).



El contenido de este número 3, es el siguiente:

- Regulación jurídica de la ética pública.
Dr. Carlos Depiazzo
- Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de deuda externa. *Dr. Agustín Gordillo*
- Principios del procedimiento administrativo en la legislación hispano-americana. *Dr. Jesús González Pérez*
- Las nociones contemporáneas del servicio público.
Dr. Enrique Rojas Franco
- Ética pública e Estado Democrático de Derecho.
Dr. Romeo Felipe Bacellar Filho
- Las medidas cautelares en el proyecto de Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Especial referencia la suspensión del acto. *Dr. Jaime Rodríguez-Arana*
- Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”. *Dr. Jorge Danós O.*
- La licitación de contratos administrativos en México.
Dr. Jorge Fernández Ruiz
- Reflexiones sobre la justicia contencioso administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI. *Dr. Juan Carlos Cassagne*

- El referendo colombiano: indicador de fracaso institucional.
Dr. Carlos Mario Molina Betancur
- Teoría de la Administración pública en la constitución colombiana.
Dr. Jaime Vidal Perdomo
- La Ley orgánica de ordenamiento territorial en la Constitución colombiana de 1991. Elementos para su comparación con el Derecho Español.
Dr. Augusto Ramón Chaves Marín
- Propuesta de legislación: Código Procesal Administrativo. Modelo para Iberoamérica.
Dr. Jesús González Pérez
- Ley General de Control Interno, No. 8292, 2002.

- o -

Romero-Pérez, Jorge Enrique. ***Contratos Económicos Modernos*** (San José: Escuela Judicial, Poder Judicial, Programa Modernización de la Administración de Justicia, 379 páginas, 2003).

El contenido de este libro abarca los siguientes *contratos económicos modernos*:

- Tarjetas electrónicas (crédito, débito, compras)
- Fideicomiso
- Leasing
- Franchising
- Factoring
- Joint Venture
- Offshore
- Outsourcing
- Distribución
- Timesharing
- Underwriting



El desarrollo del sistema económico ha permitido la aparición de nuevas figuras contractuales, la mayoría de las cuales no han sido reguladas por ley, sino que se dinamizan mediante los contratos de adhesión, planteando una relación relevante con el tema de los derechos del consumidor. *Dr. Rafael González Ballar.*



Ordóñez, Jaime y Rotsay Rosales (editores) *¿Democracia sin Reglas? Las debilidades del Estado de Derecho en la construcción democrática de América Central. Propuesta de un sistema de indicadores de gobernabilidad jurídica e institucional para el Observatorio de la Democracia en Centro América.* (San José: OEA, Estudios para el Futuro, Observatorio de la Democracia, 350 páginas, 2004).

Este importante estudio sobre Centroamérica, está dividido en tres partes:

Primera, capítulos:

1. Democracia y fortalecimiento del Estado de Derecho: más allá del análisis transicionista.
2. Metodología del sistema de indicadores de Gobernabilidad y el programa Observatorio de la Democracia en Centro América.
3. Objetivos del Programa Observatorio de la Democracia en Centroamérica y del Sistema de Indicadores de gobernabilidad jurídica e institucional.
4. Análisis comparativo sobre otros observatorios y proyectos de investigación de gobernabilidad, democracia y sistemas de indicadores en la materia, en los ámbitos regional e internacional.

Segunda, capítulos:

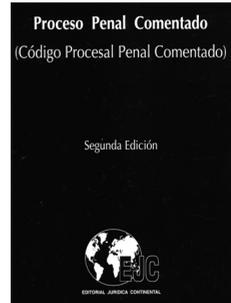
5. Matriz de institucionalidad democrática
6. Matriz de representación y participación
7. Matriz de hacienda pública
8. Matriz de inversión democrática
9. Tablas de ponderaciones de índices e indicadores
10. Tablas de descripción de indicadores

Tercera: anexos

Llobet Rodríguez, Javier. **Proceso Penal Comentado**. Código Procesal comentado. (San José: Editorial Jurídica Continental, segunda edición, 507 páginas, 2003).

En la *Introducción* a la segunda edición de este valioso libro, su autor el Dr. Llobet, afirma lo siguiente:

*Más de cinco años de vigencia del Código Procesal Penal de 1996 ameritaban una nueva edición del libro **Proceso Penal comentado**, que había sido editado durante los primeros meses de vigencia del Código, cuando aún no existía prácticamente jurisprudencia sobre la nueva normativa. En la presente edición se incorporan referencias a la jurisprudencia, la que había sido suplida en parte en el libro **Proceso Penal en la jurisprudencia**, publicado a principios del 2001.*



De especial importancia ha sido toda la jurisprudencia que se ha desarrollado con respecto a los nuevos institutos del código.

Nuestro rechazo es total con respecto al procedimiento abreviado.

Fundamentalmente fuimos críticos con respecto al procedimiento abreviado. Este procedimiento se ha revelado como el instituto más problemático de la reforma procesal, llegándose en definitiva a ejercer una coacción indebida en contra del imputado para que acepte ese procedimiento, unido a que se convierte este procedimiento en escrito y no contradictorio, todo lo que lleva a catalogar el instituto como acorde más bien con un sistema inquisitivo.

No han faltado condenatorias que carecen de todo requisito, no teniendo siquiera hechos probados ni fundamentación alguna. Se ha dicho por casación, que no es suficiente fundamentación la remisión a la aceptación de cargos, sino que se requiere que se relacione con el resto del material probatorio, que consta en el expediente.

Frente a la expansión del Derecho Penal no nos podemos quedar callados y simplemente aceptar con sentimiento ambivalente de consuelo y entusiasmo el establecimiento del criterio de oportunidad reglado por insignificancia, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba como un mal menor necesario, admitiendo el apogeo del

Derecho Penal Moderno o Máximo, todo dentro de una ética utilitarista de costos y beneficios, que lleva a maximizar las utilidades, asignando sus recursos, como parte de las tendencias actuales del análisis económico del derecho.

La expansión del Derecho Penal debe ser denunciada, luchándose en contra de la misma. Mas ante todo denunciar la falta de sentido de la actual expansión del Derecho Penal, luchando sin desmayo por la decriminalización penal, de modo que se llegue al ideal de un Derecho Penal Mínimo.

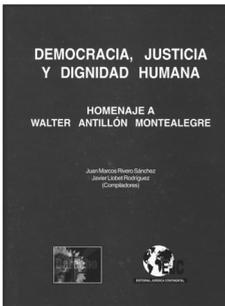
Sin duda alguna, este *Código Procesal comentado*, del Dr. Llobet, es de una gran utilidad en la formación de los juristas y operadores del Derecho Penal.

– o –

Rivero Sánchez, Juan Marcos; y, Javier Llovet Rodríguez (compiladores).

Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Wálter Antillón Montealegre (San José: Editorial Jurídica Continental, 703 páginas, 2004).

En la **Presentación** de este homenaje los Drs. Rivero y Llobet indican que el *Profesor Antillón* nació en 1932 en San José; se graduó en la Universidad de Costa Rica en 1961 e hizo estudios de posgrado en la Universidad de Roma (Italia) y en el Instituto Superior de Derecho Tributario en la OEA, con sede en Buenos Aires (Argentina). Por sus vastos conocimientos es uno de los juristas costarricenses más completos con un profundo humanismo. Respetado internacionalmente, comprometido con sus ideales.



Esta obra de homenaje se divide en las siguientes materias:

- Penal
- Procesal penal
- Derechos humanos
- Constitucional
- Poder Judicial
- Filosofía

- Historia
- Derecho de la infancia y la adolescencia
- Privado
- Laboral
- Ambiental
- Comunitario.

45 autores, nacionales e internacionales, participan en este libro con investigaciones en los citados campos jurídicos.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Consecuencias prácticas de las diferencias entre el recurso de casación civil y el recurso ante la Sala de Casación en materia agraria <i>Lic. Carlos Adolfo Picado Vargas</i>	11
Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social <i>Dr. Bernardo van der Laan Echeverría</i>	25
Algunas lucubraciones sobre escisión de sociedades <i>Dr. Gastón Certad Maroto</i>	61
La libertad de cátedra <i>Lic. Celín Arce Gómez</i>	71
La generación eléctrica privada en Costa Rica <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	91
Análisis de políticas de persecución criminal en delitos sexuales y en aquellos en los que media la violencia doméstica <i>Licda. Laura Navarro Barabona</i>	131
Hacienda pública y ejecución de sentencias en lo contencioso administrativo <i>Lic. Ronald Hidalgo Cuadra</i>	145
El pago <i>Lic. Jorge Jiménez</i>	183
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	221

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
378107

