

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
99



**SAN JOSE, COSTA RICA
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE
2002**



Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 99 - Cuatrimestral
setiembre - diciembre - 2002 - 184 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

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Máster Christian Hess Araya (*Vocal 1º*)
(*Faltan por designar 2 miembros más*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Lic. Jorge Sáenz Carbonell
Lic. Federico Sosto López

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

99

SAN JOSE, COSTA RICA
2002
SETIEMBRE - DICIEMBRE

**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

2003

Presidente:

Dr. Manuel Amador Hernández

Vicepresidente:

Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Secretaria:

Dra. Rosa María Abdelfour Granados

Prosecretario:

Lic. Wilbert Arroyo Alvarez

Tesorero:

Dr. Paul Rueda Leal

Fiscal:

Licda. Dunia Chacón Chavarría

Vocal 1:

Máster Christian Hess Araya

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Almira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárata

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Dra. Olimpia López Avendaño

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Máster Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

Máster Jorge Badilla Pérez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número de la Revista se publican estudios en estas materias:

Derecho informático, civil, sanitario, económico nacional, constitucional, agrario, del consumidor y las reseñas bibliográficas.

El director - editor

EL NOMBRE DE DOMINIO, ¿UNA NUEVA FORMA DE PROPIEDAD?

MSc. Christian Hess Araya^()*

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El planteamiento del problema
- III. Consideraciones adicionales
- IV. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Desde una óptica técnica, el DNS⁽¹⁾ es un protocolo de resolución de nombres, integrante del conjunto de protocolos de comunicación telemática colectivamente conocidos como TCP/IP.

El hecho de que el DNS sea un “protocolo” implica que es un conjunto de reglas, que en este caso sirve para la resolución (conversión) de los nombres de dominio de Internet (que son cadenas de caracteres alfanuméricos) a números IP⁽²⁾ y viceversa.⁽³⁾ En rigor, la existencia del DNS no es crítica para el adecuado funcionamiento de la red; en principio, sería perfectamente posible operar exclusivamente a base de números IP. Sin embargo, el empleo de etiquetas textuales facilita la navegación a los usuarios, en la medida en que nuestra mente retiene y asimila palabras con mayor facilidad que cifras.

El DNS se traduce en una base de datos jerárquica, en cuyo vértice figura el dominio raíz “.”, a partir del cual brotan una serie de *dominios de nivel superior* (TLDs;⁽⁴⁾ éstos se dividen, a su vez, en *genéricos* y *nacionales*. Los primeros (gTLD) incluyen tanto las extensiones tradicionales como .com, .net, .org, así como las más recientemente aprobadas por la ICANN,⁽⁵⁾ como .name, .biz o .pro. Por su parte, los segundos (ccTLD), hacen alusión a los dominios asociados a países específicos, como .fr (Francia), .br (Brasil) o .cr (Costa Rica), representados por dos caracteres correspondientes al código ISO-3166 de cada nación.

-
- (1) “Domain name system” (“sistema de nombres de dominio”), por sus siglas en inglés.
 - (2) “Internet protocol” (“protocolo de Internet”).
 - (3) “Configuring the DNS Service”, documento electrónico de la empresa Cisco Systems, Inc., disponible electrónicamente en la dirección <http://www.cisco.com/univercd/cc/td/doc/product/iaabu/cddm/cddm111/adguide/dns.htm>.
 - (4) “Top-level domains”.
 - (5) “Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (“Corporación de Internet para los Nombres y Números Asignados”).

La base de datos del DNS es, además, de naturaleza altamente distribuida. La tarea de convertir los nombres a números IP (y viceversa) es ejecutada por un gran número de *servidores de nombres* dispersos tanto lógicamente como geográficamente a través de la red. Cada servidor posee la información relativa a los dominios ubicados bajo su zona de autoridad. Si, en un momento dado, uno no es capaz de efectuar la conversión requerida, simplemente contactará a otro servidor de mayor nivel, que –a su vez– trasladará la solicitud al que corresponda, de modo que eventualmente se logre obtener los datos que interesa.

Antes de que sea posible convertir un nombre de dominio en un número IP (o a la inversa), es necesario que intervenga una *entidad registradora*, asociando individualmente a uno con otro, mediante la actualización de la base de datos del DNS y esperando a que esa modificación se propague a través de la red. Puesto que la asociación entre dominio y número IP es unívoca, no es posible registrar un nombre que ya haya sido asignado previamente y se encuentre en uso. Para poder adquirir el derecho de utilizar un dominio asignado con anterioridad, es necesario esperar que expire ese registro –si es que su titular no lo renueva oportunamente– o bien negociar con éste una transferencia anticipada. Esta circunstancia, desde luego, ha dado pie a toda la conocida problemática de la *ciberocupación*.⁽⁶⁾

Para lo que aquí concierne, entonces, es oportuno recalcar que –en términos jurídicos– un nombre de dominio es un objeto de comercio. Hasta aquí pareciera haber consenso en la doctrina. Los problemas comienzan al momento de tratar de precisar exactamente de qué clase de bien jurídico estamos hablando y, consecuentemente, de qué clases de negocios jurídicos puede o no ser objeto un nombre de dominio.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el año 1997, la compañía estadounidense Umbro International, Inc. (UII) formuló una serie de acciones judiciales, primero contra la corporación canadiense 3263851 Canadá, Inc. y luego contra la entidad registradora Network Solutions, Inc. (NSI). El objeto de estos litigios era el control del dominio umbro.com y otros 26 relacionados, que

(6) HESS ARAYA, Christian. “Desafíos de la propiedad industrial en Internet”, en el semanario “El Financiero”, año 2, Nº 90, diciembre de 1996; disponible electrónicamente en <http://comunidad.derecho.org/chess/>.

alegadamente habrían sido registrados por la mencionada organización canadiense, con infracción de los derechos de propiedad industrial de la primera. Habiendo obtenido sentencia favorable en lo sustantivo de su reclamo, UII pretendía que NSI hiciera efectivo un embargo sobre los dominios disputados (excepto el propio umbro.com, que pasó a control de la accionante), con miras a su posterior tasación y remate, a fin de resarcirse de los daños y costos legales, en ausencia de otros bienes propiedad de la primera accionada bajo jurisdicción estadounidense.

NSI se opuso a la acción, aduciendo que lo que UII pretendía embargar no era un bien material sino el fruto de un contrato de servicios. Agregó que los nombres de dominio no tienen en sí un valor fácilmente cuantificable y que por su naturaleza son diferentes a modalidades de propiedad intelectual tales como las patentes. El argumento de defensa clave fue que los nombres de dominio no pueden existir sino en función de los servicios prestados por una entidad registradora, los cuales son –a su vez– resultado de una contratación específica entre las partes.

El tribunal de primera instancia a cargo del caso no aceptó los argumentos de NSI. Sostuvo que un nombre de dominio registrado da pie a una “propiedad intangible valiosa y sujeta a embargo”. En este sentido, consideró que existe un interés posesorio específico en el nombre de dominio; que NSI no estaría viéndose forzada a brindar servicios a un tercero con el que podría no tener interés en relacionarse; y que los nombres de dominio constituyen “una nueva forma de propiedad intelectual”.

El fallo fue apelado por NSI y conocido por el tribunal supremo del estado de Virginia.⁽⁷⁾ En su expresión de agravios, NSI explicó que el convenio en virtud del cual se funda el registro de un nombre de dominio únicamente confiere al solicitante un derecho temporal a la asociación de aquél con un número IP. En otras palabras, un nombre de dominio es tan solo una referencia dentro de una base de datos –si se quiere, un “alias” textual para lo que, en el fondo, es realmente tan solo un número– y que, en ese carácter, no constituye un bien embargable. UII, por su parte, replicó alegando que ese derecho temporal es, precisamente, la propiedad intangible respecto de la cual existe un interés posesorio, que puede ser objeto de embargo.

(7) El texto completo de la sentencia, en inglés, está disponible en la dirección <http://www.courts.state.va.us/txtops/1991168.txt>.

El tribunal de grado acogió la tesis de NSI (aunque, justo es advertirlo, en un fallo dividido), en el sentido de estimar que un nombre de dominio no existe sino en función de un contrato de servicios, del cual es fruto o resultado. Al no constituir un bien ni un derecho con relación a un bien (un derecho real,⁽⁸⁾ no es embargable.

UUI había intentado establecer una distinción entre el derecho del titular a emplear un determinado nombre de dominio y los servicios que la entidad registradora debe brindar para mantenerlo en operación. Suponemos que la idea era que si se lograba establecer la autonomía del primero con relación a los segundos, se podría afirmar que, una vez embargado y rematado el nombre de dominio, sería posible solicitar los servicios asociados a él a una entidad registradora diferente, de manera tal que NSI no pudiese alegar que se estaba viendo forzada a establecer una relación contractual no deseada con un tercero. Pero la corte no acogió el alegato.

III. CONSIDERACIONES ADICIONALES

El fallo recaído en el caso Umbro es consistente con otras resoluciones pronunciadas por tribunales estadounidenses, tales como los casos *Lockheed Martin Corp. versus Network Solutions, Inc.* y *Kremen versus Stephen Michael Cohen, Network Solutions y otros.*⁽⁹⁾

A pesar de la claridad de sus alcances, diversos autores han destacado los problemas que parecieran no haber quedado resueltos con el fallo.

Por ejemplo, señalan algunos, ¿cómo conciliar el carácter intangible y –por ende– inembargable de los nombres de dominio, con la necesidad que deriva de la legislación de diversos países contra la ciberocupación, de permitir el establecimiento de acciones *in rem* contra dichos nombres, cuando fuere imposible localizar a su titular para traerlo al proceso? Esta preocupación ha surgido en los EE.UU., con motivo de la promulgación de su “Anticybersquatting Consumer Protection Act”,

(8) Por ejemplo, el derecho de copropiedad de un inmueble.

(9) DOLKAS, David Henry y MENSER, S. Tye. “Is A Domain Name “Property”?” Publicación electrónica disponible en: http://www.gcwf.com/articles/interest/interest_42.html, visitada el 29 de enero del 2002.

que entró en vigencia en enero del 2000.⁽¹⁰⁾ Para estos casos, se ha llegado a concluir que el carácter “tangible” o “material” de un nombre de dominio –exigido para la viabilidad de acciones judiciales *in rem*– solo debe admitirse para los específicos fines de aplicación de esa ley y nunca para otros propósitos.⁽¹¹⁾

Otra cuestión: si los nombres de dominio no son bienes en sí mismos, ¿cómo explicar la existencia –es más, la proliferación– de sitios en la red, dedicados a comprarlos, venderlos o subastarlos? Estas operaciones generalmente conllevan incluso una cuantificación del valor de mercado de cada nombre. Una vez concertada la transacción, el titular del dominio⁽¹²⁾ debe manifestar a la entidad registradora su consentimiento para que se opere la transferencia. La costumbre en estos casos es que el adquirente asuma cualesquiera tarifas que ese traslado implique.

En estas hipótesis, la respuesta que pareciera guardar mayor consistencia con los términos de las resoluciones judiciales de comentario es pensar que esas operaciones no son compraventas, sino cesiones de derechos.

CONCLUSIÓN

Pensamos que es irrefutable la tesis, sostenida por el tribunal de apelación en el caso Umbro, de que un nombre de dominio no puede existir sino en función de los servicios que respecto de él preste una determinada entidad registradora. Sin embargo, este hecho pareciera acentuar aún más el bien conocido paralelismo que existe entre los nombres de dominio y las marcas tradicionales,⁽¹³⁾ puesto que –rigurosamente hablando– éstas últimas tampoco tienen mucho sentido (desde la óptica de la certeza de su tutela jurídica) sino a raíz de una inscripción registral que también está sujeta a expiración en el tiempo y que es

(10) DOLKAS y MENSER, *op. cit.*

(11) *Ídem.*

(12) La persona que figura como “contacto administrativo” ante la correspondiente entidad registradora.

(13) HESS ARAYA, *op. cit.*

pasible de ser transferida a terceros, por medio del mecanismo legalmente previsto.

Esta íntima relación entre marcas y dominios tiene, desde luego, sus complejas implicaciones. Por ejemplo, es sabido que la doctrina y la práctica registral admiten que un nombre de dominio sea inscrito como marca, cuando no se limite a operar como mero mecanismo de localización en la red sino que coincida con la razón comercial misma por medio de la cual el establecimiento es conocido en el mercado.⁽¹⁴⁾ En tal caso, el eventual vencimiento del nombre de dominio (por falta de oportuna renovación) plantearía problemas a quien tuviese interés en registrarlo posteriormente, mientras la correlativa marca permanezca vigente.

Esperamos que el desarrollo jurisprudencial –y eventualmente legal– del tema corrobore las tendencias observadas hasta el momento. Pero es hartamente conocido que la Internet suele desarrollarse por sendas que no necesariamente coinciden con las que los juristas podemos considerar lo más ortodoxo. Es seguro, entonces, que sobre esta temática resta aun mucho por discutir.

SOBRE EL AUTOR

Christian Hess Araya es costarricense; licenciado en Derecho y máster en Informática. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados. Profesor de Derecho Informático de la Universidad de La Salle, así como de la Maestría en Ciencias de la Computación e Informática de la Universidad de Costa Rica en San José. Fundador del proyecto Democracia Digital (<http://www.democraciadigital.org>). Miembro fundador de la Asociación Costarricense de Propiedad Intelectual. Miembro del Comité de Derecho y Tecnología de la “Association for Computing Machinery” (ACM), así como de la “International Association for Artificial Intelligence and Law” (IAAIL).

Correo: chess@myrealbox.com; sitio web:

<http://comunidad.derecho.org/chess/>.

(14) El caso más claro al respecto es el de Amazon.com, cuyo nombre de dominio es –al mismo tiempo– la propia denominación comercial de ese establecimiento.

PAGO POR CONSIGNACIÓN

Lic. Jorge Jiménez Bolaños

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

SUMARIO:

Resumen

- I. Concepto
- II. Requisitos del pago por consignación
- III. Oferta Real de Pago, Mora Accipiendi
- IV. Casos en los cuales no es necesario realizar ofertas Reales de Pago
- V. Efectos del Pago por Consignación
- VI. Bibliografía

RESUMEN

El pago es el instrumento normal a través del cual el deudor se libera de su obligación satisfaciendo el interés del acreedor con el cumplimiento de la prestación.

El pago por consignación es una modalidad de pago mediante el cual el deudor puede liberarse de la obligación, satisfaciendo el interés del acreedor con el cumplimiento de la prestación debida.

El pago por consignación es una modalidad de pago mediante el cual el deudor puede liberarse de la obligación, en aquellas situaciones en que el acreedor no quiere recibir el pago por diversas razones o no quiera realizar una conducta adecuada de cooperación para que el deudor pueda cumplir la prestación.

En el presente artículo se analiza la regulación jurídica que tiene el pago por consignación y las ofertas reales de pago en nuestro Código Procesal Civil y en nuestro Código Civil.

Se analizan los requisitos que deben cumplirse para que se dé un buen pago por consignación y por último se analizan los efectos jurídicos del pago por consignación.

PAGO POR CONSIGNACIÓN

I. CONCEPTO

Ocurre a veces que el deudor no puede hacer directamente el pago a su acreedor, sea porque éste rehúse aceptarlo o no envíe a recoger la cosa debida, sea porque se trate de un acreedor incierto o desconocido o de un acreedor incapaz de recibir por sí mismo la prestación y careciere de tutor o curador.

En tal evento la ley facilita al deudor por un procedimiento especial llamado pago por consignación el modo de descargarse de la deuda para evitar los perjuicios que le acarrearía la constitución en mora o seguir pagando intereses sin necesidad".⁽¹⁾

(1) BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las obligaciones*, pág. 157.

Lino Rodríguez al respecto manifiesta: “Esta Institución lo mismo que aquella que se encuentra íntimamente vinculada con esta la mora del acreedor La consignación viene siendo tratada como un depósito especial que se hace a disposición de la autoridad judicial y a favor de un tercero. A pesar de la íntima conexión que tiene este instituto con el ofrecimiento de pago la consignación tiene un valor jurídico propio e independiente siendo un negocio jurídico de depósito...”⁽²⁾

Eugenio María Ramírez citado por Fernando Montero Piña en su obra *Obligaciones* nos da una definición más clara de lo que es el pago por consignación. “Consiste en el acto mediante el cual el deudor deposita la prestación debida ante el órgano judicial para que sea entregada al acreedor. Es un medio liberatorio para el deudor, tiene la característica de un pago forzoso por cuanto se realiza aunque el acreedor se niegue a admitirlo.”⁽³⁾

Existen diversos motivos por los cuales el acreedor no desea recibir el pago de parte de su deudor. Puede ser debido a que el deudor no se encuentra pagando íntegramente lo debido, puede existir una diferente interpretación entre las partes en cuando a lo que se debe cumplir en forma exacta e íntegra. O simplemente puede ser que el acreedor se niega a cooperar con el deudor para que éste cumpla con lo debido sin una razón legal justificada.

Ante estos casos la ley señala un procedimiento legal mediante el cual el deudor puede recurrir para realizar el pago, denominado pago por consignación.

Nuestro Código Civil en su artículo 797 nos indica los casos en los cuales se puede consignar la cosa debida:

Artículo 797.–Casos. Todo el que tiene derecho de pagar una deuda puede hacerlo depositando judicialmente la cosa debida en los siguientes casos:

1. Si el acreedor rehusare recibirla sin derecho.
2. Si el acreedor no fuere o no mandare a recibirla en la época del pago o en el lugar donde éste deba verificarse.

(2) RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, Lino, pág. 452.

(3) MONTERO PIÑA, Fernando. *Obligaciones*, pág. 193.

3. Si el acreedor incapaz de recibirla careciere de tutor o curador.
4. Si el acreedor fuere incierto o desconocido.

En todos estos casos el deudor tiene el derecho de consignar la cosa ante la autoridad competente para efectos de liberarse de la obligación.

No obstante, previo a realizar la consignación de lo debido ante la autoridad competente deberá cumplir el deudor con un procedimiento previo, de realizar ofertas reales de pago al acreedor salvo algunas excepciones en las cuales la ley expresamente indica que no es necesario realizar ofertas reales de pago las cuales serán analizadas más adelante y además deberá cumplir el pago mismo con una serie de requisitos que se detallan a continuación.

II. REQUISITOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

Para que el pago por consignación surta todos sus efectos y el deudor quede liberado se deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Debe ser realizado ante Juez competente. Artículo 798, inciso 4 del Código Civil.

Este requisito se refiere a que la consignación debe ser realizada ante el Juez que por ley le compete conocer las Diligencias de Consignación del pago, por ejemplo el artículo 66 de la Ley de Arrendamiento Urbanos nos indica que el depósito se debe realizar ante autoridad competente del lugar donde se ubica el inmueble. En este caso por disposición de ley le tocaría conocer a los Juzgados Civiles de Menor Cuantía.

Juzgados de Menor Cuantía

“Se discute si la autoridad judicial competente es tanto el Juzgado Civil de Menor Cuantía como el Juez Civil de la localidad. En la práctica se ha entendido que el Juez de Menor Cuantía, como el Juez Civil de la localidad. En la práctica se ha entendido que el Juez de Menor la autoridad competente pues de conformidad con el artículo 115 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (así reformado por la Ley N° 7728 del 15 de

Diciembre de 1997, que es ley posterior a la LAUS).: En Materia Civil, los “Juzgados de Menor Cuantía conocerán: 2. Con la misma excepción del artículo anterior (juicios que correspondan a los Juzgados Civiles de Hacienda de Asuntos Sumarios) de todo lo relativo a la aplicación de la Ley de Inquilinato, salvo en procesos ordinarios y abreviados de mayor cuantía”.... Con todo, no se ve razón alguna para estimar que un pago hecho ante el Juez Civil competente debe reputarse nulo y generar por tanto el desahucio. En primer lugar téngase que se trata del mismo plano, de los Tribunales Civiles del lugar donde está ubicado el inmueble. En segundo lugar, ningún perjuicio, ningún perjuicio apreciable se le causa al arrendador con el depósito ante el Juez Civil. Y es claro que no hay nulidad sin perjuicio. En tercer lugar los Juzgados Civiles son competentes para conocer en apelación de las resoluciones de los Juzgados Civiles de Menor Cuantía (artículo 104, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).⁽⁴⁾

Sobre el particular el artículo 115 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regula lo siguiente:

Artículo 115.—En materia Civil los juzgados de Menor Cuantía conocerán:

2. Con la misma excepción del inciso anterior de todo lo relativo a la aplicación de la ley de inquilinato, salvo en procesos ordinarios o abreviados de mayor cuantía.

3. De toda diligencia de pago por consignación. Si surgiere contención sobre la validez o eficacia del pago, el negocio continuará radicado en el despacho al que corresponda, conforme a la cuantía.

En cuanto a las Obligaciones Prendarias, según artículo 561 del Código de Comercio, el Pago por Consignación deberá realizarse ante el Juez del domicilio del acreedor al hacer la consignación correspondiente.

4. La persona que realiza la consignación debe ser persona capaz o hábil para pagar.

En este caso en particular la ley señala como requisito que la persona que hace consignación tenga capacidad o ser hábil, esto es que

(4) RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Ley General de Arrendamientos Urbanos Comentada*, pág. 189. Ediciones Jurídicas Arete.

tenga poder de disposición de sus bienes para que el pago sea válido. Aquí la ley señala como un requisito esencial la capacidad del deudor para pagar, requisito que no tomó en cuenta el legislador cuando reguló lo referente al pago en su parte general, dado que en el artículo 768 del Código Civil sí señaló como requisitos de validez del pago la capacidad del acreedor pero no menciona la capacidad del deudor. Ver en ese sentido artículo 768 del Código Civil. Un deudor que no tenga capacidad o ser hábil para pagar es el caso del deudor declarado en estado de insolvencia por ejemplo.

5. El pago debe comprender la totalidad de lo debido, además la prestación deberá ser de la misma calidad de lo pactado, esto es que lo consignado debe corresponder en identidad, integridad, indivisibilidad, tiempo y lugar (requisitos objetivos del pago). Si la prestación no reúne los mismos requisitos que se exigen para realizar el pago, la consignación no liberará al deudor.

6. El plazo se haya vencido si se estipuló a favor del acreedor o la condición se haya cumplido si estamos ante una obligación con condición. Aquí hay que hacer la diferencia entre condición suspensiva y la condición resolutoria. Recordemos que en la obligación condicional con condición suspensiva mientras la condición no se cumple la obligación no produce efectos jurídicos, sucede lo contrario con la condición resolutoria en la cual la obligación sí produce efectos jurídicos, pero si la condición se cumple la obligación deja de producir efectos jurídicos. Ver 679 y 698, Código Civil.

En cuanto al plazo debo indicar que según el artículo 776 del Código Civil éste se presume estipulado a favor del deudor salvo pacto en contrario, o si de las circunstancias de la obligación se determina que el plazo se estableció en beneficio del acreedor. De allí que si el deudor tiene el beneficio del plazo no se encuentra obligado a pagar antes de la expiración del plazo pero sí puede descargarse de la obligación, si así lo desea puede pagar antes.

7. Deberá realizarse ofertas reales previas al acto de la consignación de pago. Ver artículos 889 y concordantes del Código Procesal Civil. Sobre este requisito nos referiremos más profundamente a continuación.

III. OFERTA REAL DE PAGO. MORA ACCIPIENDI

Es preciso indicar que previo al pago por consignación es necesario que el deudor realice oferta real de pago.

En ese sentido el artículo 889 del Código Civil es enfático al señalar la necesidad de realizar previo al pago por consignación la realización de ofertas reales de pago.

Sobre el concepto de oferta real de pago Montero Piña la define así:

“La oferta real de pago debe hacerse por un notario público a solicitud del deudor, quien se presenta en el domicilio del acreedor para hacerle saber la intención del deudor de cancelar la obligación adeudada. Debe levantarse un acta en escritura pública que indique la cantidad y la calidad de las especies ofrecidas o si fuera en dinero su monto, con lo cual se determina el objeto ofrecido en su calidad y cantidad. Esta oferta debe ser real o sea una manifestación objetiva de parte del deudor de satisfacer en ese momento el interés del acreedor, por lo que no puede ser una promesa de pago a futuro, ni una simple notificación de que se le va a pagar posteriormente con lo que se le obliga al deudor a presentar el contenido de la prestación en ese momento”.⁽⁵⁾

“El ofrecimiento de pago puede ser un acto formal o un acto real. Estamos ante un acto formal cuando el deudor se limita a invitar al acreedor a que acepte el ofrecimiento y estamos ante un acto real si la oferta se lleva a cabo mediante exhibición del objeto en que consiste la prestación (verbigracia cuando el deudor se presenta en el lugar convenido con el dinero o los títulos o el del obrero que se presenta con sus utensilios para realizar el trabajo ordenado).⁽⁶⁾

El ofrecimiento de pago consiste en una declaración de voluntad dirigida al acreedor, por la que el deudor manifiesta su firme decisión de cumplir inmediatamente la obligación”.⁽⁷⁾

(5) MONTERO PIÑA. *Op. cit.*, pág. 196.

(6) *Op. cit.*, RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, pág. 450.

(7) *Op. cit.*, RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino.

La oferta o el ofrecimiento de pago tiene por la finalidad evitar que el deudor caiga en *mora solvendi*, es un medio probatorio para evidenciar la falta de cooperación de parte del acreedor en relación al cumplimiento de la obligación y una forma de poner en situación de Mora al acreedor conocida ésta como *Mora Accipiendi*.

“C) Mora del acreedor. Como se ha dicho antes, la mora del acreedor responde al concepto de la falta de la debida cooperación para recibir o admitir la prestación debida. La mora del acreedor produce los siguientes efectos: 1. Cuando el deudor hace el ofrecimiento de pago o cumplimiento y el acreedor se niega sin razón a admitirlo, el deudor puede consignar la cosa debida y quedar exento de responsabilidad.... 2. Según el Código Civil cuando el deudor haya ofrecido la cosa debida a quien ha de recibirla y éste se niega sin razón a aceptarla, el primero queda eximido de las consecuencias de la pérdida de la cosa, si es cierta y determinada, cuando sobrevenga por caso fortuito... 3. La mora del acreedor excluye la del deudor”.⁽⁸⁾

“El acreedor tiene la obligación de facilitar el pago al deudor y su incumplimiento en ese sentido, faculta a este último a la consignación con lo cual se pone en mora al acreedor por dicha conducta renuente que viola el principio de necesidad de colaboración en la satisfacción de la prestación, pues el deudor tiene el derecho de liberarse y a que se brinden todas las facilidades para llevar a feliz término su compromiso”.⁽⁹⁾

A través de la realización de la oferta real el deudor requiere al acreedor su cooperación en recibir la prestación debida, ya sea recibiendo el objeto debido si estamos ante una obligación de dar o de colaborar para que el deudor realice la conducta debida en obligaciones de hacer.

Es el artículo 889 del Código Procesal Civil el que regula lo referente a las ofertas reales. En dicho artículo se establece la necesidad de que el deudor previo al descargo de su obligación deba realizar ofertas reales.

(8) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 494.

(9) MONTERO PIÑA, *op. cit.*, pág. 194.

Dichas ofertas debe realizarlas un notario público y las mismas deben realizarse en el lugar designado para el cumplimiento o en su defecto en el domicilio del acreedor.

En caso de que se trate de obligaciones de pago en tratados será suficiente realizar la oferta real referente al primer pago.

El acta debe ser clara en el sentido de determinar el objeto debido (dinero, Alhajas, efectos de comercio, la cantidad, la calidad, etc.)

Además deben indicarse que las ofertas fueron reales, esto es que las cosas debidas efectivamente fueron llevadas ante el acreedor, le fueron mostradas y el deudor le hizo el ofrecimiento al acreedor de que las recibiera.

En caso de que el acreedor rehusare lo debido deberá consignarse en el acta tal circunstancia.

Si el acreedor no se encontrare en el lugar designado para el pago o en su domicilio ni tampoco se encontrare *mandatario* encargado de recibir el pago, entonces funcionario lo consignará en el acta y esto equivaldría a negativa del acreedor a recibir lo debido.

Es importante hacer notar que la ley señala expresamente que debe ser mandatario quien pueda recibir lo debido, es decir una persona con poder suficiente para recibir el pago, cualquier otra persona que pretenda recibir el pago no estará legitimada para hacerlo. Dentro de esa misma línea de pensamiento el artículo 766 del Código Civil nos indica: "El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a quien legiblemente represente sus *derechos*". No obstante todo lo anterior al artículo 767 del mismo cuerpo legal abre la posibilidad de que una persona no autorizada reciba el pago, si el pago al final le causa provecho al acreedor. Dicho artículo nos indica: "El pago hecho a una persona que lo ha recibido en nombre del acreedor sin estar autorizado para ello, es válido, si el acreedor lo ratifica o se aprovecha de él".

Si el acreedor acepta las ofertas reales el funcionario verificará el pago, previo la quitanza correspondiente. En buen lenguaje castellano quitanza significa finiquito, liberación o carta de pago que se da al deudor cuando paga.⁽¹⁰⁾

El acta de las ofertas deberá ser firmado por el funcionario y por el acreedor, a éste se le entregará una copia del acta. Si por cualquier

(10) *Diccionario de la lengua española*, pág. 1215.

causa el acreedor no firmare se deberá hacer constar en el acta debiendo el funcionario hacer que un testigo dé asistencia firme con él.

En caso de que el acreedor no estuviera presente se le dejará una copia siguiendo el procedimiento que para esos efectos señala la ley para las notificaciones, ver en sentido los artículos 2, 4, 5, 6, 7, 8 de la ley de Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales.

Si el acreedor no acepta las ofertas el deudor quisiera descargarse de la obligación a través del pago por consignación deberá proceder a solicitar el depósito judicial el cual deberá presentar ante el tribunal del lugar en que deba verificarse el pago (ver en ese sentido artículo 778 del Código Civil). Con base en la documentación el Tribunal ordenará el depósito en el establecimiento señalado por la ley para el efecto, o en persona de notorio abono que reúna las condiciones necesarias para ser depositario Judicial.

Es decir una vez realizada la oferta real el deudor solicitará ante el Tribunal que corresponda la consignación de la cosa debida y adjuntará al escrito respectivo el documento público en el cual constan las ofertas reales realizadas por el deudor al acreedor a través de notario público.

En caso de que el acreedor no aceptare las ofertas deberá mediante el proceso abreviado u ordinario impugnarlas. No obstante si existiere pendiente cualquier proceso sobre el cual se está discutiendo la validez de las mismas se hará en éste a través de la vía incidental. (ver artículo 463 del Código Procesal Civil).

Ver en ese sentido resolución del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, Nº 12 de las 13:55 hrs del 2 de enero. Ordinario de A.M.L. contra A.M.F.

IV. CASOS EN QUE NO ES NECESARIO REALIZAR OFERTAS REALES DE PAGO

No obstante ser requisito exigido expresamente por la ley la realización de las ofertas reales previas al pago por consignación existen algunas excepciones a dicha regla, las cuales comentaremos de seguido.

1. La situación regulada en el artículo 890 del CPC.
2. Acreedor Incierto o desconocido.

3. Acreedor incapaz sin tutor o Curador.
4. Casos que determine la Ley de Arrendamientos Urbanos.
5. Obligaciones Prendarias.

1. En relación con el artículo 890 del CPC

“Esta norma regula lo referente a la obligación de entregar una cosa cierta y determinada ya sea en el lugar en que ésta se encuentre o en otro lugar que no sea el domicilio del acreedor, en tal caso no es necesario la oferta real de pago, ya que si fuere en el domicilio del acreedor la oferta tendría que ser real. No es necesaria tampoco la oferta real en el caso de obligaciones de género u obligaciones que se encuentran determinadas únicamente en cuanto a su especie. No obstante lo anterior en el párrafo final del artículo 890 del CPC se determina que si la obligación de entrega ha de hacerse en el domicilio del acreedor la oferta también deberá ser real.

Sobre el presente caso, sin embargo, hay que aclarar que aunque la ley determine que no es necesaria la oferta real, es necesario sin embargo, que el funcionario haga la intimidación al acreedor para que ocurra a recibir lo que se le debe al lugar en el que haya de hacerse el pago, debiéndose expresar en el acta que al efecto levante el funcionario indicaciones precisas del objeto que forma parte de la prestación”.

En síntesis debemos decir que el artículo 890 del CPC regula un caso en que el deudor no está obligado a realizar oferta real en el sentido de presentar ante el acreedor la cosa debida, no obstante si debe realizarse oferta formal o intimidación al acreedor para que recoja la cosa en el lugar indicado.

2. Acreedor incierto o desconocido

El artículo 797 establece en su inciso 4 que el deudor tendrá derecho a depositar judicialmente la cosa cuando el acreedor fuere incierto o desconocido.

En este caso el deudor no está obligado a realizar la oferta real de pago previo al depósito.

La cuestión aquí determinante es preguntarnos cuándo estamos hablando de acreedor incierto o desconocido. Si dichas situaciones se refieren únicamente al deudor o tiene que ser una cuestión de índole objetiva.

Cada caso habrá que valorarlo el Juez de acuerdo a la prueba que se haga llegar al proceso sobre la situación de un acreedor incierto o desconocido.

Sobre el particular Lino Rodríguez manifiesta lo siguiente: Sin embargo, existen situaciones en las que puede realizarse la consignación sin este requisito previo del ofrecimiento de pago. Estas excepciones se regulan en el párrafo segundo del artículo 1176 del Código Civil Español equivalente salvo alguna variante como tendremos ocasión de ver al párrafo segundo del 1063 del Código Civil Panameño que dice: "*La consignación producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse o cuando varias personas pretendan derecho a cobrar, o cuando se le haya extraviado el título de la obligación o cuando el acreedor es desconocido*".⁽¹¹⁾

A mi juicio aunque no lo regula expresamente nuestro Código Civil podríamos estar ante un caso de acreedor incierto en el caso de *ausencia* en la cual el deudor se encuentra ante una situación de incerteza, claro está, en aquellas situaciones en las que no se ha nombrado Curador al ausente por cuanto en tal situación ya tendría quien lo represente. Ver artículos 67, 68 y siguientes del Código Civil.

Otra situación en la cual estamos ante un acreedor incierto o desconocido, la tenemos en aquellos casos en los cuales es dudoso el Derecho de Crédito del Acreedor por cuanto se presentan varias personas a reclamar la titularidad sobre el mismo crédito.

Según el artículo 895 del Código Procesal Civil nos indica que realizada la consignación en los casos mencionados se publicará en el boletín judicial el hecho de consignación a fin de que llegue a conocimiento de quien corresponda.

3. Caso de acreedor incapaz de recibirla, carente de tutor o curador

En el presente caso el concepto de acreedor incapaz es muy amplio pues no se refiere únicamente a los casos de menores de edad o discapacitados mentalmente como el retardado mental o el loco, a los

(11) *Op. cit.*, RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, pág. 451.

cuales se les haya nombrado tutor o curador respectivamente pues sería a ellos a los que habrá que hacerles las ofertas reales de pago, *se refiere a aquellos casos* en que el acreedor es incapaz de recibir la prestación ya se trate de menores de edad sin representante o incapaz mental sin curador debidamente nombrado. Ver artículos 175, 230 Código Familia sobre tutela y curatela.

También es importante destacar el artículo 768 del Código Civil el cual reza:

El pago hecho a un acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes, no es válido sino en cuanto le aprovecha.

“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, tienen impedimento legal para aceptar el pago, y por lo tanto el deudor que a ellos lo hiciera no quedaría descargado de su obligación a causa de nulidad del acto, pudiendo ser compelido a pagar de nuevo. No cabría esto, sin embargo, si el que paga demuestra que al interesado aprovechó el pago, quedando libre de la deuda en la medida en que el incapaz obtuvo beneficio”.⁽¹²⁾

En este caso la capacidad a que alude la ley es la capacidad de actuar y como sabemos esta se modifica por cuestiones de salud o por la edad, así un menor de edad o una persona incapaz mental tendría que tener representación *legal*. Ver en ese sentido artículo 36 y siguientes del Código Civil.

Según el artículo 895 del Código Procesal Civil una vez realizada la consignación, ésta se pondrá en conocimiento de la Procuraduría y del Patronato para nombrarle curador o tutor al menor o al incapacitado.

4. Pago de la renta en obligaciones amparadas en la ley de Arrendamiento Urbanos y Suburbanos

Es el artículo 66 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la que regula lo referente al depósito judicial del precio del arrendamiento sin necesidad de realizar oferta real de pago en los casos en que el arrendante no quiera recibirle el pago de la renta.

(12) BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.*, pág. 137.

No obstante son varios los requisitos señalados por la ley para que el depósito sea válido.

Debe ser realizado dentro del plazo de siete días naturales siguiente al vencimiento del respectivo período de pago. Ver artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En caso de que se realice fuera de dicho plazo cae el arrendatario en un incumplimiento definitivo y el acreedor (arrendante) podrá pedir la resolución del contrato (ver artículo 114 inciso A).

Algunos opinan que si el arrendatario paga fuera de los siete días señalados antes, cae en una situación de mora, es decir, en un atraso en el pago jurídicamente calificado, con las consecuencias legales del estado de mora, yo no considero dicho criterio acertado, pues de la lectura de los artículos 58, 66 en relación con el artículo 114 inciso a, la situación que se presenta es un incumplimiento definitivo de tal suerte que si el arrendatario paga fuera del término siempre sería desalojado, pues siempre incumplió con una de las obligaciones fundamentales del contrato de arrendamiento, el pago de la renta.

No nos encontramos ante un retardo jurídicamente calificado (mora) y donde eventualmente el deudor podrá cumplir la prestación.

El depósito deberá realizarse ante autoridad competente del lugar donde se encuentre situado el inmueble y en la boleta de depósito deberá indicarse el período del arrendamiento al cual corresponda el pago, dirección exacta del arrendador, ello para que el Tribunal pueda notificarle la existencia del depósito.

Sobre el particular el Juzgado Civil, Familiar y de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José resolvió en resolución dictada a las quince horas, seis minutos del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y siete lo siguiente:

“III. El segundo defecto de nulidad y motivo de apelación que se hizo al fallo es que la *a quo* incurrió en defecto de *ultra petita* por tener por perfeccionados hechos distintos a los expuestos por los actores cuando se refirieron al período y al estado de mora del apelante. En realidad es un argumento sin procedencia: nótese que si bien es cierto los actores dijeron que el señor Pacheco se hallaba en mora desde el 20 de octubre de 1995 y hasta la *fecha de la demanda (que al carecer de ella,*

se reputa como tal la de su presentación o sea el 15 de abril de 1955 según el recibo respectivo) ello en modo alguno se enfrenta a lo dicho en el fallo en el sentido de que los depósitos del demandado se hicieran contrariando lo regulado por el artículo 66 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. El Estado de mora en materia de desahucio tiene mucho que ver con la satisfacción a las exigencias del artículo 66. Para que el pago por consignación judicial del demandado hubiera tenido efecto liberatorio de la obligación a su cargo debió haber dado cumplimiento a las exigencias previstas por el citado ordinal 66. Sin embargo, de las copias de folios 15 a 19 con que fue acompañada la contestación a la demanda se echa de menos eso. Los depósitos solamente aluden al arrendante de la relación inquilinaria y aunque se hizo ante la autoridad judicial competente y se mencionó los períodos a cubrir con el pago, lo cierto es que se omitió un requisito esencial, es decir expresar la dirección exacta de la parte arrendante, a fin de que esa autoridad pueda dar cumplimiento a su parte según el artículo 66. Al no hacerse la consignación en la forma prevista por la ley (como lo aceptó el propio demandado en su libelo de folio 22) se incumplió con uno de los requisitos legales de validez y por lo tanto de eficacia para atribuirle poder liberatorio y considerar el pago como bueno. La norma del 66 es lo suficientemente clara al decir que para tener ese efecto y ser entonces válida la consignación de precio debe satisfacer las exigencias señaladas...”.

En el mismo sentido ver resolución de la entonces Alcaldía Civil y de Trabajo de Goicoechea de las once horas del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis.

5. Sobre Obligaciones Prendarias

En cuanto a las obligaciones nacidas del Contrato de Prenda el artículo 561 del Código de Comercio expresamente señala, que tratándose del pago de Obligaciones Prendarias el deudor no está obligado a realizar ofertas reales de pago.

El artículo en mención permite al deudor liberarse de la obligación y cancelar el gravamen prendario cuando lo desee siempre y cuando el pago se realice en el lugar que corresponda legalmente, se pague el importe total de la deuda e intereses y cualquier otro gasto o accesorio estipulados. Una vez realizado el pago el acreedor deberá entregar el documento debidamente cancelado. En caso de que el acreedor no quiera recibir el pago ni tampoco cancelar el documento, el deudor deberá consignar el pago ante el juez del domicilio del acreedor sin necesidad de realizar ofertas reales de pago.

El Tribunal Superior Primero Civil en resolución de las 8:30 hrs del 6 de junio en Consignación de Pago de M.C.M y otro señaló lo siguiente: “El artículo 562 del Código de Comercio establece el procedimiento a seguir cuando el deudor prendario consigna la suma adeudada y que garantizó con la prenda, resolviendo cada uno de los casos que puedan presentarse *si hay negativa del acreedor a recibir el pago que consignó el obligado o lo acepta. Si el acreedor acepta la consignación* y retira el dinero depositado el juez archiva el asunto, dándolo por terminado. Puede ocurrir que notificado de la consignación dentro del término que se le concede al acreedor no se opone ni contesta la audiencia. En este caso el Juez previo acuse de rebeldía ordenará la cancelación y en la misma resolución se hará haber al acreedor que la suma consignada queda depositada a su orden. Diferente es la situación cuando el acreedor se apersona en el expediente de consignación y se opone a la misma. Si así ocurre el juez remitirá a las partes el proceso declarativo y concede un plazo de treinta días al acreedor para que lo presente bajo apercibimiento de condenársele al pago de las costas, daños y perjuicios si no lo hiciera. También en este caso se cancelará la obligación prendaria. Por la trascendencia que tienen las prevenciones que se hagan al acreedor ante el depósito efectuado las mismas deben ser claras, expresas, lo que no hizo el juzgado en el pronunciamiento que nos ocupa. Ante esta situación considera el Tribunal prudente anular el auto (...en que se rechaza la gestión de consignación de pago)”. 1989 Tribunal Superior Civil número 854.

Según el artículo 896 del Código Procesal Civil una vez realizada la consignación el Juez la pondrá en conocimiento del acreedor por tres días, en tal caso puede ser que el acreedor la acepte o no se oponga, o simplemente no contesta la audiencia, en tal situación el Juez ordenará el giro correspondiente y entregará el título al deudor debidamente cancelado, si no se hubiese presentado el título el tribunal ordenará la cancelación por mandamiento.

No obstante si el acreedor se opusiera a la consignación deberá ventilar su oposición en juicio aplicándose lo establecido por el artículo 894 del Código Procesal Civil como ya observamos...

El Código en su artículo 896 remite al artículo 871 pero dicho artículo no tiene ninguna relación con la norma descrita, al realizarse reformas y correrse la numeración el legislador no previó que la relación es con el artículo 894 y no con el artículo 871 citado. En este caso la ley obliga al acreedor si se opone a la consignación a presentar la demanda

en el término de treinta días y si no lo hace, se procederá de acuerdo a lo indicado anteriormente en relación a la liberación del deudor y la cancelación del título y al acreedor se condenará al pago de los daños y perjuicios y costas causadas.

Ahora bien si la demanda la presenta dentro del término se le dará curso a la misma y se agregará el expediente de la consignación.

IV. EFECTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

Una vez realizada la consignación del pago, previa la oferta real en los casos en que es necesario realizarla, aquella se hará de conocimiento del acreedor quien tendrá la opción de aceptar lo consignado, en tal caso el juzgado ordenará girar la cosa consignada al acreedor.

El procedimiento del pago por consignación se encuentra regulado como actividad no contenciosa en el artículo 890 del CPC y es el artículo del mismo cuerpo legal el que regula la forma en que el actor o accionante deberá presentar las diligencias, todo en concordancia claro está con lo regulado por los demás artículos del CPC de los cuales se ha hecho mención anteriormente.

El accionante deberá acompañar con la solicitud dirigida al tribunal en la que se pretende el pago por consignación el testimonio de escritura donde se compruebe haber realizado a través de notario público las ofertas reales y cualquier otro documento que tenga relación con la consignación, como por ejemplo, depósito del dinero a la cuenta del juzgado competente si lo debido es una suma de dinero.

Si el acreedor no contesta el depósito o si lo hace, el mismo es confirmado por sentencia, la cosa quedará a riesgo del acreedor, quedando extinguida la obligación desde la fecha en que se efectuó el depósito. (ver artículo 799 Código Civil).

No obstante lo anterior si el depósito no ha sido aceptado por el acreedor o confirmado por sentencia el deudor tiene derecho si así lo confirma a retirar la cosa depositada.

El efecto principal de la consignación una vez confirmada por resolución judicial o aceptada *por el acreedor*, es la liberación total del deudor, además el despacho judicial deberá enviar a los registros

respectivos los mandamientos de cancelación de los gravámenes relativos a las obligaciones extinguidas o pagadas.

Otro efecto importante que se detalla en el artículo 799 del Código Civil es que una vez confirmado el depósito por resolución judicial, queda la casa depositada a riesgo del acreedor. (Efecto inmediato de la *Mora Accipiendi*). En este caso si estamos ante una obligación de dar y si la cosa perece estando en Mora el Acreedor la cosa perece para él, quedando el deudor liberado de entregar la tasa al acreedor. (ver en ese sentido el artículo 831, inciso dos del Código Civil).

Con la consignación realizada y aprobada judicialmente el deudor evita a su vez caer en *Mora Solvendi* y con ello evita los efectos gravosos que para él conlleva un estado de Morosidad. (ver artículo 831 y 832 del Código Civil.)

Los gastos del pago por consignación corren por cuenta del acreedor, salvo que existiendo oposición de éste, en sentencia se le haya dada la razón y haya declarado improcedente la consignación.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona Bosch. Tercera edición, 1975. Vol I, Tomo II.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de los Contratos Juricentros*. Primera edición, editorial Juricentro, 1985.

Código Procesal Civil de Costa Rica.

Código de Comercio de Costa Rica.

Código Civil de Costa Rica.

Código de Familia de Costa Rica.

Díez Picaso Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen Dos, Editorial Tecnos, Madrid.

Ley de Citaciones y Notificaciones de Costa Rica.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

MONTERO PIÑA, Fernando. *Obligaciones*, primera edición.

PUIG BROTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, tercera edición, 1975, Vol. I, Tomo II.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Ley General de los Arrendamientos Urbanos y Suburbanos*. Ediciones Jurídicas Arete.

Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia. Año XIII, número 42, San José, Costa Rica.

RODRÍGUEZ, Lino. *Derecho de Obligaciones*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.

**EL CRITERIO O PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA
EN EL CONTEXTO DE LAS MEDIDAS SANITARIAS
Y FITOSANITARIAS^(*)**

Licda. Marlen León G.^()*

^(*) Especialista en Derecho Alimentario.
correo electrónico: marlenleon@costarricense.cr

SUMARIO:

Parte I: Nociones Generales

- I. Justificación Normativa
- II. Concepto de equivalencia
- III. Elementos del Criterio de Equivalencia
 - a. Nivel Adecuado de Protección
 - b. Análisis de Riesgo
 - c. Acceso a la información.
 - d. Heterogeneidad de las metodologías, igualdad en el resultado

Parte II: Aplicación del Criterio o Principio de Equivalencia

- I. Objeto del criterio de equivalencia
 - a. Equivalencia de las medidas sanitarias o fitosanitarias
 - b. Equivalencia de los sistemas de control e inspección
- II. Implementación del criterio de Equivalencia
 - a. Información y Transparencia
 - b. Desarrollo de la infraestructura
- III. Conclusiones

PARTE I: NOCIONES GENERALES

I. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, aprobado por la República de Costa Rica, mediante ley número 7475 del 26 de Diciembre de 1994, incorporó a la legislación costarricense un documento de gran importancia y que ha tenido un escaso desarrollo jurídico.

Este Acuerdo (en adelante denominado SPS) se desarrolla en el contexto del comercio internacional, contemplando criterios esenciales, tales como:

- No discriminación arbitraria
- Protección de la vida y la salud humana
- Protección de la salud animal
- Protección de la sanidad vegetal
- Utilización de criterios científicos
- Definición de un nivel adecuado de protección
- Evaluación del riesgo

Si bien, lo anterior solo muestra una parte de los diferentes parámetros que deben ser tomados en cuenta para la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias de un Estado, son quizás los que requieren de principal atención en cuanto al tema que abordamos.

Las medidas sanitarias y fitosanitarias, se desdoblán en dos aspectos esenciales: el primero de ellos, relacionado con los requisitos de ingreso al mercado (condiciones definidas por el importador) y en segundo lugar con la verificación del efectivo cumplimiento de las mismas. Es en éste último sentido, en que principalmente se debe considerar la aplicación de un criterio de equivalencia.

La equivalencia está contemplada en el SPS, en el artículo cuarto, que expresamente indica:

“1. Los Miembros aceptarán como equivalente las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aún cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el miembro exportador demuestra objetivamente al Miembro importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador. A tales efectos, se facilitará al Miembro importador que lo solicite un acceso

razonable para inspecciones, pruebas y demás procedimientos pertinentes.

2. Los Miembros entablarán, cuando reciban una solicitud a tales efectos, consultas encaminadas a la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales de reconocimiento de equivalencia de medidas sanitarias o fitosanitarias concretas”.⁽¹⁾

Lo anterior, nos permite apreciar la doble perspectiva que presenta la equivalencia:

- Por un lado el papel del importador se enmarca en el sentido de poseer medidas sanitarias adecuadas para proteger la vida o la salud de las personas, animales o preservar los vegetales.
- Por otro, el país exportador puede contar con medidas sanitarias, incluso diferentes, pero que logren alcanzar el nivel adecuado de protección del país importador.

Es importante subrayar que en razón del Principio de Trato Nacional, el país importador está en la obligación de tratar como nacionales, los productos extranjeros, por lo que no es posible que exija a los segundos, una medida sanitaria, fitosanitaria o un nivel de protección determinado, si los nacionales no la cumplen o bien se carece de la misma.

Por otra parte, el criterio de equivalencia, encierra una idea central, que se plantea como medio para obtener resultados homogéneos indistintamente de las metodologías utilizadas.

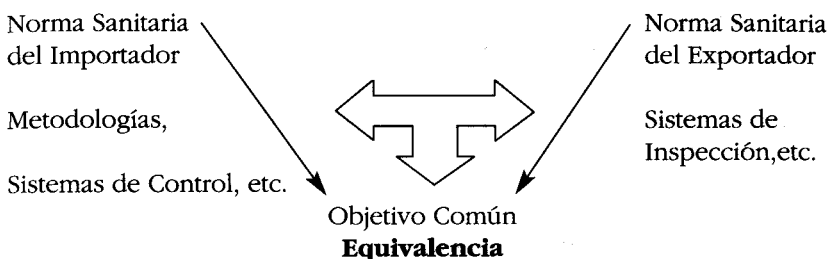
II. CONCEPTO DE EQUIVALENCIA

La equivalencia ha sido confundida frecuentemente con “similitud”, lo cual es incorrecto, pues si se considera aplicar la equivalencia exigiendo a un país una medida muy parecida o idéntica a la nacional, se está creando un obstáculo lejos de eliminarlo.

(1) Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, en *Código Alimentario*, recopilado por Hugo Alfonso Muñoz Ureña. Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001.

El concepto de equivalencia puede ser definido como el criterio de correspondencia que se aplica en una relación comercial, a las medidas o a los medios utilizados para alcanzar el objetivo de normas sanitarias o fitosanitarias. Dicha correspondencia se manifiesta por medio de la igualdad en la eficacia de los resultados.

Lo anterior puede ser analizado gráficamente de la siguiente manera:



La relación comercial que analizamos, se caracteriza por prescindir de una taxatividad en la definición de esos medios y por la necesidad de realizar un estudio de los mismos para determinar si son idóneos para cumplir con el objetivo final, sea un nivel adecuado de protección relacionado a un riesgo, indicado en la norma sanitaria o fitosanitaria.

Puede adquirir formas muy diferentes, desde la aceptación de la equivalencia de unas medidas sanitarias y fitosanitarias concretas, hasta acuerdos formales sobre el conjunto del sistema o de gran alcance.

Cuanto más amplio es el acuerdo sobre equivalencia, más difícil puede resultar concertarlo.

III. ELEMENTOS DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA

El criterio de equivalencia, busca cumplir una finalidad práctica: la simplificación de procedimientos. La gran mayoría de nuestros países tienen controles que satisfacen, no solo las reglamentaciones nacionales, sino también las internacionales, por la sencilla razón de interactuar en un mercado heterogéneo que exige una gran cantidad de condiciones. Ésta situación, hace que tengamos la necesidad de buscar los medios para simplificar al máximo los requisitos que puedan representar un obstáculo y con más razón aún cuando se cumple con el mismo objetivo: proteger la salud de los consumidores, la salud animal y la sanidad vegetal.

Por medio del criterio de equivalencia, es posible que dos o más socios comerciales, determinen que las medidas sanitarias o fitosanitarias que establecen sobre un producto determinado, cumplen con el mismo objetivo, aunque las metodologías sean diferentes.

Dentro de los elementos del criterio de equivalencia es posible distinguir:

- Determinación del nivel adecuado de protección
- Análisis de riesgo
- Acceso a la información
- Heterogeneidad de las metodologías
- Cumplimiento del objetivo común de la norma sanitaria o fitosanitaria

a. Nivel Adecuado de Protección

El SPS, define en el Anexo A, párrafo 5, que el Nivel Adecuado de Protección es, “aquel en que se basa un país Miembro cuando establece una medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida y la salud humana, animal o la sanidad vegetal dentro de su territorio”.

Sin embargo, ésta definición, más que indicar qué es, nos señala para qué sirve. Por esto, es necesario plantearlo en términos sencillos: el nivel adecuado de protección, es el parámetro que indica la inocuidad de un producto, sea, el nivel de riesgo a partir del cual es seguro y no produce daños a la salud de quienes lo consuman. A veces, es un criterio objetivo, (algunos países como Argentina definen esto como “Inocuidad Objetiva”) es decir, se encuentra establecido por una norma específica, por ejemplo un límite máximo de residuos (LMR) de plaguicidas en un producto determinado, señalado por la normativa del Codex Alimentarius. Otras veces, en su mayoría de los casos, éste parámetro no está de indicado, pues existe una imposibilidad material de determinar el nivel adecuado de protección de la gran cantidad de productos que existen en el mercado. Ello que representa un reto para las autoridades sanitarias encargadas de definir los niveles adecuados de protección.

Es importante destacar que siempre va a existir riesgo (no es posible hablar de riesgo cero), lo que se busca al definir un nivel adecuado de protección, es que sea el mínimo tolerado por el ser humano.

Se ha discutido mucho acerca de la obligatoriedad de definir el nivel adecuado de protección de una medida sanitaria o fitosanitaria. Por un lado encontramos que el Miembro cuenta con la soberanía ilimitada para determinar cuáles normas adopta como obligatorias, sin embargo, por otra parte, limita esa potestad soberana al cumplimiento de las condiciones que ha aceptado en los instrumentos internacionales.

Al respecto, en el caso sobre Salmón, el Órgano de Apelaciones de la OMC señaló que: “ la determinación del nivel apropiado de protección es una prerrogativa del Miembro interesado y no hay obligación de determinar el nivel apropiado de protección en términos cuantitativos”. El Órgano de Apelación continuó diciendo: “... lo que no quiere decir, no obstante, que un Miembro importador pueda determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, como el párrafo 6 del artículo 5, resulte imposible.”⁽²⁾

Lo anterior, permite concluir que el nivel adecuado de protección puede definirse tanto cuantitativa como cualitativamente, pero siempre debe estar incluido en la norma sanitaria y/o fitosanitaria, pues de lo contrario ésta podría resultar injustificada.

b. Análisis de Riesgo

El medio indicado por el SPS para definir el nivel adecuado de protección es el Análisis de Riesgo. Al igual que la equivalencia y el nivel adecuado de protección, encuentra su fundamento normativo en el SPS, concretamente en el artículo quinto. Sin embargo, en éste numeral se hace referencia a una de las tres fases de éste proceso, que a saber son: Evaluación de Riesgo, Gestión del Riesgo y Comunicación del Riesgo.⁽³⁾ La evaluación del riesgo, permite determinar el nivel adecuado de protección, pero la gestión y la comunicación del mismo, cumplen aún una función más importante: promover el control sobre los riesgos identificados mediante éste análisis.

(2) Organización Mundial del Comercio. *Comunicación sobre el caso del Salmón*. (WT/DS18/AB/R, párrafos 199 y 206).

(3) León G, Marlen. *Análisis de Riesgo Alimentario*. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica, Mayo 2001, pág. 53.).

La identificación del nivel adecuado de protección, permite aplicar el criterio de equivalencia de una medida, fundamentándose en un estudio objetivo, (ya sea que el análisis de riesgo haya sido cuantitativo, cualitativo o ambos). Éste fundamento brinda a los socios comerciales mayor seguridad y respaldo sobre las medidas que pretenden considerar como equivalentes, máxime cuando se llega a concluir –por medio del Análisis de Riesgo–, que la medida en estudio permite obtener un nivel de protección semejante en ambos países. Como resultado será posible determinar la norma como equivalente.

c. Acceso a la información

La transparencia aparece como un principio en el comercio internacional que facilita a las partes el intercambio de información para llevar a cabo una mejor actividad comercial. En la medida en que las partes suministren recíprocamente la mayor cantidad de información relacionada con los requisitos, controles, inspección, certificación y legislación entre otros, va a ser más fácil para las autoridades correspondientes la evaluación de las medidas sanitarias o fitosanitarias del socio, lo que puede concluir en un acuerdo de equivalencia.

d. Heterogeneidad de las metodologías, igualdad en el resultado

Los diferentes socios comerciales difieren no solo en los productos que intercambian, sino también en costumbres comerciales internas, y por tanto las medidas que adoptan son también heterogéneas.

Dada la realidad de nuestros mercados, se hace cada vez más necesario encontrar los medios que faciliten el comercio sin maximizar las trabas burocráticas que ya existen en los sistemas.

Las experiencias de diferentes países en la implementación del criterio de equivalencia, nos permite apreciar que la variedad de hábitos alimentarios puede ampliar el modo de lograr la equivalencia y contribuir al comercio internacional, lejos de constituir una traba en sí misma.

Países como Japón,⁽⁴⁾ Nueva Zelanda,⁽⁵⁾ Fiji,⁽⁶⁾ Tailandia,⁽⁷⁾ entre otros han mostrado que la aplicación de la equivalencia facilita el comercio internacional de bienes, especialmente de productos alimenticios, indistintamente de los medios por los que sea posible lograr la equivalencia de los niveles de protección adecuados.

(4) *“Además del caso de los productos cárnicos tratados térmicamente, aceptamos la equivalencia de medidas para las carnes elaboradas, con inclusión, entre otros, del jamón no tratado térmicamente, sobre la base de la información de que un tratamiento de curación prolongada puede lograr el mismo nivel de protección que la esterilización en agua caliente. Japón está prestando asistencia técnica a nivel bilateral a uno de los países en desarrollo, a través del programa del Organismo de Cooperación Internacional del Japón, con miras a demostrar que el método de elaboración consistente en freír en aceite puede lograr el mismo nivel de protección que los establecidos por el Gobierno del Japón, sobre la base de la solicitud del gobierno del país.” OMC, Experiencia sobre la Equivalencia en el ámbito de las medidas sanitarias y fitosanitarias. Comunicación del Japón. G/GEN/SPS/261, del 5 de julio del 2001. El subrayado no es del original.*

(5) *Aceptación del tratamiento con aire a presión a temperatura alta como tratamiento eficaz de desinfección para la mosca de la fruta.*
En 1994 las modificaciones introducidas en la normativa de Nueva Zelanda con respecto al límite máximo de residuos para el dibromuro de etileno (EDB), eliminaron de hecho a este producto de fumigación como un tratamiento viable para la desinfección posteriormente a la cosecha la mosca de la fruta. La falta de un tratamiento con EDB trajo como consecuencia el cese de las importaciones de mangos, papayas y berenjenas procedentes de varios países del Pacífico Sur y activó la búsqueda de un tratamiento de desinfección alternativo para la mosca de la fruta. Con financiamiento del Programa de Ayuda Exterior de Nueva Zelanda, un instituto gubernamental de investigación realizó una investigación exhaustiva para demostrar la eficacia del tratamiento con aire a presión a temperatura alta como tratamiento de desinfección alternativo para una serie de especies de mosca de la fruta del Pacífico Sur. *Esta investigación llevó a la aprobación del empleo del tratamiento con aire a presión a temperatura alta en varios países en diversos cultivos hospederos de determinadas especies de mosca de la fruta, antes de su exportación a Nueva Zelanda.*

Aceptación de una “ventana de invierno” para las cucurbitáceas importadas de Australia

“Se ha admitido el establecimiento de un período invernal de importación (del 1º de mayo al 30 de septiembre de cada año) como equivalente a un

En la comunicación suministrada por Nueva Zelanda sobre el tema, describió ejemplos de reconocimiento de la equivalencia en un nivel muy específico, en relación con la equivalencia de medidas sanitarias y fitosanitarias concretas para un vector específico de plagas. Por su parte, Argentina trató el tema de la equivalencia de forma más general señalando la necesidad de una coordinación y de un planteamiento pragmático en la negociación de acuerdos de equivalencia. Australia comunicó que reconocía la equivalencia de los métodos de producción suizos para determinados quesos duros con los requisitos de pasteurización que comportan. Tailandia informó de un acuerdo sobre los procedimientos de control e inspección del pescado firmado con el Canadá.⁽⁸⁾

baño antiparasitario posterior a la cosecha y ha eliminado la obligatoriedad de ese tratamiento durante esos meses de invierno (en el hemisferio sur). *OMC, Experiencia de la Equivalencia en Medidas Fitosanitarias, Comunicación de Nueva Zelanda, G/GEN/SPS/232*, del 28 de febrero del 2001. El destacado en cursiva no es del original.

- (6) Fiji muestra al menos dos casos en los que la experiencia obtenida al plantear la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias ha sido positiva. El primero de ellos es la utilización de tratamiento con aire a presión a temperatura alta como medida cuarentenaria para productos exportados a Nueva Zelanda.

De igual forma, se ha considerado como equivalente el certificado expedido por las autoridades de Fiji, que garantiza la extracción del producto marino de las aguas de ese país, del tal manera las autoridades japonesas se aseguran de que el pescado ingresado, no es obtenido de aguas cuyos niveles de mercurio son sumamente altos.

Sin embargo, en el primer caso, la misma medida no fue aceptada por el gobierno australiano, por lo que existen productos tales como el mango que su ingreso a ese mercado se encuentra limitado. Ver en este sentido, *OMC, Experiencia en materia de Equivalencia, Comunicación de Fiji, G/GEN/SPS/ 238*, del 13 de marzo del 2001.

- (7) Tailandia ha establecido un Acuerdo sobre Equivalencia de la Inspección y Sistemas de Control del Pescado con el Gobierno de Canadá. Este es un ejemplo de lo mencionado en el artículo cuarto inciso segundo del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Ver en este sentido, *OMC, Experiencia en el reconocimiento de la equivalencia, Comunicación de Tailandia, G/GEN/SPS/242*, del 6 de abril del 2001.
- (8) *Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. G/SPS/GEN/243, G/SPS/GEN/238, G/SPS/GEN/232, G/SPS/GEN/242*. Comunicaciones de Australia, Fiji, Nueva Zelanda, Tailandia. Disponibles en www.wto.org.

De las experiencias comunicadas por estos países se extrae una idea fundamental: *el concepto de equivalencia busca que la medida sanitaria o fitosanitaria asegure el nivel adecuado de protección que solicita el importador, es decir, se refiere al resultado, no al método para obtenerlo.*

Por otra parte expone que la transparencia en la información es una herramienta indispensable en éste sentido.

PARTE II: APLICACIÓN DEL CRITERIO O PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

I. OBJETO DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA

En la discusión internacional sobre la equivalencia, es posible distinguir entre diferentes objetos que fomentan el foro: la equivalencia de las medidas sanitarias, de los sistemas de control e inspección, de los productos, de los componentes, entre otros. Por razones de conveniencia nos detendremos a comentar los primeros dos aspectos.

En los debates relacionados con el tema, desarrollados en la OMC,⁽⁹⁾ los Miembros reconocieron que había diversos niveles de equivalencia entre los que se contaban: i) acuerdos formales en los que se reconocía la equivalencia de los sistemas sanitarios y fitosanitarios; ii) acuerdos de equivalencia para productos específicos y iii) aceptación con carácter *ad hoc* de la equivalencia de aspectos técnicos específicos de determinadas medidas sanitarias y fitosanitarias. También se consideró la equivalencia para: iv) los sistemas de inspección y control, las técnicas de procesamiento y v) las normas de productos.⁽¹⁰⁾

a. Equivalencia de las medidas sanitarias o fitosanitarias

El SPS se refiere explícitamente a la equivalencia de las medidas, sin entrar a distinguir otros objetos posibles de equivalencia.

(9) Si bien Costa Rica forma parte de la OMC, a la fecha no ha comunicado oficialmente experiencias sobre éste tema, aunque las autoridades fitosanitarias y zoonosanitarias si lo han aplicado en algunos casos.

(10) *Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*. Debates de los meses de noviembre y diciembre del año 2000, ver en este sentido, www.wto.org.

Por ello es necesario recordar el doble sentido de éstas medidas: el primero de ellos, relacionado con los requisitos de ingreso al mercado (que podemos entender como la medida por aplicar) y en segundo lugar, con la verificación del efectivo cumplimiento de la misma, (que comprende la utilización de diversos sistemas o metodologías, lo que varía razonablemente según el nivel de desarrollo en la materia que tenga el país).

La medida puede ser determinada como equivalente, según lo consideren las autoridades involucradas en el proceso de negociación de la norma y las que tienen a su cargo la aplicación de la misma, lo que sugiere una necesaria coordinación. No se puede olvidar que la norma contiene un aspecto abstracto que debe estar en íntima relación con su aplicación práctica.

En síntesis, la medida sanitaria o fitosanitaria puede ser considerada como equivalente, ya sea de forma concreta o mediante la formulación de un acuerdo que comprenda una serie de medidas, pero debe tenerse claro que éstas necesariamente comprenderán mecanismos para su verificación.

Por lo anterior, debe considerarse la posibilidad que las medidas sanitarias o fitosanitarias negociada entre los países sea "equivalente", pero los mecanismos de verificación no lo sean, por lo que deberá implementarse la equivalencia de los mismos de manera separada.

b. Equivalencia de los sistemas de control e inspección

La equivalencia en los sistemas de control e inspección, es una muestra del objetivo final de éste criterio o principio: lograr el mismo resultado (nivel adecuado de protección similar), pese a la utilización de métodos diferentes. Ello nos permite, además de un mejor tráfico comercial, garantizar al consumidor el cumplimiento de las medidas sanitarias o fitosanitarias establecidas, para proteger su salud.

Si bien el costo de la negociación de un acuerdo de equivalencia o la realización del análisis de riesgo necesario puede representar un gasto no contemplado ordinariamente por el gobierno o por el exportador, al ponderar la relación costo/beneficio de aplicar el criterio o principio de equivalencia podemos enumerar algunas de las ventajas que presenta: la agilización de éstos procesos, ahorro de tiempo,

disminución de los cargos por concepto de almacenaje (en los casos en que se detiene la mercadería para efectuar la inspección de rutina), disminución de los gastos administrativos de ambas partes, etc.

La equivalencia de los sistemas de control, inspección y certificación, requieren de una necesaria coordinación con la norma sanitaria o fitosanitaria que verifican, de tal manera que sea posible realizar un efectivo control.

II. IMPLEMENTACIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA

En el foro internacional en que se discute sobre la aplicación del criterio o principio de equivalencia, se han planteado gran cantidad de parámetros para determinar su implementación.

Dentro de los aspectos esenciales considerados para lograrlo es posible señalar:

- Información y Transparencia
- Desarrollo de infraestructura

a. Información y Transparencia

El suministro de información acerca de las medidas sanitarias o fitosanitarias y de los sistemas de control de las mismas, que puedan brindar las partes, así como la transparencia en los mecanismos de información, son herramientas indispensables para determinar la equivalencia.

En este sentido la OMC e instituciones regionales y nacionales, como el Instituto Interamericano de Cooperación Agrícola y el Ministerio de Agricultura y Ganadería han fomentado la comunicación y el intercambio de datos relacionados con éstos temas, sin dejar de lado la cooperación técnica cuyo principal aporte se manifiesta por medio del suministro de información.

b. Desarrollo de la infraestructura

Éste es quizás, uno de los puntos controversiales que se discuten con respecto al costo-beneficio de la implementación de la equivalencia, ya que son las partes interesadas las que tienen que asumir el costo administrativo.

Sin embargo, la implementación de la equivalencia permite obtener beneficios muy apreciados, principalmente por el pequeño y mediano productor, como: el ahorro de tiempo, la simplificación de procedimientos y sobre todo una agilización de la actividad comercial.

El desarrollo de la infraestructura es esencial, sobre todo si se quiere desarrollar la equivalencia a nivel de acuerdos. Sin embargo, este desarrollo debe ser gradual en virtud de las limitaciones económicas y técnicas que tenemos algunos países, de manera tal que la infraestructura avance de la mano con el conocimiento y empleo práctico de la equivalencia.

Este aspecto no debe ser un condicionante para el desenvolvimiento de la equivalencia. Los acuerdos de equivalencia no son una condición necesaria para obtener acceso al mercado de otro país, y recurrir a otras disposiciones del Acuerdo MSF antes de formular una solicitud de consultas formales sobre equivalencia puede producir beneficios en un plazo más corto.

III. CONCLUSIONES

I. La equivalencia puede ser definida como el criterio de correspondencia que se aplica, entre las medidas o a los medios utilizados y el objetivo principal de la norma sanitaria o fitosanitaria, prevaleciendo el interés de lograr el último, determinando la efectividad de los primeros en ese sentido.

II. El concepto de equivalencia se refiere a los resultados, no a los medios utilizados para obtenerlos.

III. En el presente estudio se ha determinado que los elementos del criterio de equivalencia son: el nivel adecuado de protección, análisis de riesgos, información y transparencia, heterogeneidad y cumplimiento de un objetivo común.

Éstos interactúan de manera conjunta para facilitar a los operadores en la materia, la determinación de cuáles aspectos deben ser tomados como base para la aplicación del criterio de equivalencia.

IV. El desarrollo de medios reales para la determinación de los riesgos es un factor esencial para solucionar el problema de las normas

de los países comerciantes al tratar de definir un punto determinado de inocuidad o bien un nivel adecuado de protección y posteriormente para aplicar un criterio de equivalencia.

V. Se ha discutido en el foro internacional, la facilidad que presenta la delimitación de inocuidad objetiva, sin embargo esto ocurre en muy pocos casos por lo que siempre se debe recurrir a la definición de un nivel adecuado de protección.

VI. El objeto de aplicación de un criterio o principio de equivalencia puede variar según el desarrollo técnico y económico del país, de ésta manera es posible encontrar múltiples objetos de aplicación: medidas sanitarias, sistemas de control e inspección, productos, componentes, etc.

VII. La implementación de la equivalencia (información, desarrollo de infraestructura, cooperación técnica) es un proceso gradual, que debe desarrollarse según sean las necesidades del país, conforme a los medios que posea e iniciarse con la aplicación de la equivalencia a nivel técnico, hasta llegar a la implementación de acuerdos de equivalencia.

VIII. El desarrollo de la infraestructura no debe ser un obstáculo para lograr la implementación de la equivalencia, pues no debe ser visto como un requisito, sino más bien como un medio que se desarrolla conjuntamente con los aspectos técnicos y económicos con que cuenta el país.

IX. Algunas de las opciones posibles para lograr la implementación de la equivalencia puede ser el otorgamiento de permisos a todos los productores nacionales o extranjeros que estén en condiciones de demostrar que el uso de un sistema o medida provee un nivel adecuado de protección.

X. Por otra parte, se puede implementar a nivel técnico, sin entrar a concertar Acuerdos de Equivalencia, con la finalidad de analizar el desarrollo gradual de las autoridades sanitarias en éste sentido.

XI. Si se quiere trabajar como región, es muy útil aplicar criterios de equivalencia, pues las medidas sanitarias y fitosanitarias carecen de fronteras y la vigilancia de la salud de las personas, los animales y la sanidad vegetal es un asunto que debe ser abordado en conjunto.

**LIMITES Y ALCANCES DE LA INTERVENCION ESTATAL
EN LA ECONOMIA COSTARRICENSE:
UN ANALISIS DEL PARRAFO 1º DEL ARTICULO 50
DE LA CONSTITUCION POLITICA**

Máster Marianella Alvarez Molina

Abogada costarricense

SUMARIO:

Introducción

1. El párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política: ¿medio para garantizar el régimen de libertad económica consagrado en nuestra Constitución, o autorización para que el Estado intervenga ampliamente en dicho ámbito?
 - 1.a. El contenido programático del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución
2. Diversas manifestaciones del intervencionismo económico del Estado en nuestro medio. Posición de la Jurisprudencia Constitucional
 - 2.a. El estímulo a la producción: fomento o distorsión de las reglas del mercado
 - 2.b. La organización de la producción: alcances y límites a esa potestad. Los procesos de privatización como alternativa para reformar al Estado Interventor
 - 2.c. El adecuado reparto de la riqueza: la justicia tributaria como fundamento de la justicia distributiva

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La esencia de la Constitución Política está determinada por un conjunto de valores y principios que constituyen el sustento elegido por una comunidad, a fin de estructurar el modelo organizativo que regirá las diversas manifestaciones del quehacer social.

En nuestro país, el texto constitucional toma como base el régimen de libertad para definir el sistema político, jurídico y económico que rige a esta sociedad, el cual posee tres manifestaciones inequívocas: la democracia, el Estado de Derecho y la economía de mercado.

Es indispensable que el Estado y los particulares tengan siempre en consideración, cuál es la esencia misma que orienta el contenido de las normas constitucionales, pues de lo contrario, no sólo se desnaturalizaría el verdadero sentido de las mismas, sino que además, se causaría un menoscabo a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de la solidaridad, que fueron consagrados en ese texto, como un medio a través de los que el hombre puede alcanzar su felicidad y bienestar.

Con base en estas consideraciones, se tratará de determinar si el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, es compatible o no con un sistema económico que tiene como sustento el régimen de libertad y por ende, cuáles son sus verdaderos alcances.

Todo ello va dirigido en última instancia, a determinar si el Estado debe intervenir o no en la economía, cuáles son los límites que debe observar para tal efecto, y cómo el hecho de no hacerlo puede provocar el desconocimiento y el irrespeto de las libertades económicas de los individuos, y en consecuencia, de los demás derechos fundamentales que le son inherentes.

LIMITES Y ALCANCES DE LA INTERVENCION ESTATAL EN LA ECONOMIA COSTARRICENSE: UN ANALISIS DEL PARRAFO 1º DEL ARTICULO 50 DE LA CONSTITUCION POLITICA

1. El párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política: ¿medio para garantizar el régimen de libertad económica consagrado en nuestra Constitución, o autorización para que el Estado intervenga ampliamente en dicho ámbito?

Resulta a simple vista contradictorio e incompatible con el régimen de las libertades económicas previsto en nuestro texto constitucional, que el constituyente haya incluido una norma que le impone al Estado procurar por el mayor bienestar de todos los habitantes de la República, mediante el estímulo y la organización de los procesos productivos, y del más adecuado reparto de la riqueza. No obstante, esa intervención del Estado no puede implicar una sustitución de la voluntad del particular, tanto sobre lo qué desea producir y a través de qué medios va a hacerlo, como sobre lo que desea comprar y a qué precio, pues ello desnaturalizaría el contenido esencial de los derechos de propiedad privada, de libre empresa, de contratación, de trabajo y de libre elección por parte de los consumidores.

Antes de comenzar el análisis de fondo de esta norma, cabe señalar cuáles son sus antecedentes históricos, los que nos ayudarán a determinar que se trató de perseguir —consciente o inconscientemente— al incluirla en el texto constitucional. En ese sentido, aunque la primera versión de este artículo fue introducida a la Constitución Política de 1871, como parte del Capítulo de Garantías Sociales, impulsado por el Doctor Rafael Angel Calderón Guardia en 1943⁽¹⁾; resulta increíble constatar de las actas de la Constituyente de 1949, que un “...precepto tan decisivo para definir la posición del Estado costarricense ante la economía

(1) El Doctor Calderón Guardia justificó la inclusión de este artículo, en el hecho de que esa norma era “...la base del nuevo concepto del Estado, que ya no puede limitar su acción a una gestión administrativa, pura y simple, ni a permitir el libre juego de factores que no pueden vivir ni progresar sin un cabal ordenamiento de los mismos. La armonía social, exige, antes que la abierta competencia de las grandes fuerzas económicas, la intervención del Estado a fin de evitar que una se impongan sobre otras, con detrimento del tranquilo desarrollo de la colectividad...” CASTILLO VIQUEZ, Fernando. *Elementos Económicos en la Constitución Política*, San José, Juritexto, 1992, pág. 106.

nacional haya nacido de una discusión sobre el futuro “status” de los hijos ilegítimos y de la familia frente al Estado y a la sociedad en general. El constituyente Fernando Vargas Fernández propuso la norma –que resultó aprobada en entera conformidad con su moción– para zanjar una discusión que se había planteado sobre la forma mejor de consagrar los deberes de asistencia del Estado para con la madre, el niño y la familia, sobre la aparente suposición de que, una vez dicho que el Estado debe procurar el bienestar de todos los habitantes de la República, luciría aún más justo y necesario, por mayoría de razón, el darle énfasis a su deber de protección para con la familia, la cual la misma Constituyente erigió en orden y base de la sociedad (Art. 51). Sólo hubo un atisbo de la importancia de la norma para definir el tipo de Estado que se intentaba crear ante la sociedad y la vida económica, cuando el constituyente Juan Trejos Quirós, según lo dicen el acta respectiva y su única nota a pie de página, condicionó su voto a favor de la moción de Vargas Fernández –cuyo texto es, como se dijo, el mismo que el actual Art 50– a que en lugar de “organizando”, se dijera “orientando”, lo que fue rechazado, pese a la advertencia del dicho representante en el sentido de que emplear el vocablo “organizando” en el contexto de la norma “significa una interferencia del Estado en las actividades particulares y una desconfianza en la iniciativa privada” (Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1955, Tomo II, Acta No. 115, pág. 567 y nota al pie, ...). Todavía más: el Art. 50 se adoptó después –aunque no con motivo– de una violenta polémica alrededor del Art. 59 del Anteproyecto de Constitución presentado a la Constituyente por la Junta Fundadora Revolucionaria del Gobierno de ese año (accedida violentamente al poder, bajo la presidencia y jefatura de José Figueres Ferrer), polémica que terminó con el rechazo de la norma propuesta, la cual llegó a calificarse como contraria a la “idiosincracia” (sic) del pueblo costarricense”.⁽²⁾

(2) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Propiedad, Empresa e Intervención*, **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, No. 35, mayo-agosto de 1978, pág. 166, citado por: CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Op. cit.*, pág. 108.// Cabe señalar que el texto del artículo 59 del proyecto de Constitución Política, presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República, indicaba: “Artículo 59.- El Estado orientará la economía nacional en beneficio de la colectividad tratando de asegurarle a cada actividad económica los medios adecuados para incrementar la riqueza y hacerla accesible al pueblo. Son de utilidad pública la producción y la distribución de los artículos de primera necesidad”.

Aunque la intención del constituyente de 1949, no era la de regular –en apariencia– la forma en que el Estado podría intervenir en el ámbito de la economía costarricense –lo que se desprende de la cita que antecede–, lo cierto es, que introdujo una norma que le impone a los órganos y entes estatales, el cumplimiento de determinados comportamientos y directrices en materia económica, a saber: que desarrollen la economía sin absorberla, en otras palabras, que el Estado se convierta en “...un verdadero promotor, protector, y guía del cumplimiento de los derechos económicos, sin que ello implique que sea el encargado directo de proveer y suministrar todas las decisiones y los recursos para el cumplimiento de esos derechos”.⁽³⁾

Ello nos lleva a preguntarnos: dada la naturaleza programática del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, es posible que los particulares demandan el cumplimiento de ese precepto por parte del Estado, o simplemente, se reduce a una mera enunciación de principios, sin que en la práctica se pueda alegar su obligatoriedad?

1.a. El contenido programático del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución.

Tradicionalmente se ha considerado que las normas programáticas, son aquellas que le imponen al Estado una serie de comportamientos y directrices que deberán seguir en una materia determinada, sin otorgar un verdadero derecho subjetivo a los posibles beneficiarios de esas directrices o comportamientos, sino a lo sumo, una especie de una expectativa de derecho, pues usualmente la ejecución de las mismas depende de que el Estado cuente con los medios económicos suficientes para desarrollarlas. Esta es la posición que sigue la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la naturaleza y alcances del artículo 50 en estudio, consideró que:

“...viene a ser un ideal de organización económica expresado mediante una norma programática afin con el orden público económico, pero no otorga derecho subjetivo alguno al particular. De suerte que si no hay derecho subjetivo digno de

(3) VASQUEZ G., Enrique. *Hacia una nueva concepción de los Derechos Humanos*, **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, No. 5, Enero-Julio de 1987, pág. 63.

tutela, ni se percibe en el señor Ministro o los servidores del ministro actos que desorganicen o no estimulen "...la producción y el más adecuado reparto de la riqueza...", ninguna prerrogativa debe restituirse a la señora..."⁽⁴⁾

En un sentido similar –aunque no tan tajante como el de la anterior resolución–, se ha manifestado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al dictar la sentencia número 2123-97, oportunidad en la que consideró:

“Lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la Constitución Política conforma lo que la vieja doctrina constitucional llama normas programáticas, cuyo contenido impone al Estado de la obligación procurar (sic) la mejor repartición de la riqueza, velar por la protección de la familia y procurar medios lícitos de subsistencia, entre otros aspectos, mas no así, garantizar a los ciudadanos, en cuenta a los amparados, un trabajo determinado, el ejercicio de una actividad particular o un ingreso acorde a las necesidades de cada individuo”.⁽⁵⁾

De las resoluciones parcialmente transcritas, se desprenden varios aspectos que requieren nuestro comentario:

a. Si concebimos al artículo 50 Constitucional únicamente como la expresión de "...un ideal de organización económica expresado mediante una norma programática afín con el orden público económico...", que no otorga derecho subjetivo alguno a los particulares, estaríamos reduciendo el contenido de dichas normas a un mero enunciado que en la realidad tendría un efecto prácticamente nulo,⁽⁶⁾ más si como tradicionalmente se ha sostenido, su efectiva realización depende de la disponibilidad o no de recursos por parte del Estado.

(4) Sentencia dictada por la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las catorce horas treinta minutos del seis de enero de mil novecientos ochenta y seis.

(5) Sentencia número 2123-97 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(6) En ese sentido, se manifiesta André de Laubadere al señalar: “Pensamos que la idea de los derechos económicos y sociales no constituye en sí

b. Es cierto, tal y como lo señala la Sala Constitucional, que el contenido del artículo 50 no puede entenderse como que el Estado tiene el deber de "...garantizar a los ciudadanos (...), un trabajo determinado, o el ejercicio de una actividad particular...", pero si debe traducirse en la obligación de promover y asegurar la creación de las condiciones que sean necesarias, a efecto de lograr una justa igualdad de oportunidades, con el objetivo de que todas las personas puedan no sólo acceder a los bienes y servicios esenciales para vivir dignamente, sino para que participen de manera efectiva en los procesos productivos que generan riqueza y bienestar.

c. Derivado de lo anterior, podemos afirmar que la "... obligación de procurar la mejor repartición de la riqueza, velar por la protección de la familia y procurar medios lícitos de subsistencia, entre otros aspectos...", no debe interpretarse en el sentido de que "...corresponde al Estado el deber exclusivo de proveer y crear directamente todas las condiciones de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (...) el deber del Estado de efectuar prestaciones positivas debe entenderse en el sentido de un verdadero promotor, protector y guía del cumplimiento de los derechos económicos...",⁽⁷⁾ pues de lo contrario, se haría nugatorio el derecho inherente a nuestra condición de seres humanos, de adoptar libremente decisiones tan básicas como: qué actividad productiva deseo desarrollar y por qué medios; qué bienes y servicios necesito o deseo adquirir y a qué precios; actividad que no puede ser sustituida por la del Estado, sin demérito de esos derechos fundamentales.

d. En virtud de lo anterior, no podemos sostener válidamente que el contenido de normas programáticas como la del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, se limite a un simple enunciado doctrinario, carente de toda obligatoriedad, ya que su ejercicio está supeditado a la disponibilidad de recursos económicos, por parte del sujeto a quien se le impuso el deber de cumplir ese "ideal de organización económica".

misma un principio jurídico sino únicamente una fuente de inspiración política que reposa sobre una filosofía y una ideología que puede suplantar la ideología liberal individualista tradicional, pero sin acceder a la fuerza jurídica a través de su consagración explícita en los textos particulares". DE LAUBADERE, André. *Droit Public Économique*, París, Dalloz, deuxième edition, 1976, pág. 312.

(7) VASQUEZ G., Enrique. *Op. cit.*, pág. 63.

Consideramos que el precepto análisis si le impone al Estado el cumplimiento de ciertas obligaciones en el ámbito económico, que encuentra su correlativo en el derecho del particular a exigir su debida observancia, que no en todos los casos está condicionada a la existencia o no de recursos, ya que:

1) Si el Estado no tiene el deber exclusivo de crear todas las condiciones para el cumplimiento de los derechos económicos, sino que su intervención debe orientarse a promover, tutelar, resguardar, y reestablecer el buen funcionamiento de los mecanismos que la propia Constitución Política estableció para alcanzar un desarrollo económico y social (propiedad privada, libertad de empresa, de contratación y de trabajo, libertad de elección de los consumidores, y libre competencia), sus actuaciones u omisiones en este campo, no están supeditadas únicamente a la disponibilidad o no de recursos económicos;

2) Si la intervención del Estado en los procesos económicos debe limitarse a aquellos supuestos en que se constate que el orden del mercado funciona de manera deficiente, por lo que, su actuación debe dirigirse a suplir temporalmente esa deficiencia; en el tanto esa intervención implique una sustitución de ese orden y en consecuencia, una violación de los derechos fundamentales que hacen posible su funcionamiento –dadas las distorsiones que produce en perjuicio de productores y consumidores–, es procedente que los ciudadanos demanden ante los órganos jurisdiccionales competentes, la estricta observancia del interés público que se pretende tutelar mediante esa norma, que se ha visto desnaturalizado con una intervención amplia que tiene como efecto, la negación de las libertades que pretendía tutelar.

De lo anteriormente expuesto se desprende, que el papel que desempeñen los operadores del Derecho, a efecto de lograr el cumplimiento de los verdaderos alcances del artículo 50 de la Constitución Política, es trascendental, pues de lo contrario puede ocurrir –y de hecho ocurre– que en aras de cumplir con los objetivos allí previstos, se legitimen actuaciones (leyes, decretos, reglamentos y otro tipo de actos) que más bien tiendan a desnaturalizar el sentido de esa norma, y hacer nugatorio el desenvolvimiento normal de los procesos económicos, que sólo se logra mediante el ejercicio pleno de las libertades económicas, a través del sistema del mercado, que es en

el fondo la misión que el párrafo 1º del artículo 50, le encomendó al Estado.⁽⁸⁾

Sostener lo contrario implica entonces, una violación a los postulados del régimen de libertad en que se asienta nuestro sistema democrático, por esa razón, consideramos que no puede dejarse al arbitrio de la conciencia de los funcionarios públicos –ya sea legisladores, jueces o administrativos–, el determinar de acuerdo con sus ideales, el contenido de normas tales como el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, pues esta disposición sólo puede tener un sentido: que el Estado puede intervenir de manera subsidiaria y supletoria en la economía, a efecto de enmendar las deficiencias del mercado, con la finalidad de que éste funcione adecuadamente como medio de alcanzar el desarrollo económico y social. Con ello, no pretendemos sostener que el Estado se deba reducir a un mínimo, pero sí, que debe limitar su intervención en la economía a niveles razonables, para no causar la asfixia de la iniciativa privada en detrimento del desarrollo social y económico que aspira a alcanzar.⁽⁹⁾ En el tanto, se

(8) Pedro Haba considera que la fuerza de los derechos económicos, sociales y culturales depende de la propia conciencia de los operadores del Derecho, y que es el propio intérprete quien "...opta por asignarle (él mismo) tal sentido a dichos textos cuando comparte dichos ideales...". HABA, Enrique Pedro. *Magia Verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, "derechos" económicos*. **Revista de Derecho Público** de la Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, Volumen I, 1996, pág. 28.// Consideramos que no puede dejarse al arbitrio de la conciencia de los funcionarios públicos –ya sea legisladores, jueces o administrativos–, el determinar de acuerdo con sus ideales, el contenido de normas tales como el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, pues ello implicaría la posibilidad de que cada quien le dé a las normas el sentido que más convenga a sus intereses, sin considerar que ello desnaturalizaría el fin último con que fueron dictadas.

(9) "...No podemos prescindir del Estado, como no podemos prescindir de la civilización (...) El Estado está aquí para durar y hay que huir, tanto de la utopía socialista (que cree que el Estado es el bien) como de la locura liberal (que cree que hay que acabar con él)... En el mundo económico, el Estado garantiza la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. Sin él la economía no sería posible, salvo al nivel primario de la autosubsistencia, el trueque y la rapiña (...); el Estado puede ser "un" agente económico, pero no absorber –ni dirigir– a "todos" los agentes económicos..., el Estado de Derecho exige que la sociedad civil tenga un ámbito propio,

conceda la posibilidad de otra interpretación, se legitimarán actuaciones que harán nugatorio el sistema económico y político consagrado por la Constitución.⁽¹⁰⁾

Con base en estas consideraciones, analizaremos los alcances que tienen las frases "...organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza", contenidas en el párrafo 1º del artículo 50, así como también, la forma en que nuestro Tribunal Constitucional las ha interpretado a determinados casos concretos.

2. Diversas manifestaciones del intervencionismo económico del Estado en nuestro medio. Posición de la Jurisprudencia Constitucional

Tal y como lo hemos señalado con anterioridad, el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, establece no sólo una finalidad a perseguir por parte del Estado, cual es, la de procurar el mayor bienestar a los habitantes del país, sino que además prevé, tres medios para lograrlo: a) el estímulo de la producción, b) la organización de la producción y c) el más adecuado reparto de la riqueza.

Estudiaremos por separado cada uno de los supuestos que señala la norma, no sólo para determinar cuáles son los alcances que tienen de conformidad con el sistema mixto de libertad de empresa e intervención estatal que consagró nuestra Constitución, sino para establecer cómo ha interpretado la jurisprudencia constitucional el alcance de estos medios, en casos concretos sometidos a su conocimiento.

que debe ser lo más amplio posible, de modo que en él tengan lugar la mayoría de las transacciones económicas..." ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, España, Editorial Comares S.L., 1999, págs. XXVIII, XXIX y XXX.

(10) Coincidimos con la afirmación que sostiene John Rawls, en el sentido de "la justicia formal es la adhesión a principios, o como han dicho algunos, la obediencia al sistema (...). Un tipo de injusticia es la omisión por parte de los jueces y de otras autoridades de ajustarse a las reglas apropiadas o a sus interpretaciones cuando deciden acerca de las demandas". RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pág. 80.

2.a. El estímulo a la producción: fomento o distorsión de las reglas del mercado

Sobre el particular, Rubén Hernández Valle considera que “estimular la producción alude evidentemente al fomento de la actividad empresarial privada, que es, por su propia naturaleza, de usufructo voluntario, aunque presuponga lógicamente la existencia de obligaciones accesorias. La actividad de fomento antes de ser antiética con la libertad empresarial más bien la refuerza, ya que le permite contar con la ayuda directa o indirecta del Estado a fin de hacerle frente a todos los riesgos, de muy diversa índole, que conlleva el ejercicio de la actividad empresarial. Verbigracia, las leyes que otorgan incentivos a los exportadores y a los industriales, etc. En resumen, la actividad estatal de fomento de la actividad económica privada constituye un refuerzo importante para la libertad empresarial, porque en vez de oponerle obstáculos, más bien la hace posible al exonerarla de ciertas cargas que, en circunstancias normales, harían esa actividad poco o nada rentable”.⁽¹¹⁾

Cabe indicar que en el ejercicio de la potestad de fomentar, “la Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas (fiscales, financieras y crediticias, etc.) que son libres de aceptar o no (...). La Administración no trata de imponerse, sino de persuadir, de llegar a un concierto con los particulares.”⁽¹²⁾ En consecuencia, la potestad de fomentar implica la posibilidad de regular la actividad y propiedad privada, “...en orden a un determinado fin o resultado a través de prohibiciones o mandatos normativos aplicables al desenvolvimiento del respectivo giro empresarial, libremente escogido y mantenido, a condición de que ello sea carga accesoria y secundaria, que no impida ni la posibilidad, ni la rentabilidad de la actividad en cuestión”.⁽¹³⁾

(11) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, San José, Editorial Juricentro, 1994, pág. 621.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, reimpresión a la tercera edición, 1979, pág. 41.

(13) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Propiedad, Empresa e Intervención*. **Revista de Ciencias Jurídicas No. 35**, San José, mayo-agosto de 1978, pág. 182, citado por: CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Op. Cit.*, pág. 112.

De lo señalado hasta el momento, es necesario preguntarnos: ¿la concesión de beneficios fiscales, de exenciones tributarias, de subsidios, entre otras formas de auxilio, vienen a distorsionar o no el orden del mercado, fomentando el trato desigual entre empresarios que deberían competir en igualdad de condiciones por el favor del consumidor?; ¿son acaso formas de proteccionismo que tienen el efecto de reducir la libertad de comercio y el derecho de consumidores de elegir libremente lo que desean comprar?

Muchos autores coinciden en que estos incentivos, beneficios y exenciones —que constituyen medios indirectos de intervención estatal en la economía—,⁽¹⁴⁾ sí distorsionan el orden del mercado,⁽¹⁵⁾ pues constituyen medios artificiales de incentivar la producción que usualmente inciden en el sistema de precios, y en la igualitaria competencia que debe existir entre productores o comerciantes, que se ve alterada a raíz de la concesión de esos beneficios.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado que esas manifestaciones de la intervención del Estado en la economía, no resultan contrarias al espíritu del párrafo 1º del artículo 50, ni a la principios de igualdad y libertad empresarial, muestra de ello, son las sentencias dictadas con motivo del funcionamiento del Depósito Libre de Golfito; del otorgamiento de los Certificados de Abono Tributario; y de los beneficios concedidos a las reservas indígenas, de las que a continuación vamos a transcribir algunos extractos.

En primera instancia, tenemos la sentencia número 0319-95 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco, relacionada con el funcionamiento del Depósito Libre de Golfito, oportunidad en la que se consideró:

“...el hecho de que el legislador haya creado un régimen fiscal especial para el funcionamiento del

(14) Véase en ese sentido, a DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª reimpresión, 1983, pág 10.

(15) Véase en ese sentido, a GUARDIA QUIRÓS, Jorge. *Derechos de los Consumidores y de los Contribuyentes*, en el libro colectivo: **Derechos Humanos y Eficiencia Económica**, publicado por la Asociación Nacional de Fomento Económico, 1985, pág. 255.

Depósito Libre de Golfito no constituye una limitación irrazonable o desproporcionada a la libertad de comercio, en tanto, como se expuso en puntos anteriores, la Ley al tender a solucionar un grave problema socio-económico producido por la retirada de las compañías que se dedicaban al cultivo del banano en la zona del Pacífico Sur del país, permitiendo la importación de mercancías bajo aranceles menores y su consiguiente venta a precios más bajos que en el resto del país, lo que hace es garantizar la operación de esa especial zona de exención fiscal con el fin de cumplir el propósito social descrito. Es decir, la operación del Depósito Libre no es un fin en sí mismo. No se pretende con esto crear adrede un régimen de privilegio en perjuicio de los demás comerciantes, discriminándolos por omisión, o como se denomina en doctrina, por discriminación negativa al otorgar un privilegio que se niega a los demás, sino que este régimen constituye un medio de solución de los problemas socioeconómicos de una zona deprimida para alcanzar la igualdad, no para perjudicarla.

VIII.—Bajo este concepto, es posible dentro del Derecho de la Constitución, estimular el desarrollo de aquellas zonas del país que no hayan sido beneficiadas por otros medios como sería infraestructura, y la prestación de servicios básicos, el disfrute, en fin, de condiciones materiales de igualdad en relación con otras zonas, poblados o ciudades del país que gozan de un grado de desarrollo mayor, sobre todo por la tendencia a la concentración de las inversiones estatales y privadas en ciertas zonas, en detrimento de otras. Así analizado el caso, el Estado está legitimado para fomentar el desarrollo de lugares alejados, en particulares circunstancias económico-sociales, como las de la zona sur-pacífica del país. Esto es lo que la doctrina ha denominado políticas de fomento de polos de desarrollo, en los cuales se incentiva la instalación de industrias y de empresas que logren compensar la desigualdad real de esas zonas.

De manera que el propósito de tales programas o de legislación, como la aquí analizada, es el de, no sólo evitar la desigualdad individuo versus individuo, sino también la desigualdad entre diversos grupos humanos. Las disposiciones dispares de la Ley, frente al régimen común, tal cual la disminución de aranceles de importación o de la admisión de márgenes de utilidad son medidas compensatorias que favorecen la desigualdad real, empleando como herramienta una desigualdad formal, en tanto no se alcance la primera. Gracias a que el trato preferencial para una zona deprimida no es fin sino el medio ideado por el legislador para ayudar a los habitantes de ésta, no se produce un quebranto a la Constitución, en materia de igualdad jurídica y de libertad de comercio. Además, mientras los beneficios no sean de tal entidad como para convertirse en una competencia ruinosa para las empresas del resto del país; lo cual, obviamente, no ha ocurrido ni está ocurriendo en el caso de marras, en que durante el funcionamiento del Depósito Libre de Golfito no ha causado la ruina ni el cierre masivos de negocios que los impugnantes vaticinaron...”.⁽¹⁶⁾

La segunda de las sentencias es la número 3327-95 dictada a las quince horas cuarenta y dos minutos del veintisiete de junio de 1995, en relación con los certificados de abono tributario, pronunciamiento en el que se consideró:

“En el presente caso, en el artículo 2 de la Ley No. 5162 de 22 de diciembre de 1972 lo que el legislador incluyó, fue una delegación relativa, ya que siendo una potestad del Poder Legislativo introducir regímenes de fomento de los “distintos sectores productivos” –por tales debe entenderse regímenes fiscales especiales: por zonas (Golfito), por actividades (construcción de casas de interés

(16) Sentencia número 319-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. En ese mismo sentido, véanse las resoluciones número 1608-96 y 4681-97 dictadas por ese órgano jurisdiccional.

social), y por condiciones específicas (pobreza extrema)—, en función de las particularidades que los caracteriza, éstos a su vez dependen de factores variables que interactúan en la economía del país, motivo por el cual resulta razonable y necesario que sea el Poder Ejecutivo el que pueda ir definiendo cuáles son los productos que han de irse incluyendo en la lista. Lo anterior, por cuanto lo que en un inicio puede considerarse “producto de exportación no tradicional” luego con los años y de acuerdo a las condiciones de la economía, puede pasar a ser considerado como “producto de exportación tradicional”. Estamos ante una materia muy técnica que está constantemente determinada por las múltiples variables que inciden sobre la economía nacional y el mercado internacional. En consecuencia, el artículo 2 de la Ley de Fomento a las Exportaciones de 22 de diciembre de 1972, no quebrante el principio de división de poderes establecido en el artículo 9 de la Constitución Política, sino más bien, el legislador está haciendo uso de sus facultades —de introducir regímenes de fomento de los distintos sectores productivos— y hace una delegación relativa a favor del Poder Ejecutivo...”⁽¹⁷⁾

Por último, en la sentencia número 1608-96 la Sala Constitucional justifica las medidas proteccionistas aplicadas a las reservas indígenas, en virtud de que:

“...se trata del andamiaje jurídico de una estrategia integral de desarrollo para equilibrar la situación de desventaja que tradicionalmente acusan las zonas de reserva indígena, y no cabe duda que la secular desventaja de los grupos sociales a quienes pretende beneficiar la ley, justifican una medida como esa, altamente protectora, por lo que el fin perseguido con la regulación es válido desde la óptica constitucional, así como lo es el medio empleado

(17) Sentencia número 3327-95 dictada por SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

que –a criterio de la Sala– se ajusta a dicho objetivo, por lo que no existe violación del alcance constitucional de la libertad de comercio en este caso...”.⁽¹⁸⁾

En todas las resoluciones transcritas, la Sala Constitucional estimó que la intervención del Estado en la economía, a través de mecanismos que artificialmente estimulan –en principio– la producción, y el desarrollo económico y social de las comunidades a las que son aplicados, no tienen el efecto de lesionar las libertades económicas, pues se fundamentan en el deber constitucional impuesto al Estado de estimular los procesos de producción, lo cual, constituye –a nuestro juicio– una interpretación errónea del verdadero alcance del mandato constitucional contenido en el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política. Si bien es cierto, el Estado debe estimular la producción, no debe hacerlo a través de medios artificiales que distorsionen el mercado, los que en lugar de incentivar la competencia entre los diversos productores y comerciantes, la anulan, pues privilegian a determinados grupos de un mismo sector productivo, con los consiguientes efectos nocivos que se generan en perjuicio de los consumidores.⁽¹⁹⁾ El Estado debe fomentar la producción, más no debe hacer nugatorios los factores que la hacen posible, pues con ello logra un efecto diverso al que pretendía alcanzar. Es esencial que los operadores jurídicos tengan una conciencia clara de ello, pues de lo contrario estarán propiciando una intervención amplia del Estado en la economía, que resulta contraria a los valores y principios que sustentan el sistema económico consagrado en la Constitución Política, lo que indefectiblemente produce un grave menoscabo en el ejercicio de las libertades

(18) Sentencia número 1608-96 dictada por SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(19) En ese sentido, cabe señalar que “...la protección existente contra las importaciones de alimentos básicos como lácteos, pollo, huevos, arroz, frijoles, azúcar, carne de res, embutidos, pan, cebolla, papa, tomate, manteca y naranjas, equivale a una cifra arancelaria promedio ponderada del 40%. Este sobreprecio representa una reducción del 41% del ingreso real de las 70.000 familias costarricenses más pobres, las cuales en promedio reciben un ingreso anual de 120.662 colones y cuentan con 4,3 miembros, según las cifras de la encuesta de hogares de 1994.” BERMÚDEZ, Kattia. *20 Años de Apertura: Una tarea Inconclusa*. Periódico **El Financiero**, edición del 21-27 de agosto del 2000, pág. 16.

económicas que hacen posible la efectividad de los procesos productivos.

¿Cómo puede entonces el Estado estimular la producción, sin distorsionar los mecanismos que la hacen posible? Eliminando una serie de barreras que impiden el desarrollo de esos procesos y promoviendo algunos programas que faciliten a los productores, el acceso a determinados factores esenciales para el ejercicio de su actividad productiva, como por ejemplo: eliminar los monopolios –tanto privados como públicos, en este último caso dependiendo de cada supuesto en concreto–; facilitar el acceso al crédito; impulsar los programas de asistencia técnica –que ayuden a producir más y mejor, al menor costo–; reducir los aranceles; propiciar el acceso a las herramientas tecnológicas –como internet–, entre otras.

Es posible que el Estado fomente o estimule la producción, siempre y cuando ello no implique una obstaculización de ese proceso, ya que afirmar lo contrario, supondría una contradicción con los principios que informan el sistema económico de libertad previsto en la Constitución, aspectos que siempre deben tener en cuenta los jueces a efecto de no convertir las sentencias en que resuelven este tipo de conflictos, en fallos injustos que no se adecuen al sistema que deben defender.

2.b. La organización de la producción: alcances y límites a esa potestad. Los procesos de privatización de empresas públicas como alternativa para reformar al Estado Interventor y sus limitaciones intrínsecas.

La redacción del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, hace surgir de manera inmediata las siguientes interrogantes: ¿está facultado el Estado para imponerle a la empresa privada, qué producir, cómo producir, cómo y a quién vender los bienes o servicios que produzca, y a qué precio?, ¿no constituye esta norma una negación del régimen económico de libertad consagrado en nuestra Constitución Política?

Estas interrogantes tienen su razón de ser, por el hecho de que “...la actividad de organización conlleva lógica y jurídicamente la posibilidad de imponerle a un tercero no sólo su estructura interna (organización en un sentido subjetivo), sino además, los fines que debe realizar y los medios más adecuados para ello. Se trata, ni más ni menos,

de la intervención más amplia que pueda existir sobre la libertad de otra persona, dado que quien está subordinado a la potestad organizativa de otro sujeto ve su actividad condicionada y, en muchos casos, sometida a controles posteriores por parte de un tercero”.⁽²⁰⁾

Aunque el panorama se presenta un poco sombrío, es necesario a fin de encontrar una respuesta clara a estas interrogantes, que se relacione el párrafo 1º del artículo 50, con las libertades económicas previstas en los artículos 45, 46 y 56, pues no debe olvidarse que la Constitución Política, es un orden estructurado de manera armónica, cuyas normas no pueden interpretarse de manera aislada, pues de lo contrario, puede incurrirse en contradicciones que desvirtúan el verdadero sentido de dichas normas.

De conformidad con lo anterior, es posible que el Estado ejerza su potestad de organizar la producción, siempre que su ejercicio no haga nugatorio el contenido esencial de los derechos de libre empresa, propiedad privada y libre elección del trabajo. El contenido esencial de esos derechos, es el límite para el ejercicio de esa actividad, pues sería “...contradictorio que la Constitución impusiere a los órganos estatales, por una parte, la obligación programática de estimular la producción, actividad que supone lógicamente la libertad de empresa, y, por la otra, le establezca también la posibilidad de organizarla de manera coactiva, con lo cual esa libertad prácticamente desaparecería”.⁽²¹⁾

El ejercicio de la potestad organizativa de la producción en el ámbito privado, se limita prácticamente a “...regular el ejercicio de la actividad que el empresario haya libremente escogido, con sujeción estricta de los principios de constitucionales de la razonabilidad y la proporcionalidad...”,⁽²²⁾ lo que implica que el Estado no puede imponer limitaciones arbitrarias o irrazonables que hagan imposible o excesivamente oneroso el giro de la actividad.

(20) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, Op. Cit., pág. 622.

(21) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, Op. Cit., pág. 623.

(22) *Ibidem*, pág. 625.// En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consideró: “El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial

No obstante lo anterior, transcribiremos parcialmente dos sentencias dictadas por la Sala Constitucional, en las que se admite exactamente todo lo contrario, lo que en el fondo, supone una desnaturalización de los valores y principios que informan el contenido del sistema económico, político y jurídico consagrado en nuestra Constitución.

De esta manera, en sentencia número 0143-94 se consideró, que el ejercicio de la libertad empresarial debe estar sometida a las regulaciones legales correspondientes, aunque en el fondo éstas impliquen una negación del contenido esencial de ese derecho económico, que la resolución lo limita a la simple escogencia de una actividad, cuando va más allá de esa libre escogencia. En ese sentido, la Sala resolvió:

“La libertad de comercio que existe como garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios al consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que

(...) En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad –en cuanto tal– se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas, cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”. Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando –claro está– no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales”. Sentencia número 1608-96 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.// Véase en igual sentido, la resolución número 1195-91 dictada por ese mismo órgano jurisdiccional.

el ejercicio, del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, como en el caso, se está en presencia de una regulación que se considera de interés general”.⁽²³⁾

Por su parte, en sentencia número 0650-95 se consideró que la intervención estatal en la fijación de precios y de márgenes máximos de utilidad –no sólo en artículos de la canasta básica, sino en todos los demás bienes y servicios–, no implica una violación de los artículos 45 y 46 de la Constitución. En esa ocasión, la Sala resolvió que:

“La Ley de Protección al Consumidor... en la medida que faculta la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de precios de bienes y servicios de consumo básico y la de márgenes máximos de utilidad en los demás, no provoca lesiones constitucionales que la Sala deba declarar (...) Toda regulación tendiente a controlar precios máximos y porcentajes de utilidad, no puede entenderse violatoria de las garantías de comercio, libertad de empresa, o de propiedad privada como se sugiere en la acción; antes bien, la regulación representa una garantía de uniformidad en las condiciones básicas en el ejercicio de esos derechos que potencia una relación de igualdad y proporcionalidad...”⁽²⁴⁾

Dado que ya se explicaron cuáles son los límites y alcances que debe tener el ejercicio de la potestad conferida al Estado para que organice la producción en el ámbito privado, consideramos innecesario –con motivo de la transcripción de las sentencias que anteceden– referirnos nuevamente a ello.⁽²⁵⁾ No obstante, valga la oportunidad para

(23) Sentencia número 0143-94 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(24) Sentencia número 650-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

(25) Debemos recordar que “los órganos estatales sólo pueden organizar la producción mediante el estímulo y no mediante la imposición coactiva de su organización y funcionamiento”. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, *Op. Cit.*, pág. 624.

reiterar que los jueces –y con mayor razón, los que defienden la supremacía de la Constitución–, no pueden interpretar el contenido y los alcances del párrafo 1º del artículo 50 de manera aislada, sino en armonía con otras normas constitucionales, a fin de que las resoluciones que dicten sean acordes con el contenido esencial que informa nuestro ordenamiento constitucional, pues de lo contrario, propiciarán una violación de los derechos consagrados por ese orden superior, lo que en el fondo implica una forma de injusticia, ya que “...la justicia formal es la adhesión a principios, o como han dicho algunos, la obediencia al sistema (...) Un tipo de injusticia es la omisión por parte de los jueces y de otras autoridades de ajustarse a las reglas apropiadas o a sus interpretaciones cuando deciden acerca de las demandas”.⁽²⁶⁾

Si bien es cierto, ya hemos determinado los alcances y límites que tiene la potestad de organizar la riqueza en el ámbito privado, también debemos tomar en consideración, cómo afecta el ejercicio de esa potestad cuando la actividad económica la desarrolla el propio Estado, a través de la explotación –en muchas ocasiones bajo la forma de monopolio– de ciertas actividades consideradas de interés público, que tienen el efecto de distorsionar el orden del mercado, el índice de precios, la libre competencia y el derecho de los consumidores a elegir lo que libremente desean adquirir.

En este sentido, Rubén Hernández Valle considera que ello “...implica la potestad del Estado costarricense para organizar, (...) toda su producción, ya sea mediante la creación de empresas públicas u otros entes económicos que compitan con los empresarios particulares en la explotación de bienes y servicios, y en la imposición de programas vinculantes a todos los entes públicos estatales a través de la planificación imperativa”.⁽²⁷⁾

Cabe indicar, que el Estado ha intervenido en la economía costarricense, no sólo por medios indirectos (como las actividades de fomento), sino a través del empleo de medios directos como los procesos de nacionalización de ciertas actividades (bancaria, seguros, telecomunicaciones, electricidad, distribución de combustibles, entre otras), y la creación de empresas públicas, fenómenos que tuvieron su auge en

(26) RAWLS, John. *Op. Cit.*, pág. 80.

(27) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, *Op. Cit.*, pág. 624.

el período comprendido entre 1940 a 1979,⁽²⁸⁾ aunque a partir de la década de los ochentas, comenzó a generarse un movimiento inverso, impulsado por la aplicación de los Programas de Ajuste Estructural, que según los organismos financieros internacionales, tienden a lograr una reducción efectiva del aparato estatal, en aras de lograr un desarrollo efectivo desde el punto de vista económico y social;⁽²⁹⁾ objetivos que en última instancia, resultan acordes con la nueva concepción del Estado como orientador, protector, ordenador y promotor de la actividad económica, que persigue con ello, lograr mejores condiciones para el desarrollo equitativo de la sociedad, aunque sin asfixiar el ejercicio de la libertad.

Si bien es cierto, excede los límites de este trabajo realizar un análisis pormenorizado de la figura de la empresa pública,⁽³⁰⁾ también lo es, que no podemos dejar de señalar los efectos nocivos que para la consecución del desarrollo económico, ha tenido el empleo ineficiente de esta figura por parte del Estado, que se traducen en "...escasa o ninguna rentabilidad, ineficiencia, escasa productividad, déficit y constantes necesidades de subvenciones y otros auxilios, para cubrir sus enormes pérdidas, elevados niveles de empleo y de privilegios a sus funcionarios a costa de los presupuestos, altos precios al consumidor, y deficientes servicios".⁽³¹⁾ El costo social que ha provocado el funcionamiento de las empresas públicas, es muy alto, no sólo por la deficiente prestación de los servicios de primera necesidad —aunado al

(28) Véase una sinopsis histórica de las intervenciones del Estado en la economía costarricense, en el libro de CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Elementos económicos en la Constitución Política*, Op. cit., págs. 113 a 128.

(29) "El ajuste estructural no debe ser recesivo, de comprimir la estructura y el proceso económico, sino todo lo contrario, un ajuste positivo o para el crecimiento de la economía". ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *La Crisis y la Deuda Externa*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1993, pág. 48.

(30) Para tal efecto, puede consultarse entre otros autores a: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Op. cit., págs. 387 a 436, y a CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Elementos económicos en la Constitución Política*, Op. cit., págs. 113 a 154.

(31) CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Op. cit.*, pág. 146.

hecho de que grandes sectores de la población se han visto privados de aquellos-, sino porque desde el punto de vista económico, los consumidores han tenido que pagar altas tarifas por un servicio de mala calidad, a efecto de mantener en operación empresas que no deberían continuar en funcionamiento, lo que implica una reducción de sus propios ingresos para el sostenimiento de sociedades que les producen más perjuicios que beneficios. La paradoja es que el Estado destina cada vez más recursos para cubrir sus enormes pérdidas, recursos que deberían destinarse a cubrir necesidades que revistan un verdadero interés público.⁽³²⁾

Las causas que han provocado la ineficiencia de las empresas públicas –a pesar de que en un momento determinado se consideraron como un medio ideal para alcanzar mayores niveles de desarrollo económico y social–, son muy variadas, pero se pueden resumir en el hecho de que a la empresa pública se le haya puesto “... al servicio de intereses personales, de partido o clase, de intereses regionales o incluso malentendidos “intereses nacionales” (entrecomillados porque no son tales); todo ello con un absoluto desconocimiento de lo que es fundamental en una empresa, a saber: su funcionamiento como organización económica y productiva que no puede ser manipulada y maltratada sin riesgo de su propia subsistencia”.⁽³³⁾

Aunado a lo anterior, está el hecho de que en la gran mayoría de las oportunidades, estas empresas actúan bajo un régimen de monopolio, que excluye cualquier posibilidad de competencia, con los graves perjuicios que ello ocasiona: ineficiencia, baja productividad, altos precios y mala calidad de los bienes o servicios que ofrece; factores que indudablemente provocan un perjuicio para los consumidores, quienes no pueden elegir qué bienes o servicios adquirir, ya que la oferta se

(32) Resulta muy ilustrativo el siguiente ejemplo: “...del 30 de setiembre de 1982 al 30 de junio de 1984, la Corporación Costarricense de Desarrollo duplicó su pérdida, al pasar de dos mil quinientos millones de colones a cuatro mil novecientos millones. En el mismo lapso, aumentó el crédito a CODESA de tres mil doscientos millones de colones a ocho mil ochocientos millones, en detrimento de los recursos destinados al sector privado.” CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Op. Cit.*, pág. 150.

(33) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Empresa Pública. En el Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, págs. 77 y 78.

reduce a una única opción.⁽³⁴⁾ El panorama tampoco es halagüeño, en aquellos supuestos en que las empresas públicas comparten el mercado con otras empresas privadas, ya que la competitividad se ve menoscabada por el hecho de que las empresas públicas cuentan con una serie de privilegios, que las coloca en un plano desigual frente a las empresas privadas.

En este punto, es relevante transcribir parcialmente la sentencia dictada por la Sala Constitucional, al pronunciarse sobre el monopolio otorgado a la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), para la importación, refinación y distribución de petróleo, combustibles, asfalto y naftas (establecido mediante Ley número 7356 del 24 de agosto de 1993), no sólo porque justifica las razones que sustentan la concesión del monopolio de esa actividad (escasez del recurso del que se derivan los combustibles), sino porque indica que la naturaleza mercantil de ciertas actividades, no implica de manera necesaria que sólo los particulares puedan desarrollarla; en ese sentido, la Sala consideró:

“...es indiscutible que los combustibles derivados del petróleo –en tanto que bienes económicos– tienen una particular característica, cual es la de ser recurso escaso y vital según se explicó, por lo cual resultan de orden público y deben ser controlados estrictamente por el Estado, y en algún caso, ser objeto de monopolio, si se considera necesario y oportuno (...) Relativo al concepto de acciones privadas excluidas por su naturaleza de la intromisión estatal, no resulta del todo cierto que las actividades monopolizadas

(34) En este punto cabe anotar, que el Diputado Otto Guevara Guth, presentó un proyecto de ley para prohibir todos los monopolios públicos y privados, pues a su juicio, atentan contra la libertad de comercio consagrada en la Constitución Política (GUEVARA GUTH, Otto. *Democratizar la Propiedad Pública*. Periódico **La Nación**, edición del sábado 12 de agosto del 2000, pág. 14-A; y MURILLO, Nelson. *Competencia Incipiente. Aranceles y Dominio de Algunas Empresas limitan Opciones al Consumidor*. Periódico **El Financiero**, edición del 21-27 de agosto del 2000, págs. 10 y 11). // Por su parte, Don Jorge Guardia Quirós considera que la reforma debe ir orientada más que a la eliminación de los monopolios, a regularlos, ya que en aplicación de las figuras económicas de la “Curva de la Indiferencia” y de la “Elasticidad de la Oferta”, puede darse el caso, que el monopolio no sea tan nocivo para el desarrollo de la economía.

(importación, refinación y distribución al mayoreo de combustibles) sean de índole o naturaleza privada, porque, en general, se trata simplemente de operaciones mercantiles con ciertos bienes económicos, que integran el más amplio grupo conformado por los intercambios de bienes y servicios en una economía dada, y que, en ningún caso, son privativos de los sujetos privados, pues bien pueden llevarse a cabo por éstos mediante el sistema de libre contratación, intercambio y regulación mínima (economías de mercado), o por el Estado, (en los casos de economías centralizadas), e incluso –como en la mayoría de los países– mediante una combinación de ambos sistemas, dejando a los particulares unos sectores para su libre acción, y restringiendo otros para la acción exclusiva del Estado. Con lo anterior quiere establecerse que las actividades monopolizadas no son necesariamente y por ser, de naturaleza privada, de manera que a la luz de nuestra Constitución, puedan válidamente ser dejadas a la gestión de particulares con la fiscalización del Estado, o ser objeto de intervención estatal, en el tanto en que ello esté autorizado por la Constitución y las leyes y se justifique de acuerdo a los fines que se persigan...”⁽³⁵⁾

De la resolución parcialmente transcrita se desprende que independientemente de la naturaleza de la actividad que se trate, la constitución de monopolios a favor del Estado puede justificarse por razones de interés público, motivadas en los siguientes aspectos: a) porque resulte necesario controlar directamente una actividad que no conviene que sea explotada por los particulares; b) porque sus costos no son rentables para éstos, y c) porque los concesionarios no la hayan desarrollado adecuadamente. No obstante, cabe preguntarse, qué sucede si el Estado no ejercita de manera eficiente las actividades que le fueron concedidas en monopolio?

Al efecto, el artículo 336 de la Constitución Colombiana establece que “en los casos en que las empresas monopolísticas del Estado no

(35) Sentencia número 7044-96 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

cumplan los requisitos, de eficacia, en los términos que determine la ley, el gobierno queda autorizado para enajenarlas o liquidarlas y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, sin perjuicio de los derechos adquiridos por los trabajadores".⁽³⁶⁾ Si bien es cierto, nuestra Constitución Política carece de una norma tan significativa como la transcrita, también lo es, que de conformidad con la reforma introducida al artículo 11 de ese cuerpo normativo, por Ley número 8003 publicada en La Gaceta del 30 de junio del 2000,⁽³⁷⁾ se ha reconocido expresamente a nivel constitucional, que la eficiencia en el ejercicio de las funciones encomendadas a la Administración Pública, es una obligación ineludible e inherente a la naturaleza misma del Estado, por lo que el debido control y verificación de resultados no sólo es indispensable para legitimar las actuaciones de la Administración, sino que además, constituye la base para que los usuarios de los bienes y servicios que presta el Estado, puedan hacer valer sus derechos cuando la actividad de aquel sea desarrollada de manera ineficiente.

Aunque dicha reforma constituye un avance en el proceso de delimitación del ejercicio de las potestades públicas —que a nuestro juicio, incide de manera directa en la forma en que el Estado interviene en la economía, a través de las empresas públicas y entidades descentralizadas que brindan servicios básicos y otros como los de naturaleza bancaria o aseguradora—, es necesario que la Constitución Política establezca límites más precisos, que impidan que la intervención estatal en la economía, viole los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los procesos económicos (consumidores, productores y comerciantes).

La ineficiencia del Estado en la prestación de servicios, y en la administración y desarrollo de otras actividades que ha asumido a través

(36) Constitución Política de la República de Colombia, artículo 336, citada por: HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 9ª edición, 1994, págs. 327 y 328.

(37) El texto que se adicionó al artículo 11 de la Constitución Política dispone: "La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas."

del establecimiento de empresas públicas o de la creación de entes descentralizados, nos lleva de manera ineludible al tema de la privatización —que debe entenderse como la transferencia de una empresa o de una actividad pública al sector privado—, como método empleado no sólo para paliar los efectos negativos que ha tenido esa forma de intervención estatal en la economía, sino para poner en marcha los programas de reforma del Estado, que entre otros aspectos, tienden a garantizar su disminución y con ello, su eficiencia en la gestión de las actividades que le son propias.

A pesar de que el objetivo de nuestro trabajo no se centra en un análisis exhaustivo de los procesos de privatización, es indispensable hacer algunas consideraciones sobre el particular, dada la trascendencia que dicha figura adquirió a efecto de lograr una reducción del aparato estatal,⁽³⁸⁾ con el objeto de hacerlo más eficiente en el cumplimiento de sus funciones de orientador, protector, ordenador y promotor de la actividad económica a través del sistema de mercado, y por ende, garante del desarrollo social.⁽³⁹⁾

En primera instancia, es necesario establecer cuáles son los objetivos que se persiguen con un proceso de privatización. Al efecto, Fernando Castillo Viquez señala que “...los tres objetivos, claramente identificables de este proceso son:

- A) Lograr la eficiencia en una serie de actividades económicas que se consideran esenciales y que tienen una incidencia importante en el sistema económico.

(38) Para tal efecto, se puede consultar a: DROMI, José Roberto. *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1991, págs. 3 a 229; CICERO, Nidia Karina. *Servicios Públicos Control y Protección*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996; ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *La Reforma del Estado*, San José, EUNED, 1992, págs. 34 a 44; JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg. *La Reforma Administrativa, La Reforma del Estado y la Privatización de Instituciones, Empresas y Programas Públicos*, San José, EUNED, 2000, págs. 235 a 293.

(39) En el Informe sobre el Desarrollo Mundial rendido en 1997 por el Banco Mundial, se indica que “Un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios —y las normas e instituciones— que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz. En su ausencia, no puede alcanzarse un desarrollo sostenible ni en el plano económico ni en el social”. BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, Washington, 1998.

- B) Reducir el tamaño del Estado, el cual se considera demasiado grande para una economía tan pequeña como la costarricense.
- C) Obtener recursos sanos con la venta de activos para financiar el déficit del sector público.”⁽⁴⁰⁾

Aunque es incuestionable que los efectos derivados de la intervención directa del Estado en la economía, a través de la gestión de determinadas actividades económicas –como la prestación de diversas clases de servicios o la producción de ciertos bienes–, ha sido deficiente, no sólo por la mala calidad de los mismos, sino por sus altos costos –entre otras vicisitudes que los usuarios hemos tenido que soportar–, no podemos pretender que en aplicación de los procesos de privatización, el Estado tenga que desligarse por completo del desarrollo de esas actividades (dentro de los límites que se han apuntado: interés público, contenido esencial de los derechos fundamentales que puedan verse restringidos con la intervención, y la necesaria temporalidad de la vigencia de esas medidas), pues es esencial que, independientemente de que algunas de estas actividades se privaticen; de que el Estado conserve la titularidad de ciertos bienes a través de los cuales se producen dichos servicios; o de que comparta el mercado con empresas privadas en la gestación de los mismos; siempre ejerza una fiscalización efectiva⁽⁴¹⁾ de la prestación privada o mixta –recordemos los alcances de la reforma al

(40) CASTILLO Víquez, Fernando. *Op. Cit.*, págs. 155 a 156.// En cuanto al tercer objetivo señalado con anterioridad –obtener recursos sanos para financiar el déficit del sector público–, Sebastián Martín–Retortillo Baquer, considera que destinar el producto de esas enajenaciones “...a cubrir gastos corrientes de la gestión pública (...) no es aconsejable. No hay aquí sustitución patrimonial alguna; en tal caso, hay un evidente empobrecimiento. Distinto es, sin embargo, cuando los ingresos que se alcanzan con las privatizaciones se adscriben a un fin concreto, vinculándose a inversiones que suponen la creación de mayor riqueza. O, mayormente, cuando con toda razón, se dedican expresamente a cubrir los costos del déficit público, frecuentemente desbordado. El Estado, ciertamente, reduce también en estos casos su patrimonio; no cabe decir, sin embargo, que sea más pobre, pues también reduce su endeudamiento.” MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Reflexiones sobre las Privatizaciones. Revista de Administración Pública*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/Diciembre de 1997, No. 144, pág. 26.

(41) Véase en ese sentido a: CICERO, Nidia Karina. *Op. Cit.*, págs. 63 a 86.

artículo 11 de la Constitución Política, en cuanto a la eficiencia de la función administrativa— de esos servicios o de la producción de ciertos bienes, dado el interés público que revisten.

En virtud de lo anterior, aunque la privatización en muchos de los casos de actividades desarrolladas por el Estado, se hace indispensable (como por ejemplo: en el caso de los seguros), no podemos aplicarla sin tener en consideración ciertos aspectos que son fundamentales para no desvirtuar sus muy loables propósitos. Entre ellos debemos citar los siguientes:

a) Debe garantizarse que la gestión privada de las actividades que antes realizaba la Administración, resulte más eficaz y menos costosa. Asimismo deben observarse los principios de universalidad e igualdad, que aseguren a todos los ciudadanos el acceso en igualdad de condiciones a dichos bienes y servicios.⁽⁴²⁾

b) Lo anterior, implica que deben establecerse mecanismos que garanticen un control eficaz de los aspectos señalados con anterioridad (eficiencia, universalidad e igualdad), a efecto de amparar los derechos de los usuarios. El Estado modifica entonces su papel en el proceso económico, ya que pasa de ser un prestador directo de bienes o servicios, a un controlador eficaz de la gestión realizada por los concesionarios privados.⁽⁴³⁾

(42) Véase en ese sentido a: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Op. Cit.*, pág. 20, y a CASTILLO Viquez, Fernando. *Op. Cit.*, págs. 155 a 156.

(43) En este punto resulta muy ilustrativo indicar, que a partir de la reforma a la Constitución Argentina, ésta "...obliga expresamente a todas las autoridades a velar por la protección de los derechos de los consumidores y a controlar los monopolios naturales y legales. Así, en virtud de lo dispuesto en su art. 42, todos los gobernantes —legisladores, jueces, funcionarios del Poder Ejecutivo y directores de los órganos de contralor—, deben: a) Proteger los derechos de los usuarios y consumidores, entendiendo por tales: el derecho a la protección de la salud e intereses económicos; el derecho a una información veraz; el derecho a la libertad de elección; el derecho a un tratamiento digno y equitativo; b) Controlar los monopolios naturales y legales y defender la competencia de toda forma de distorsión; c) Proveer lo conducente para que los servicios públicos sean prestados en condiciones de calidad y eficiencia; d) Promover la constitución de consumidores y usuarios." CICERO, Nidia Karina. *Op. Cit.*, pág. 67.// Si bien es cierto, la Constitución Política de

c) Debe evitarse que “...el proceso de privatización se convierta en un mecanismo para generar una mayor concentración de riqueza (...) Es de suma importancia tener presente esto, no vaya a suceder que, por tratar de eliminar las distorsiones que la ha creado la excesiva participación del Estado en la economía, se cree una distorsión más grave al sistema económico, mediante la concentración de la riqueza, que impida, la libre iniciativa y la libre competencia; pilares fundamentales de la economía de mercado.”⁽⁴⁴⁾

d) “El proceso de privatización no puede ser un instrumento por el cual el Estado realice malos negocios, con la venta de empresas públicas. En estos casos, se deben seguir los procedimientos más rigurosos para determinar el valor real de mercado, dando participación, en la confección de los avalúos, a entidades privadas de reconocido prestigio y a la Contraloría General de la República. No vaya a suceder que, en nombre de la eficiencia económica, se efectúen grandes negocios con graves consecuencias para el interés público.”⁽⁴⁵⁾

nuestro país contiene normas más o menos similares a las consagradas en la Constitución Argentina (véase el párrafo 2º del artículo 11 en cuanto a la eficiencia de la gestión pública, y el párrafo 5º del artículo 46 en cuanto a los derechos de los consumidores y la creación de asociaciones para la defensa de sus derechos); también lo es, que el texto constitucional costarricense carece de una norma tan fundamental –la que en el fondo garantiza el respeto de las libertades económicas tanto de productores como consumidores, frente a la intervencionismo estatal irrestricto–, que permita delimitar los alcances de la intervención del Estado en la economía, mediante una regulación del funcionamiento de los monopolios y de la defensa efectiva de la libre competencia, de toda forma distorsión.

(44) CASTILLO Víquez, Fernando. *Op. cit.*, pág. 158.// Es necesario hacer hincapié en ese aspecto, pues tal y como se desprende de la edición de El Financiero del 21-27 de agosto del 2000, el ejercicio de la libre competencia en nuestro país, aún está en ciernes; “...la legislación que la regula presenta vacíos y debilidades que, a juicio de los expertos, es necesario corregir para garantizar una eficiente fiscalización del Estado frente a las prácticas monopolísticas. Pese a que la libertad de comercio está consagrada en la Constitución Política, falta mucho camino que recorrer para avanzar en la promoción de la competencia. La realidad indica que grandes empresas dominan segmentos importantes del mercado...”, como por ejemplo: la Corporación de Supermercados Unidos (CSU) es la cadena que cuenta con más establecimientos: 22 Más x Menos, 66 Palí y 1 Hipermás, y en el sector farmacéutico, predominan las Distribuidoras Cefa y Eos-Fischel.

(45) CASTILLO Víquez, Fernando. *Op. cit.*, pág. 159.

e) No es posible privatizar aquellas actividades cuyos medios de producción son del dominio del Estado, tales como los que establece el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política, a menos que se modificara el texto constitucional en sentido contrario.⁽⁴⁶⁾

En términos generales, el fin último que se pretende a través de la aplicación de estos procesos, es que surja un nuevo concepto de Estado: uno "... más reducido, mucho más reducido, pero al mismo tiempo un Estado eficaz y fuerte..."⁽⁴⁷⁾ el necesario para "...poder contar con los bienes y servicios –y las normas e instituciones– que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz..."⁽⁴⁸⁾ Esperamos que en nuestro país no se posterguen por más tiempo estas reformas, pues independientemente de quién sea el titular de ciertos bienes, debe desterrarse la ineficiencia –tanto del sector público, como del privado–, la corrupción, los privilegios y la intervención estatal ilimitada en la economía, que tanto daño hacen a la

(46) Cabe en este punto, transcribir parcialmente la sentencia dictada por la Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 15 de la Ley de Radio y Televisión, oportunidad en la que se consideró: "...los bienes demaniales están sujetos a un régimen jurídico particular en orden a su explotación, régimen que determina que los particulares sólo pueden explotarlos en tanto sean concesionarios. Esta concesión puede ser especial en cuanto sea acordada por la Asamblea Legislativa, o por el Poder Ejecutivo de conformidad con una ley de la materia. Lo fundamental aquí es que en virtud de la reserva de ley que existe en este asunto, le corresponde a la Asamblea Legislativa la fijación y regulación de las condiciones y estipulaciones para el otorgamiento de dicha concesión; resultando prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios inalámbricos sin ley o sin concesión especial del legislador. En nuestro ordenamiento esta decisión legislativa ha sido tomada exclusivamente a favor del Instituto Costarricense de Electricidad y de RACSA, y no a favor de los particulares, por lo cual éstos tienen prohibición para explotar estos servicios, prohibición que es de rango constitucional..." Sentencia número 3067-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las quince horas con cuarenta y dos minutos del trece de junio de mil novecientos noventa y cinco.

(47) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Op. cit.*, pág. 35.

(48) BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, Washington, 1998.

ciudadanía en general, ya que dichos factores –junto con otros que ya hemos señalado–, se han constituido en verdaderos obstáculos al desarrollo económico y social que se pretende alcanzar.

2.c. El adecuado reparto de la riqueza: la justicia tributaria como fundamento de la justicia distributiva

El tercer medio previsto por el texto constitucional para que el Estado procure el mayor bienestar a los habitantes del país, es el adecuado reparto de la riqueza. De acuerdo con lo señalado por Rubén Hernández Valle, “para distribuir la riqueza, el Estado puede hacer uso de los procedimientos ablatorios, los cuales implican un sacrificio (caso de expropiación) o limitación a la propiedad o libertad de los administrados (procedimientos ablatorios reales, personales, etc)..., la potestad del Estado para distribuir la riqueza sólo puede ejercitarse válidamente una vez creada la riqueza, como ocurre con el impuesto sobre la renta y no antes de que aquella se genere. Sea que tal potestad deja incólumes la propiedad y organización internas de la empresa”.⁽⁴⁹⁾

Ahora bien, tal y como se indicó con anterioridad, la forma que más utiliza el Estado para redistribuir la riqueza es mediante la imposición y cobro de tributos. “Todos sabemos que la igualdad en materia tributaria permite gravar progresivamente más al que más tiene, y con el producto de esos impuestos dar más al que menos tiene, (...) Corolario del principio de igualdad es el de generalidad, conforme al cual todas las personas que se encuentren en una misma situación deben ser gravadas igualmente.”⁽⁵⁰⁾ Si bien es cierto, la finalidad de estos principios materiales (como el capacidad económica y no confiscatoriedad) y formales (reserva de ley), es limitar el ejercicio del potestad tributaria del Estado y a su vez, de garantizar la justicia del sistema impositivo, también lo es, que en la práctica un gran porcentaje de los ingresos que percibe el Estado por ese concepto, no se derivan de los impuestos directos –en los que la aplicación de estos límites es, en principio, más eficaz–, sino de los impuestos indirectos (tales como el selectivo de consumo y ventas), que deben ser pagados por todas las personas indepen-

(49) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol. II, *Op. cit.*, págs. 620 y 621.

(50) GUARDIA QUIRÓS, Jorge. *Derechos de los Consumidores y los Contribuyentes*. *Op. cit.*, págs. 262 y 263.

dientemente de su capacidad económica y de los criterios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, motivo por el cual, no podemos hablar de una justa distribución de la riqueza, si las personas que menos recursos tienen, son los que más contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos.⁽⁵¹⁾ Esa justa distribución de la riqueza, también se hace nugatoria, cuando a empresarios que se encuentran en igualdad de condiciones, se les exonera del pago de impuestos o se les conceden una serie de beneficios fiscales, sin que exista una razón que justifique esa exención, lo que en última instancia redundaría en que la carga tributaria se cargue sólo en una parte de los que debería contribuir con los gastos del Estado, lo que a su vez, supone que éste último percibirá menos recursos para ser redistribuidos.

Tampoco puede haber una justa distribución de la riqueza, si una gran parte de los ingresos que percibe el Estado (que en un alto porcentaje provienen de los impuestos indirectos, que deben pagar por igual, tanto aquellos que tienen capacidad económica para hacerlo, como los que no la tienen), deben destinarse a pagar no sólo los sueldos de gran cantidad de funcionarios públicos (algunos de los cuales perciben mensualmente sumas millonarias por ese concepto, junto con otros privilegios, de los que no gozan la gran mayoría de los empleados públicos), sino a solventar las pérdidas provocadas por la ineficiencia de muchos de los entes descentralizados y de las empresas públicas, a través de las cuales el Estado ha intervenido directamente en la economía. Ello implica que las personas con menos capacidad económica, son las que mantienen esos privilegios y las que ayudan a sostener el deficiente funcionamiento de entidades y empresas que fueron creadas con el fin de proveerles desarrollo y bienestar.

(51) Cabe destacar que el Proyecto de Ley de Simplificación Tributaria ha recibido muchas críticas, porque según sus detractores no se dirige a alcanzar una verdadera justicia tributaria, ya que "...los usuales contribuyentes, aquellos que no tienen otro sustento que el salario, sienten que se ciernen sobre sus espaldas un aumento de los impuestos de ventas, entre otros, que el Gobierno no puede recaudar en otra fuente similarmente segura, es decir, indefensa. Estos impuestos –directa e indirectamente– caerán sobre los trabajadores a quienes cada mes se le resta el impuesto al salario y tienen que lidiar además con la elevación de precios de la "canasta básica", por cierto, hace tiempo olvidada. Y caerán también sobre los empresarios que pagan religiosamente sus tributos, en desigual competencia con aquellos que subfacturan y sobrefacturan las mercancías a su conveniencia." LEAL ARIAS, Fernando. *Por la Justicia Tributaria*. Periódico **La Nación**, edición del Miércoles 6 de septiembre del 2000, pág. 15-A.

La imposición de tributos más altos, tampoco ayuda a solventar el problema derivado de la escasez de recursos, no sólo porque en nuestro medio provoca una mayor evasión fiscal, sino porque ello incide negativamente en los contribuyentes, pues torna la obligación tributaria en una de carácter confiscatorio⁽⁵²⁾ y por ende, nugatoria del derecho a la propiedad tanto de los medios de producción, como de una parte de las ganancias generadas con esos procesos, lo que a su vez, causa un desestímulo para la producción y para el ejercicio mismo de la libertad de empresa. Por esa razón, es muy importante que los tributos sean bajos, pues ello redundará –si el Estado pone en funcionamiento un buen sistema de recaudación y grava adecuadamente actividades que en la actualidad están excluidas del impuesto sobre la renta: como las utilidades generadas en el exterior– en un aumento de la producción, de los ingresos por concepto de impuestos y, en un mayor bienestar tanto para quienes producen esa riqueza, como para los menos afortunados quienes se beneficiarán al poderse destinar más recursos a los programas de bienestar social. En otras palabras, los “...bajos impuestos deberían estimular una alta producción mediante el incremento de incentivos a

(52) La Sala Constitucional ha manifestado en cuanto al tema de la no confiscatoriedad de los tributos que: “El Estado puede tomar parte proporcional de la renta que genera el particular, para sufragar sus gastos, pero siempre que no llegue a anular la propiedad como tal, como sería el caso de que el tributo absorba totalmente la renta. Si la Constitución protege el derecho de propiedad al patrimonio integral, no se puede reconocer y admitir que otras disposiciones lo destruyan. Así, para ser constitucionales, los tributos no deben desnaturalizar otros derechos fundamentales, la Constitución asegura la inviolabilidad de la propiedad privada, así como su libre uso y disposición y prohíbe la confiscación, por lo que no se puede permitir una medida de Tributación que vaya más allá de lo razonable y proporcionado (...) Si la Constitución en su artículo 45 establece que la propiedad privada es inviolable, y en su artículo 40 que nadie será sometido a pena de confiscación, es indudable que el tributo no puede ser tal que haga ilusorias esas garantías. Lo que debemos entender por “parte sustancial de la propiedad o de la renta”, es algo que no puede establecerse de manera absoluta; (...) Pero sí se puede establecer como principio, que se considera confiscatorio el gravamen que exceda la capacidad económica o financiera del contribuyente, o bien, si el impuesto absorbe una parte sustancial de la operación gravada, y corresponderá al Juez, en cada caso, analizar estas circunstancias, que serán, lógicamente, variables, y lo correcto es analizar estas situaciones en forma concreta”. Sentencia número 1802-97 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.// Véase en igual sentido, las resoluciones número 0633-94 y 5749-93 dictadas por ese mismo órgano jurisdiccional.

ahorrar, invertir, trabajar duro, e innovar. Pero los escépticos preguntan: ¿aumentará el crecimiento económico de veras?, como los impuestos son progresivos, ¿no se beneficiaría el rico al disponer del pobre si se bajan los impuestos que dependen de los servicios sociales financiados con impuestos? Un examen de la experiencia con el crecimiento de 20 países similares muestra... “que en todos los casos, los países que impusieron bajos impuestos 13-15% del PIB crecieron a tasas del 7% y aquellos con altos niveles de impuestos 21-24%, crecieron a tasas de 1%. Altas tasas de crecimiento aumentaron el nivel de vida de los pobres” (Finance and development, September 1983).”⁽⁵³⁾

La justa distribución de la riqueza –uno de los elementos a través de los que podría plasmar el segundo nivel de la justicia al que se refiere John Rawls–,⁽⁵⁴⁾ sólo será posible si el sistema tributario es justo, y si el Estado pone un límite a su gasto y al ejercicio de la potestad tributaria. Ello es esencial, pues de ello depende que no se violen las libertades económicas –y en última instancia, también las de carácter político–, objetivo que no sólo le corresponde garantizar al legislador, sino principalmente al administrador de justicia, quién deberá velar porque las normas y los actos estén supeditados al régimen de libertad consagrado en nuestra Constitución, como única forma de salvaguardar el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a los medios que le proporcionarían al individuo, la satisfacción de sus necesidades y deseos, de lo que depende su bienestar y su felicidad.

(53) GUARDIA QUIRÓS, Jorge. *Derechos de los Consumidores y los Contribuyentes*. Op. cit., págs. 267 y 268. // A esto es “...lo que Thatcher llamaba “sociedad de propietarios”, en la que frente al Estado de Bienestar se obtenga la “Sociedad del Bienestar”. ARIÑO GASPAS, Gaspar. *Principios de Derecho Público de la Economía*, Op. cit., pág. 109.

(54) Este segundo nivel de justicia “...sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad (...) Nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad. Sin embargo, esto no es razón, por supuesto, para ignorar y mucho menos para eliminar esas distinciones. Más bien, lo que es posible es configurar la estructura básica de modo tal que estas contingencias operen a favor de los menos afortunados...” RAWLS, John. *Op. cit.*, págs. 123 y 124.

CONCLUSIONES .

1. La manifestación económica del régimen de libertad, lo constituye el sistema de mercado. Si nuestra Constitución Política se inspira en ese régimen de libertad, para estructurar el modelo de organización de las diferentes expresiones del quehacer social, ello implica que el constituyente consideró al sistema de mercado, como el medio más eficaz para lograr el desarrollo económico y social de los costarricenses.

2. La intervención del Estado en la economía, no es incompatible con el sistema de mercado, ya que precisamente a través de esa intervención, es que se logra el buen funcionamiento de aquel, y con ello, la eliminación de los diferentes factores que distorsionan su normal desenvolvimiento.

3. En consecuencia, la intervención del Estado en la economía no puede ser ilimitada, pues de lo contrario suplantaría al mecanismo que el constituyente consideró más eficaz para alcanzar el desarrollo económico y social: el mercado. La intervención del Estado debe ser entonces necesaria, temporal, subsidiaria y justificada por un verdadero interés público.

4. Si la intervención del Estado –en los términos señalados con anterioridad– es necesaria para garantizar el normal desenvolvimiento de los procesos económicos, que se traducen en una mayor productividad, en mejores ingresos, en mayor cantidad y variedad de fuentes de trabajo, y en una gran variedad de productos de óptima calidad y al mejor precio; el párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política no resulta incompatible con el sistema económico de libertad consagrado por ese mismo cuerpo normativo.

5. Es indispensable aclarar, que el Estado no sólo debe intervenir para garantizar el buen funcionamiento del mercado, sino también, para crear las condiciones necesarias –como salud, vivienda, educación, entre otras–, a fin de que todas las personas tengan acceso a las actividades y medios de producción, en una justa igualdad de oportunidades.

6. Resultan contrarias al propio espíritu que inspira el contenido esencial de nuestra Constitución Política, aquellas leyes y sentencias que le dan un sentido diferente al párrafo 1º del artículo 50, y que prohíban sobre la supuesta base de esta norma, un intervencionismo estatal

ilimitado, que en lugar de cooperar a efecto de que el mercado funcione adecuadamente, más bien crean condiciones que lo distorsionan y lo desnaturalizan, en menoscabo de las libertades económicas de las personas.

7. Una manifestación inequívoca de ese intervencionismo directo del Estado en la economía, son las empresas públicas y las diversas actividades ejercidas por el Estado bajo el régimen de monopolio. Las consecuencias funestas de un ejercicio ineficiente de esas actividades saltan a la vista: bienes y servicios de mala calidad; precios muy altos; pérdidas multimillonarias; inyección de recursos que provienen de los mismos usuarios y que deberían destinarse a la realización de obras de bien social, como salud y educación; entre otras.

8. Ello nos plantea la necesidad de que el Estado sea reformado: que su tamaño sea reducido para que sea más eficiente en las labores que cumple —lo que no quiere decir que sea desmantelado o llevado a un mínimo de existencia—, lo cual implica que algunas actividades tendrán que ser privatizadas, siempre y cuando se garantice: a) el acceso igual y universal a los bienes o servicios que vayan a prestar las empresas privadas, y b) la eficiencia en la producción de bienes o en la prestación de servicios, que implica menores costos y mayor calidad de los mismos.

9. El tema de la privatización inexorablemente nos lleva al tema de los monopolios públicos, los que de por sí, ya representan una distorsión en el mercado y en los derechos de los consumidores. Al respecto consideramos que algunos monopolios otorgados al Estado deben desaparecer, porque a nuestro juicio no existe un verdadero interés público en que mantenga el control y el ejercicio único de actividades tales como: la fabricación de bebidas alcohólicas (Fanal), o la venta de seguros (Ins). En otros supuestos, como la generación y venta de energía eléctrica, o la prestación del servicio de agua potable, puede estimarse que existe un interés público en que el control y manejo continúe en manos del Estado, no obstante, es indispensable regular y fiscalizar en forma adecuada su funcionamiento, a fin de garantizar la eficiencia de la gestión estatal, que se debe traducirse en una óptima calidad de los bienes y servicios producidos, y en precios que reflejen los costos y las necesidades reales de inversión para mantener la eficiencia y continuidad del servicio que se presta.

10. La intervención ilimitada del Estado en la economía, no sólo provoca una distorsión en el mercado y sus procesos, sino

principalmente, en el ejercicio de las libertades económicas –y en el fondo de los demás derechos fundamentales–, lo cual se agrava por el hecho de que los órganos jurisdiccionales competentes para tutelar esos derechos, sostengan en determinadas oportunidades, o bien, de manera reiterada, argumentos que propician este tipo de violaciones.

11. El contenido del párrafo 1º del artículo 50 de la Constitución Política, no consiste en un mero enunciado cuyo cumplimiento queda a discreción del Estado; más bien, constituye una potestad que debe ser ejercida dentro de ciertos límites (necesidad, temporalidad, subsidiaridad y justificada en un verdadero interés general), a efecto de proteger, orientar y fomentar los procesos productivos a través del sistema de mercado, y con ello, propiciar el pleno y eficaz ejercicio de las libertades económicas reconocidas por el mismo texto constitucional.

12. En virtud de lo anterior, es posible que los ciudadanos puedan plantear ante los Tribunales de Justicia, reclamos dirigidos a hacer cumplir al Estado con esos deberes de forma tal, que no impliquen una distorsión de los mecanismos y derechos que están obligados a tutelar.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Empresa Pública. En el Modelo Económico en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, España, Editorial Comares S.L., 1999.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. *Elementos Económicos en la Constitución Política*, San José, Juritexto, 1992.

CICERO, Nidia Karina. *Servicios Públicos. Control y Protección*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DE LAUBADERE, André. *Droit Public Économique*, París, Dalloz, deuxième édition, 1976.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª reimpresión, 1983.

- DROMI, José Roberto. *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1991.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, reimpresión a la tercera edición, 1979.
- GUARDIA QUIRÓS, Jorge. *Derechos de los Consumidores y los Contribuyentes. Derechos Humanos y Eficiencia Económica*, publicado por la Asociación Nacional de Fomento Económico, 1985.
- HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 9ª edición, 1994.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, Vol.II, San José, Editorial Juricentro, 1994.
- JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg. *La Reforma Administrativa, La Reforma del Estado y la Privatización de Instituciones, Empresas y Programas Públicos*, San José, EUNED, 2000.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *La Crisis y la Deuda Externa*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1993.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *La Reforma del Estado*, San José, EUNED, 1992.
- REVISTAS:**
- HABA, Enrique Pedro. *Magia Verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, "derechos" económicos*. Revista de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Centroamérica, San José, Volumen I, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Reflexiones sobre las Privatizaciones*. **Revista de Administración Pública**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/Diciembre de 1997, No. 144.
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Propiedad, Empresa e Intervención*, **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 35, San José, mayo-agosto de 1978.
- VÁSQUEZ G., Enrique. *Hacia una nueva concepción de los Derechos Humanos*, **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, No. 5, Enero-Julio de 1987.

INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES:

BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, Washington, 1998.

PERIÓDICOS:

BERMÚDEZ, Kattia. *20 Años de Apertura: Una tarea Inconclusa*. Periódico **El Financiero**, edición del 21-27 de agosto del 2000, pág. 16.

GUEVARA GUTH, Otto. *Democratizar la Propiedad Pública*. Periódico **La Nación**, edición del sábado 12 de agosto del 2000, pág. 14-A.

LEAL ARIAS, Fernando. *Por la Justicia Tributaria*. Periódico **La Nación**, edición del Miércoles 6 de septiembre del 2000, pág. 15-A.

MURILLO, Nelson. *Competencia Incipiente. Aranceles y Dominio de Algunas Empresas limitan Opciones al Consumidor*. Periódico **El Financiero**, edición del 21-27 de agosto del 2000, págs. 10 y 11.

LEGISLACIÓN:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 13ª. Edición, 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (Anotada, Concordada y con Jurisprudencia Constitucional), Tomos I y II. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª Edición, 1999.

JURISPRUDENCIA:

1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia dictada por la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las catorce horas treinta minutos del seis de enero de mil novecientos ochenta y seis.

2. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 1195-91 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Sentencia número 5749-93 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sentencia número 0143-94 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 0633-94 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 319-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 650-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 3067-95 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 3327-95 dictada por SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 1608-96 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 7044-96 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 1802-97 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
- Sentencia número 2123-97 dictada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

**LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL AEROPUERTO
INTERNACIONAL JUAN SANTAMARÍA
VOTO 11657-01**

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Maestría de Derecho Público
Profesor de Contratación Administrativa
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

*Al Maestro,
Dr. Rodolfo Piza Escalante*

Nota: Mi ensayo *Derecho y globalización* publicado en el número anterior (98) de esta revista fue el fruto, con otras investigaciones de próxima publicación, de la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht, Holanda, para desarrollar una pasantía académica en este centro de estudios, durante el invierno europeo del 2002. Expreso mi agradecimiento a esta universidad como a la Universidad de Costa Rica por permitirme realizar estas investigaciones.

(*) 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:

Introducción

- I. Objeto del contrato de gestión interesada de acuerdo a las normas jurídicas respectivas
- II. Examen de los principales argumentos de este voto de mayoría 11657-01
 1. Ley de concesión de obra pública con servicios públicos
 2. Actos administrativos absolutamente nulos no pueden ser subsanados ni convalidados
- III. Voto salvado del Magistrado Piza Escalante
- IV. Temas que ya habían sido declarados, por la Sala Constitucional, como violatorios de la Carta Magna
- V. Potestades de *imperium* conferidas por el cartel al gestor
- VI. Artículos 81 y 82 de la Ley de la jurisdicción constitucional
- VII. Presupuesto Nacional: ley formal
 1. Tesis del Magistrado Dr. Rodolfo Piza Escalante
 2. Criterio de mayoría de la Sala Constitucional, en el sentido de que la Ley de presupuesto es una ley en sentido material y formal

A modo de conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Me es muy grato escribir este ensayo en honor del Maestro Rodolfo Piza Escalante. Recuerdo que en los años de 1960 fui su asistente en la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Frecuentemente, el Profesor Piza me recordaba la colaboración que le había prestado en aquellos años hermosos de los 60's. Siempre mantuve con este académico una relación de respeto, amistad y admiración.

Uno de los últimos votos de la Sala Constitucional en que participó el Dr. Piza Escalante fue el 11657 del 14 de noviembre del 2001, dándose la casualidad de que se resolvía aquí una acción de inconstitucionalidad en la que había actuado como abogado de varias agrupaciones, asociaciones y sindicatos que presentamos esta acción de inconstitucionalidad, en el expediente No. 7299-00. Ellas fueron: Consejo de Defensa de la Institucionalidad, dirigido por el ex Presidente de la República, Rodrigo Carazo Odio, Asociación Nacional de Empleados Públicos, Central del Movimiento de Trabajadores Costarricenses, Mesa Indígena Costarricense, Sindicatos de Educadores Costarricenses, Consejo de Defensa de la Institucionalidad de Alajuela, Federación Nacional Campesina, Asociación Nacional de Trabajadores, Electricistas y afines.

Este voto 11657 del 14 de noviembre del 2001 de la Sala Constitucional, resolvió (rechazado en sus aspectos medulares), la acción de inconstitucionalidad presentada contra varios aspectos de esta contratación administrativa relativa al aeropuerto internacional Juan Santamaría, de acuerdo a la licitación pública 1-98 del Consejo Técnico de Aviación Civil.

En este trabajo se hará un análisis de aquellos aspectos que en nuestro criterio son centrales en este *voto 11657-01*.

El Magistrado Dr. Rodolfo Piza Escalante sostuvo un voto de minoría, el cual hemos tenido a nuestra disposición gracias a la gentileza de su hijo el Dr. Rodolfo Piza Roquefort. Efectivamente, en la tarde del día 13 de agosto del 2002, tuvo la gentileza de darme –en su oficina– el voto salvado de su padre, obteniéndolo de la computadora paterna. Agradezco mucho su gentil colaboración.

Don Rodolfo murió poco tiempo después de haberse realizado la votación, el 14 de noviembre del 2001, de este asunto.

El Dr. Piza Escalante declaró como inconstitucionales:

–El reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios.

–Decreto ejecutivo No. 26801 del MOPT del 19 de marzo de 1998 y sus aprobaciones previas por la Contraloría General de la República mediante oficios Nos. 1580 del 18 y DGCA 132 del 23 de febrero de 1998.

–La convocatoria, el cartel y el procedimiento de licitación pública No. 01-98, el contrato de gestión interesada de servicios aeroportuarios del aeropuerto Internacional Juan Santamaría del Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC), incluyendo su adjudicación y demás actos conexos.

–Acuerdo ejecutivo No. 152 del 9 de julio de 1999, que ratificó y convalidó el procedimiento de licitación y la adjudicación dichos.

–El contrato suscrito por CETAC con la entidad denominada “Gestión aeroportuaria AGI de Costa Rica S.A. y su aprobación por la Contraloría General de la República.

–Y el hecho de que sorpresivamente ese concesionario AGI o gestor interesado, después del contrato apareciera reemplazado por una empresa llamada Alterra Partners de Costa Rica S.A.

–Las normas atípicas anuladas en el voto de mayoría, a las que, agrega, por conexidad las de la Ley No. 8038 del 12 de octubre del 2000, que confirieron al CETAC, además de la desconcentración máxima prevista por la Ley general de la administración pública, una personalidad jurídica instrumental, un patrimonio y presupuestos propios, y atributos propios reservados por la constitución a la Administración descentralizada.

El Dr. Piza Escalante acogió completamente los alegatos de inconstitucionalidad que presentamos en este expediente 7299-00.

Este Magistrado calificó su voto de minoría, en este asunto, como su testamento.

Hacemos ahora una anotación histórica nacional: podríamos señalar que este contrato del aeropuerto internacional Juan Santamaría es el negocio más grande del Siglo XX (ejecutado en el Siglo XXI), ya que

representa una suma global de más de 1.600 millones de dólares USA. Recordamos que en el Siglo XIX, los negocios que hizo en el país el empresario *Minor Cooper Keith* (1840-1920) con el Estado costarricense, a fines de esa centuria, fueron los más grandes de esa época.

De este modo, la vía de la contratación administrativa ha servido para la realización de los negocios más grandes en la historia nacional, lo cual explica la red compleja y eficiente de la operatividad comercial de los intereses en juego, lo que recuerda la obra del escritor español Jacinto Benavente (1866-1954), *los intereses creados*, escrita en 1907.

En este estudio se analizará el voto 11657 del 2001 de la Sala Constitucional, tanto en su voto de mayoría como el voto salvado del Dr. Piza.

Las autoridades públicas respectivas, bautizaron este negocio con el nombre de contrato de gestión interesada, pero sustancialmente es un convenio de concesión de obra pública como bien lo afirmó el magistrado Piza.

El voto tiene una redacción o construcción contradictoria e incongruente, ya que el *antecedente* y el *consecuente* no están articulados dentro del razonamiento lógico jurídico.

Así, el *antecedente* afirma que elementos de este caso son inconstitucionales y por tanto nulos absolutamente, y el *consecuente* los califica de nulidades relativas, y por ende subsanables. Con este *argumento*, se concluyó (por tanto, parte dispositiva del voto) avalar este contrato (ver, entre otros, Perelman, Charles, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Cívitas, 1979; y, Arroyo, José Manuel, Alexander Rodríguez, *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*, San José: Escuela Judicial, 2002).

Argumentar es una manera de dar cuenta y razón de algo ante alguien en un marco discursivo (Muñoz, Jacobo y Julián Velarde, *Compendio de epistemología*, Madrid: Trotta, 2000, pág. 64; Elí de Gortari, *Diccionario de la lógica*, México: Plaza y Valdés, 1988, pág. 46).

Argumento es un complejo formado por un conjunto de varias proposiciones llamadas premisas y una proposición denominada conclusión (Honderich, Ted, editor, *Enciclopedia Oxford de filosofía*, Madrid: Tecnos, 1995, pág. 71).

En el análisis de esta resolución se detallará esta contradicción del voto de mayoría, entre otros aspectos.

Por lo que respecta al voto salvado del Dr. Piza, diremos que en su argumentación existe congruencia entre el *antedecente* y el *consecuente* o entre las *premisas* y la *conclusión*.

I. OBJETO DEL CONTRATO DE GESTIÓN INTERESADA DE ACUERDO A LAS NORMAS JURÍDICAS RESPECTIVAS

- a) El **reglamento** para los contratos de gestión interesada de los servicios portuarios, Gaceta 63 del 31 de marzo de 1998.

Artículo 3, párrafo segundo:

El objeto primordial de este tipo de contrato será la administración, operación, manejo y mantenimiento de los servicios aeroportuarios, a cargo del gestor.

- b) **Cartel** de la licitación pública 01-98

Cláusula I.B

El Consejo Técnico de Aviación Civil promueve esta licitación pública 1-98 para la dirección, operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del aeropuerto internacional Juan Santamaría, a cargo del gestor.

- c) **Contrato** del gestor interesado

Cláusula 2.1

El objeto de este contrato es la prestación de servicios por parte del gestor para la operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, financiamiento, construcción y promoción del aeropuerto internacional Juan Santamaría.

Comparemos los **objetos** de este contrato de gestión interesada:

| Reglamento | Cartel | Contrato |
|-------------------|-----------------|--------------------------|
| Administración | Administración | Prestación de servicios |
| Operación | Operación | del gestor para: |
| Manejo | Dirección | Administración |
| Mantenimiento | Mantenimiento | Operación |
| de los servicios | Rehabilitación | Mantenimiento |
| aeroportuarios | Desarrollo | Rehabilitación |
| | Promoción del | Financiamiento |
| | aeropuerto | Construcción |
| | internacional | Promoción del |
| | Juan Santamaría | aeropuerto internacional |
| | | Juan Santamaría |

El cartel añadió estos conceptos, respecto del reglamento:

- Dirección
- Rehabilitación
- Desarrollo
- Promoción

El contrato añadió estos conceptos, respecto del reglamento:

- Rehabilitación
- Financiamiento
- Construcción
- Promoción

El contrato añadió estos conceptos, respecto del cartel:

- Financiamiento
- Construcción

Ahora bien, ¿cuál es la jerarquía jurídica de estos instrumentos?

Existiendo, como existe, un reglamento para los contratos de gestión interesada, en el cual se define la naturaleza y los alcances de este contrato, la jerarquía es la siguiente:

Primero, el reglamento

Segundo, el cartel

Tercero, el contrato

De esta manera el reglamento prevalece sobre el cartel y el contrato.

Tanto el cartel como el contrato se deben ceñir a lo que dispone el reglamento.

Por ello, el exceso (en lo que respecta al **objeto** del convenio) en que incurre el cartel respecto del reglamento; y, el contrato respecto del cartel y el reglamento, es nulo de pleno derecho. Esto es muy importante en esta fase de ejecución del contrato en la que se está. Lo decimos aquí, a sabiendas de que de nada vale, porque la cúpula de los partidos tradicionales del país (PLN, PUSC) no tiene el menor interés en perturbar este convenio ni permitirá que se perturbe, pues hay, muchos intereses en juego. En este negocio, el Estado de Derecho no existe. Solo la voluntad de ejecutarlo a toda costa, en función de las enormes ganancias.

Las normas jurídicas citadas prueban que el particular que ejecuta el contrato es un concesionario y no un gestor, de tal modo que el nombre del contrato como de gestión interesada cede frente a la realidad sustancial de constituir un contrato de concesión de obra pública con servicio público, como también lo afirmó el Magistrado Piza Escalante, en su voto salvado.

El refrendo contralor al contrato de gestor interesado

Este contrato, por el cual se le dio –en la realidad– el aeropuerto Juan Santamaría en concesión a un particular extranjero, fue refrendado por la Contraloría General de la República por oficio 13046 del 4 de diciembre del 2000, por estar sujeto a derecho.

La *cláusula 27.4* de este contrato afirma que:

En el caso de que surja alguna discrepancia o inconsistencia entre las disposiciones de este contrato y el cartel, que no puedan ser interpretadas por las reglas de la lógica y sentido común, las disposiciones del contrato prevalecerán.

Esta disposición es ilegal, ya que en materia de contratación administrativa prevalece el cartel o pliego de condiciones sobre el contrato, pues el cartel es la normativa específica de la respectiva relación contractual.

El contrato administrativo se perfecciona, es válido y eficaz por el acto de adjudicación de la oferta seleccionada. Los documentos denominados propuesta u oferta del particular, el pliego de condiciones y el acto de adjudicación (que consta en la correspondiente acta de selección del contratista público), son las piezas documentales que están en el file o expediente administrativo pertinente.

En caso de algún problema, debate o conflicto, esas piezas son las que se aportan a los Tribunales, si es que existe algún proceso pendiente.

A pesar de esta ilegalidad manifiesta, entre otras, la Contraloría otorgó el refrendo.

II. EXAMEN DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DE ESTE VOTO DE MAYORÍA 11657-01

Previamente a entrar a escribir sobre ese tema, informo que el Magistrado Instructor de este expediente fue Adrián Vargas Benavides, ex Procurador General de la República, hermano del Contralor General de la República, Luis Fernando Vargas Benavides, ex - asesor de la Casa Presidencial en la Administración Figueres Olsen (1994-1998).

Por esta razón de lazos sanguíneos fraternos presentamos recusación (2001) de este Magistrado, la cual fue rechazada -2001- por la Sala Constitucional argumentando:

- Que el Contralor había aprobado el reglamento de contratos de gestión interesada y había concedido el refrendo de este contrato para que se pudiera ejecutar.

- Que el Contralor recibió nota del Director General de la Contratación Administrativa (oficio DGCA-203-98, del 10 de marzo de 1998) oponiéndose fundadamente a la aprobación del reglamento, haciendo caso omiso de este criterio, habiendo procedido a darle el conocimiento de este reglamento a subordinados de este Director General, los cuales sí concedieron su opinión favorable al reglamento de marras.

- Que la recusación precedía de acuerdo con el artículo 53, inciso 2) del Código procesal Civil, que establece como causa de recusación el ser

“Primo, hermano por consanguinidad o afinidad, concuñado, tío o sobrino por afinidad de cualquiera que tenga un interés directo en el asunto, contrario al del recusante”.

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial manda en su artículo 25, que no pueden administrar justicia:

1. *Quien sea cónyuge, ascendiente o descendiente, hermano, cuñado, tío, sobrino carnal, suegro, yerno, nuera, padrastro, hijastro, padre o hijo adoptivo de un superior que pueda conocer en grado de sus resoluciones.*
2. *Quien tenga motivo de impedimento o que haya sido separado por excusa o recusación en determinado negocio.*

- Que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el jerarca responde administrativa, civil y penalmente por sus actuaciones, ya sea por desviación de poder o incumplimiento de deberes; obviamente, por violación del ordenamiento jurídico.

- El artículo 43 de la *Ley de la Contraloría General de la República*

El Contralor y el Subcontralor serán responsables cuando por dolo o culpa grave causen perjuicio a la Hacienda Pública.

Igualmente la Ley de la *Administración Pública* en sus artículos 199 y siguientes le imputa responsabilidad personal al funcionario público que actúa ilegalmente.

Por todo lo anterior sí existe un interés directo del Contralor en el resultado de esta acción de inconstitucionalidad, y por lo tanto su hermano Magistrado debía de ser recusado y la Sala tenerlo por separado del conocimiento de este asunto.

Sin embargo, a pesar de que era evidente y procedente la recusación, la Sala Constitucional rechazó esta recusación que presentamos respecto del Magistrado Instructor Vargas Benavides, argumentando:

– Las actuaciones de la Contraloría fueron institucionales.

– La Contraloría no es parte en este proceso (expediente 7299-00) ni defiende ninguna pretensión.

– El hermano del Magistrado Vargas Benavides no se encuentra directamente interesado en el presente asunto, por lo que al no tener interés directo, es claro que no nos encontramos en el caso del artículo 53, inciso 2) del Código Procesal Civil, CPC, además de que el artículo 59 del CPC determina que no es posible recusar a un juzgador por motivo no expresamente previsto en la ley.

– No existen motivos para ordenar la recusación del Magistrado Vargas Benavides en el presente proceso, lo que corresponde, es –entonces– desestimar la solicitud de recusación, como en efecto se hace.

Considero que el fundamento de las recusaciones, separaciones e inhibiciones de los jueces de asuntos que conozcan, en donde estén personas ligadas a ellos, está anclado en razones legales y éticas, a los principios de justicia, equidad, transparencia. Efectivamente, la recusación procedía y no debió de ser rechazada por la Sala Constitucional.

Cuando se notificó el voto *11657-01*, que resolvía este proceso, aparece como redactor de la misma el Magistrado Luis Paulino Mora Mora.

Lo que declaró inconstitucional el voto de mayoría 11657-01

– El otorgamiento al Consejo Técnico de Aviación Civil de personalidad jurídica instrumental y la conformación de su junta directiva es *inconstitucional* porque fueron normas atípicas del presupuesto las que concedieron esos aspectos. Desde el *voto 121-89* la Sala Constitucional afirmó que por normas del presupuesto nacional no se pueden regular materias que no sean propiamente presupuestarias.

1. Ley de Concesión de obra pública con servicios públicos

Esta ley No. 7762 del 22 de mayo de 1998, manda en su artículo 2, párrafo dos lo siguiente:

*Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se prestan **únicamente** podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.*

Su inciso primero manda:

Toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés público, que deberán constar en el expediente mediante acto razonado. Se exceptúan de la aplicación de esta ley las telecomunicaciones y la electricidad.

El Poder ejecutivo de la época, la Administración Figueres Olsen (1994-1998), envió a la Asamblea Legislativa el proyecto de ley (de esta normativa) con el fin de darle el aeropuerto Juan Santamaría a una empresa extranjera ya que con la redacción de la anterior concesión de obra pública ello no era posible.

No hay duda que esa fue la finalidad de mandar como proyecto, lo que será ley el 22 de mayo de 1998. Los testigos especialmente calificados fueron los diputados de esos años (1994-1998); y, por su parte el expediente legislativo correspondiente así lo prueba.

Esta ley se hizo con la finalidad de darle a los particulares el aeropuerto internacional Juan Santamaría, en concesión; y, no por otro tipo de contrato.

Sin embargo, ante la premura del Poder Ejecutivo por ceder ese aeropuerto a una empresa extranjera, procede a enviar a la Contraloría General de la República un reglamento para canalizar esta contratación mediante la figura negocial de la gestión interesada. La Contraloría otorga la aprobación a este reglamento de la contratación de gestión interesada y por esta vía se realiza el contrato hasta el presente, en el cual está en su etapa de ejecución.

Lo que interesa es destacar que la ley en mención autorizaba cederle ese aeropuerto a los particulares *únicamente* por esa ley y sus procedimientos.

Sin embargo, el Estado usó la “interpretación” de que si el negocio se hacía por concesión, se aplicaba la ley indicada; pero, que si usaba otra figura negocial, entonces, no era necesario utilizar esa ley.

Claro está, que esta forma de manejar el texto de la ley 7762 del 22 de mayo de 1998, tenía como efecto el legitimar el uso de la vía reglamentaria que el Estado (generada por la Administración Figueres Olsen: 1994-1998 y continuada luego por la de Rodríguez, 1998-2002) había decidido emplear en contra del texto expreso, claro y explícito de la ley 7762 en mención.

El *bilo argumental oficial estatal*, fue éste, informando que la Administración Figueres Olsen, 1994-1998, inició la tramitación de este negocio por la vía reglamentaria ante la Contraloría, y la Administración Rodríguez, 1998-2002, la respaldó:

La Ley de la contratación administrativa permite utilizar otros medios contractuales para llevar a cabo la negociación estatal, siempre que la Contraloría apruebe el reglamento del respectivo contrato (en este caso, el de gestión interesada). La autorización del negocio es legal y además cuenta con la aprobación del ente contralor.

Por supuesto, que esta “interpretación” se hace a contrapelo del texto nítido y transparente de la ley 7762 de 1998 citada, que manda que ***únicamente*** por esta ley y sus respectivos procedimientos se puede dar a los particulares, entre otros bienes, los aeropuertos (*artículo 2, párrafo dos*).

La Sala Constitucional asimila esta argumentación y la da por buena en su voto de mayoría, en su Considerando VIII:

El artículo dos, párrafo dos lo que hace es obligar al Estado para que en caso de determinar la conveniencia de dar en concesión los bienes allí mencionados, lo haga ciñéndose estrictamente a los procedimientos establecidos en la ley No. 7762. Lo anterior es la única forma de interpretar esta norma de conformidad con la lógica que se deduce del diseño de los dos primeros incisos del artículo.

Para dar fuerza a su argumentación, el voto de mayoría, afirma que esta manera de argumentar “*es la única forma de interpretar esta norma*”.

En este punto concreto, el *voto 11657-98* lo que dice es que *solamente, exclusivamente, únicamente* hay esta interpretación que este voto hace del artículo 2, párrafo dos de la ley 7762-98, para excluir cualquier otra interpretación. Por ello, este voto hace una interpretación *única* de lo que significa la palabra *únicamente*, pero diciendo todo lo contrario de lo que significa *únicamente*, pues opta por definirlo como lo opuesto: *no exclusivamente*, pues admite que hay otras formas o vías de negociación como la gestión interesada.

Lo interesante aquí es que cuando la ley 7762-98 citada, indica la palabra “*únicamente*”, el *voto 11657-01* lo relativiza hasta anular su sentido, para indicar que solo se refiere al contrato de *concesión*, pero no respecto de otros convenios administrativos. La misma anulación de sentido hace este *voto 11657-98* respecto del artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna:

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

- a) *Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional.*
- b) *Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional.*
- c) *Los servicios inalámbricos.*

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales –estos últimos mientras se encuentren en

servicio— no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en formar alguna del dominio y control del Estado.

Cabalmente, en lo que respecta a este numeral constitucional -121, inciso 14— el *voto 11657-1 Considerando IX*, afirma que:

Este artículo se refiere básicamente a los casos de concesión de obras y servicios públicos; y, no a la específica figura de la gestión interesada.

Por supuesto, que en ambos casos: artículo 121, inciso 14 como en el numeral 2, párrafo dos de la ley 7762-98 atañen a la *concesión* administrativa y, no a ningún otro contrato, es decir, como tampoco al de gestión interesada.

La Constitución Política es tajante en cuanto a que los particulares pueden efectuar la explotación indicada mediante la *concesión*; y, la ley 7762-98, manda claramente que *únicamente* por la ley de *concesión* de obras públicas con servicios públicos y sus respectivos procedimientos, se puede dar a los particulares el aeropuerto internacional Juan Santamaría.

La conclusión lógica de la argumentación del voto 11657-98 debió ser que la ley 7762-98 era conforme y congruente con el artículo constitucional 121, inciso 14 de acuerdo y que por tanto era inconstitucional el uso de la figura negocial de la gestión interesada. Sin embargo, la conclusión del *voto 11657-98* fue a contrapelo de su propia línea de argumentación, es decir, se tornó incongruente.

Toda esta situación nos recuerda el diálogo de *Alicia con Humpty Dumpty*; pues cuando Alicia le hizo la observación de que las definiciones que él daba eran absurdas, la contestación que obtuvo de su interlocutor fue que los conceptos los definen los que tienen el poder, (*Alicia a través del espejo*, 1871, escrita por el escritor y matemático inglés Lewis Carrol, 1832-1898).

Obvio que los que mandan no sólo definen los conceptos, sino todo lo que quieren. Eso que se llama *Orden Social* es definido y estructurado por el grupo que tiene “la sartén por el mango y el mango también”, como dice la canción. *Los ejecutivos* del cantautor argentino Alberto Cortés.

Digamos, además que en materia de esta *interpretación*, en este caso concreto, se dieron *otras interpretaciones*. Efectivamente, ya que en el seno mismo de la Sala Constitucional, el experto en Derecho público Magistrado Piza Escalante sostuvo lo contrario de lo que dice el voto de mayoría y acogió los razonamientos de la acción de inconstitucionalidad que presentamos. Y también otros expertos en Derecho Público en nuestro país concordaron con el criterio del Magistrado Piza (artículos publicados en la prensa escrita a lo largo de los años de 1998 al presente), también el entonces diputado Ing. Guillermo Constenla.

Lo anterior es una prueba fehaciente de que lo que el *voto de mayoría 11657-98* citado hizo fue ratificar la argumentación que el Estado le había proporcionado. Es decir, no fue un razonamiento propio de este voto de mayoría, sino que avaló el conjunto de ideas que el Estado ya le había dado en sus escritos, que constan en este *expediente No. 7299-00*.

Ahora bien, en *teoría general del Derecho*, el método de la *interpretación* presenta varias posibilidades: gramatical, textual o literaria, lógico-conceptual, histórica, teleológica entre otras.

Por la interpretación literal, *gramatical* o al corriente de las palabras, en el párrafo dos del artículo 2 de la ley 7762-98, "*únicamente*" es sinónimo de exclusivamente, solamente.

Por el método *lógico-conceptual*, la palabra "*únicamente*" es unívoca, no es equívoca ni multívoca (carece de otros significados, que no sea el de *exclusivamente o solamente*). Aplicando el método *histórico*, se tiene la prueba de que esa ley 7762-98, cuando fue enviada por el Poder Ejecutivo (Administración Figueres Olsen) como proyecto al Poder Legislativo, fue por el motivo de la urgencia de este gobierno tenía de dar ese aeropuerto, en concesión a una empresa extranjera, ya que la anterior ley de concesión de obra pública 7404 de 1994, no lo permitía.

Recordemos, también, que estaba muy sujeta a la propaganda estatal y oficial la tesis de que con la concesión de obra pública abierta al capital extranjero, vendrían empresas foráneas a poner capital para la construcción de obras públicas en el país. Claro está que la experiencia en este sentido con las carreteras fue negativa y nefasta, pues la empresa constructora de carreteras no aportó dinero alguno, la obra pública no la realizó, perjudicando seriamente al país.

Por esta razón se redactó y se aprobó el artículo dos, párrafo dos de la ley 7762-98, que era la parte medular de este cambio de ley tal y como se supraindicó.

También se tiene que el margen de interpretación es pequeño y a veces nulo, cuando el texto de la norma es claro, o sea, no existe ambigüedad, oscuridad o mal uso del lenguaje. De ahí el adagio *interpretatio cesat in claris* (en la claridad, se excluye la interpretación).

En resumen, podemos indicar que el Poder Ejecutivo (Administración Figueres Olsen, 1994-1998) tenía suma urgencia por darle el citado aeropuerto a una empresa foránea. Por ello manda el proyecto de ley de concesión de obra pública al Poder Legislativo; y, también, envía un reglamento para hacer viable (como lo fue) el contrato de gestión interesada, a la Contraloría General de la República, la cual lo aprueba antes de que la promulgación de la ley de concesión de obra pública.

Veamos las fechas:

1998, enero: el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) envía fax a la Contraloría reiterando la solicitud de que se le apruebe el reglamento de contratos de gestión interesada.

23 de febrero: la Contraloría le comunica al CETAC que el reglamento está autorizado.

31 de marzo: la Sala Constitucional avala, por voto 2319-98, el proyecto de ley de concesión de obra pública. Se publica en *La Gaceta* el reglamento de contratos de gestión interesada.

8 de mayo: cambia la administración Figueres Olsen por la de Rodríguez Echeverría.

22 de mayo: Se publica en *La Gaceta* la Ley de concesión de obra pública.

Con este pequeño cronograma queda claro que la Ley de concesión de obra pública (del 22 de mayo de 1998) derogó el reglamento de contratos de gestión interesada (del 31 de marzo de este mismo año) por: 1) La norma de mayor rango deroga aquella de menor jerarquía. 2) La norma posterior deroga la anterior. Lo derogó porque esta ley manda en su artículo 2, párrafo dos lo que ya hemos señalado: se puede dar el aeropuerto a un particular *únicamente* por esta ley y por los procedimientos que ella establece.

2. **Actos administrativos absolutamente nulos no pueden ser subsanados ni convalidados**

El Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) promovió y realizó la licitación pública 01-98, sin tener personalidad jurídica ni patrimonio propios, ni junta directiva; ya que fueron normas atípicas (del presupuesto nacional) las que le confirieron esos aspectos, lo cual ha sido reiterado por la Sala Constitucional.

Por esta razón, la sentencia anula esas disposiciones del presupuesto nacional, usadas para otros afines distintos a los presupuestarios.

Sin embargo, incurre en un error grave cuando sostiene este voto 11657-01, *Considerando VI*, que todo lo actuado por el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) en este negocio (licitación, reglamentos, procedimientos, etc.), a pesar de carecer de personería, patrimonio propio, junta directiva (porque fueron dados por normas atípicas del presupuesto nacional), se había convalidado por el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro de Obras Públicas) mediante su acuerdo 152, publicado en el Alcance 49-A a *La Gaceta* No. 133, del 9 de Julio de 1999, por el cual *ratificó y convalidó* de cualquier defecto que pudiera sobrevenir en razón de la competencia, al acto de adjudicación hecho por el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) en el procedimiento licitatorio N° 01-98 dándole efecto retroactivo de conformidad con el artículo 187 de la Ley general de la administración pública.

Este *Considerando VI*, califica o define como actos relativamente nulos los que detallaremos (que son verdaderamente nulos absolutamente y no pueden ser convalidados ni subsanados), para luego poder afirmar que se pueden convalidar o subsanar.

¿Cuáles son los actos absolutamente nulos en esta contratación, que la sentencia en comentario los recicla como "relativamente nulos"?

* La Sala Constitucional ya había afirmado que sólo el Poder Ejecutivo podía efectuar contratos administrativos (*voto 6240-93*, relativo al proyecto de la ley de hidrocarburos: *toda la contratación administrativa de la Administración Central, debe entenderse reservada al Poder Ejecutivo (Presidente de la República y el Ministro del ramo). Es inconstitucional que se autorice celebrar contratos administrativos a órganos subordinados de dicha administración, como es el caso de la Dirección general de hidrocarburos*).

Este mismo criterio vale respecto del Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) que promovió y adjudicó la licitación pública 01-98 relativa al contrato del aeropuerto internacional Juan Santamaría.

Es inconstitucional que este órgano subalterno de la Administración Central realice contratos administrativos.

* Además, de lo anterior, el CETAC, “tenía” personería jurídica, patrimonio propios, junta directiva por normas atípicas del presupuesto, lo cual la misma Sala Constitucional ha reiterado que es contra la Constitución Política, desde el *voto 121-89* al presente, incluyendo el voto que estamos comentando, Considerando IV.

Efectivamente, en este Considerando IV, el *voto 11657-01* dice:

La Sala Constitucional a partir de la sentencia 121-89 ha sostenido una reiterada tendencia jurisprudencial en el sentido de considerar contrarias a la Constitución Política a todas las normas generales contenidas en una Ley del Presupuesto que regulen materias no propiamente presupuestarias.

* Con base en este argumento, por el *voto 11657-01*, se declararon inconstitucionales las normas atípicas del presupuesto que le daban personería jurídica, patrimonio propio y composición de la junta directiva al CETAC (leyes Nos. 7015 y 7018 de 1985; y, 7051 de 1986, en los numerales correspondientes).

* En otras palabras lo que este *voto 11657-01* afirma es una incongruencia y un error enorme:

Primero: Acepta que un órgano subalterno del Poder Ejecutivo promovió y adjudicó una licitación pública, cuando el criterio de la Sala Constitucional es que sólo el Presidente de la República y el Ministro del ramo pueden realizar contratos administrativos.

Segundo: Anula, por inconstitucionales las normas atípicas presupuestarias que le dieron personería jurídica, patrimonio propio y junta directiva al CETAC. Pero, a pesar de que el criterio de esta Sala es que lo realizado por el CETAC, en este contrato, es nulo absolutamente, por ser inconstitucional; y, de que jurídicamente el CETAC no tenía existencia, por lo tanto todo lo que hizo es absolutamente nulo

(*Considerando IV*), da un salto en el vacío –este voto 11657-01– y en el *Considerando VI* afirma que esas nulidades son relativas y por tanto subsanables, que fue lo que hizo el Poder Ejecutivo por el acuerdo 152 del 9 de Julio de 1999.

Lo que procedía de acuerdo a la jurisprudencia constitucional y al propio cuerpo argumentativo de este voto 11657-01, era declarar absolutamente nulas las actuaciones del CETAC y por ende inconstitucionales (por las razones ya conocidas e indicadas por el voto 11657-01). No invocando el artículo 187 (de las nulidades relativas), sino el numeral 172 de las nulidades absolutas, que manda que el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación (ambos de la Ley de administración pública).

Ya la Sala Constitucional había afirmado que las inconstitucionalidades generaban nulidades absolutas (votos 1261-90, 1409-90, 252,91, 1-92, 4091-94, entre muchos) de tal modo que no podían ser convalidadas ni subsanadas, tal y como lo manda el artículo 172 de la Ley de Administración Pública:

El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación.

La consecuencia lógica de estas nulidades absolutas, que generan inconstitucionalidades, era acoger la acción de inconstitucionalidad y resolver tal y como lo hizo el Magistrado Piza Escalante.

III. VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO PIZA ESCALANTE

El Magistrado Piza se expresó así:

Disiento absolutamente del voto de mayoría, salvo el mío y estimo las acciones acumuladas en todos sus extremos. En consecuencia, declaro inconstitucionales y por lo tanto nulos, con el efecto retroactivo previsto por el artículo 91 de la Ley de esta Jurisdicción:

- a) *El llamado “Reglamento de Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios”, Decreto Ejecutivo N° 26801-MOPT del 19 de marzo de 1998, así como sus aprobaciones previas por la Contraloría General de la República mediante oficios N° 1580 del 18 y DGCA N° 162 del 23 de febrero de 1998;*

- b) *La convocatoria, el cartel y el procedimiento de licitación pública N° 01-98, "Contrato de Gestión Interesada de Servicios Aeroportuarios del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría", del Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC), incluyendo su adjudicación y demás actos conexos, así como el Acuerdo Ejecutivo N° 152 publicado el 9 de julio de 1999, que ratificó y pretendió convalidar el procedimiento de licitación y la adjudicación dichos;*
- c) *El Contrato suscrito por CETAC con la entidad denominada "Gestión Aeroportuaría AGI de Costa Rica S.A.", y su aprobación o refrendo por la Contraloría General de la República;*
- d) *El hecho de que, sorpresivamente, ese concesionario o "gestor interesado" apareciera, después del Contrato, reemplazado por otra empresa denominada "Alterra Partners de Costa Rica S.A.";*
- e) *También declaro, con la mayoría, inconstitucionales las normas atípicas anuladas en la sentencia principal, a las que, sin embargo, agregó, por conexidad, las de la Ley N° 8038 del 12 de octubre del 2000, que confirieron al CETAC, además de la desconcentración máxima prevista por la Ley General de la Administración Pública, una personalidad jurídica instrumental y otros atributos propios de la Administración descentralizada del Estado.*
- f) *Asimismo, con la mayoría declaro admisibles ambas acciones acumuladas, pero sin exclusión de los extremos que llama "de mera legalidad", y, además, teniendo por legitimados para su acción directa a los accionantes Consejo de Defensa de la Institucionalidad y otros, con base en el artículo 75.2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero no, como aquélla, en cuanto titulares de un 'interés difuso', sino porque, "dada la naturaleza del asunto, no hay lesión individual y directa" para nadie en particular.*

Fundo mi voto disidente en las siguientes razones:

Nota: aclaro que edito los argumentos que el Dr. Piza expone, de tal modo que no es copia textual ni completa.

Seleccionaré algunos de los aspectos que el Dr. Piza Escalante redactó para concluir su criterio de total inconstitucionalidad al contrato citado y a todo lo actuado.

Del acto de adjudicación en el procedimiento licitatorio No. 1-98 realizado por el CETAC:

– La jurisprudencia de la Sala Constitucional ya precisó que toda la contratación de la Administración Central –Poder Ejecutivo y sus dependencias– debe entenderse reservada constitucionalmente al órgano titular, Presidente de la República y Ministro del ramo respectivo, de manera que sí resulta contrario a las normas y principios constitucionales que órganos subordinados a la Administración Central celebren contratos administrativos (*voto 6240-93*, proyecto de ley de hidrocarburos). Por esta razón el Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC, que es un órgano subordinado a la Administración Central no puede realizar contratos administrativos. En este caso, solo el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas.

– La adjudicación hecha por el CETAC contiene un vicio de nulidad absoluta de imposible convalidación, aún y cuando se intentara enderezar el entuerto mediante el *acuerdo* número 152, dictado por el Consejo de Gobierno publicado en el Alcance 49- A a *La Gaceta* número 133 del 9 de julio de 1999, pues el acto que se pretendió arreglar no es susceptible de convalidación ni saneamiento según lo dispone el artículo 172 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual: “el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación”.

El vicio de nulidad absoluta que se observa en este caso es la infracción sustancial relativa al sujeto, como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia, de los requisitos necesarios para el ejercicio de éste, pues el CETAC no puede válidamente, como órgano desconcentrado, asumir el procedimiento licitatorio en cuestión, a pesar de su personería instrumental.

Tanto el acto de adjudicación así como el intento de convalidación del Consejo de Gobierno, riñen con lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley General de la Administración Pública, los preceptos constitucionales de reserva de ley y el régimen especial que comprende a los aeropuertos internacionales, contenido en el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política.

– Artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna

El Poder Ejecutivo no puede disponer de los bienes comprendidos en este artículo constitucional (aeropuertos, muelles, ferrocarriles), como lo hizo mediante el reglamento del contrato de gestión interesada. En este aspecto hay una reserva de ley.

El aeropuerto pertenece a los *bienes demaniales* contenidos en este numeral 121, inciso 14 de la Carta Magna.

En el *voto 6240-93* sobre el proyecto de la Ley de hidrocarburos, se afirmó que el artículo 121, inciso 14 contiene tres reglas:

- 1) Se habilita al Poder Legislativo a decretar “la enajenación o la aplicación a usos públicos de los *bienes propios de la Nación*”. Esta norma es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la nación; y, reserva a la ley esta materia.
- 2) Dichos bienes no podrán salir definitivamente del dominio del Estado. Para las categorías de bienes enunciadas en los incisos a), b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a “salir del dominio del Estado”; pero, de inmediato la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser explotados por la Administración Pública o por particulares de acuerdo con la ley o mediante concesión especial.
- 3) Es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles, aeropuertos nacionales en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente.

En consecuencia, la Constitución Política prevé *dos regímenes* para explotar esos recursos naturales especialmente protegidos, sin que ninguno de ellos puedan salir del dominio del Estado:

Uno, el de las concesiones o contratos otorgados por la Asamblea Legislativa directamente, en uso de una competencia originaria;

Dos, su posibilidad sea de explotarlos, por la Administración Pública, sea de encomendarlos a particulares, mediante concesión legalmente otorgada o autorizada.

Ambas posibilidades presuponen la competencia de la Asamblea Legislativa para fijar en el caso concreto, o bien regular en una ley general, “condiciones y estipulaciones” imperativas en la ejecución del contrato –como su naturaleza temporal, forma de cumplimiento, obligaciones mínimas del ejecutor, etc.– las cuales sitúan fuera del alcance de los concesionarios o del acuerdo mismo de las partes, la posibilidad de apartarse de ellas.

No es ocioso recordar que el acto administrativo de concesión no adquiere nunca carácter ni rango de ley, aunque sea tramitado y adoptado como tal (artículos 140, inciso 19 y especialmente 124.2 constitucionales).

- 4) *De conformidad con el artículo 140, inciso 19 de la Carta Magna son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: suscribir los contratos administrativos.*

Esta norma inviste al Poder Ejecutivo de competencia constitucional originaria para la suscripción de los contratos administrativos, como potestad privativa del Poder Ejecutivo, específicamente el presidente conjuntamente con el Ministro del ramo.

- 5) Por esta razón, la Dirección General de Hidrocarburos, no puede contratar, pues es un órgano subordinado a la Administración Central. Poder Ejecutivo y sus dependencias.

Toda la contratación de la Administración Central –Poder Ejecutivo y sus dependencias– debe entenderse reservada constitucionalmente al órgano titular, Presidente de la República y Ministro del ramo respectivo, de manera que sí resulta contrario a las normas o principios dichos de la carta magna que se autorice para otorgar concesiones o celebrar contratos administrativos a órganos subordinados de dicha Administración Central.

– La Ley de la contratación administrativa establece la autorización general, que deriva del artículo 3 en relación con el 55, que permite a la Administración Pública adoptar figuras contractuales atípicas que resulten adecuadas o idóneas para mejorar la prestación de los servicios y su infraestructura, en aras de contribuir a una mayor satisfacción del interés público, y según los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado.

No obstante, no debe soslayarse que para disponer directamente de los bienes de la nación sometidos al régimen restrictivo comprendido en el numeral 121, inciso 14) de la Constitución política, se requiere necesariamente de una autorización legislativa, que puede ser vía ley, que habilite para disponer, dentro de sus límites, de dichos bienes. Autorización que no contemplan los artículos 3 y 55 de la ley de contratación administrativa, que como se dijo establecen una autorización general para adoptar otras figuras contractuales.

En cuanto a la disposición de los aeropuertos particularmente, ya esta Sala Constitucional, al referirse al proyecto de ley de concesión de obra pública con servicio público, dispuso que la norma constitucional contenida en el artículo 121, inciso 14) de la Constitución política establece un régimen jurídico propio para los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos, pues los tales bienes no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado (*votos de la Sala Constitucional 3789-92 y 2318-98*).

– La Sala Constitucional entiende que la concesión de las obras y servicios públicos, exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas. Así por ejemplo, aún cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas, entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares (*voto de esta Sala 2318-98*).

– Del reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios.

Queda claro que al desarrollar el Poder Ejecutivo el contrato de la gestión interesada de los servicios aeroportuarios vía decreto ejecutivo número 26801-MOPT, denominado Reglamento para los contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios sin ley formal que delimite o fije los alcances de tal reglamento, excede la potestad reglamentaria atribuida a ese Poder de la república –artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política–, ya que la emisión del decreto ejecutivo cuestionado por los accionantes implica un abandono de la propia reserva de ley, que reclama el régimen jurídico aplicable a los aeropuertos.

Nótese que es tal la rigidez del régimen aplicable a tales bienes –del numeral 121, inciso 14– que la reserva de ley se ve además reforzada por lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 124 de la Constitución Política, que prohíbe expresamente a la Asamblea Legislativa en las comisiones permanentes de su seno, el conocimiento y la aprobación de proyectos de ley relativos a los bienes públicos citados en el artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna.

Se concluye entonces que excede la potestad reglamentaria, otorgar la explotación del aeropuerto internacional Juan Santamaría, a través de un gestor o particular vía reglamento, por contradecir el principio de la reserva de ley a favor de estos bienes del dominio público.

– El contrato del aeropuerto internacional Juan Santamaría es un contrato de concesión de obra con servicio público.

Lo que se pretende regular vía reglamento con el nombre de gestión interesada, excede los límites de tal figura pues es indudable que va más allá de la función de **asesoría** y **coordinación** en el tanto permite y regula la traslación de la prestación y explotación de los servicios aeroportuarios.

La letra del reglamento y cartel de la licitación impugnada no pueden entenderse en el sentido que la Administración apenas se sirve del gestor adjudicatario, para recibir **asesoría** en la administración del aeropuerto internacional Juan Santamaría, a cambio de una retribución dada por el propio ente público, pues es muy claro, de las funciones establecidas en el reglamento, el cartel y el contrato en cuestión que a través de estos actos se constituye un contrato de concesión de obra pública con servicio público, el que ya se encuentra regulado en el artículo 1.b de la Ley Nº 7762 –de esta materia– que lo define como:

“Contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente”.

Específicamente, en cuanto a los aeropuertos dicha ley 7762 establece en su artículo 2.2 que:

“Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley”.

Al haberse tratado la concesión bajo la figura de la gestión interesada, se forzó la misma sin adecuarse a los procedimientos que para su celebración, ejecución y fiscalización dispone la Ley general de concesión de obra pública con servicios públicos; y, claro está, sin asimilarse tampoco a la doctrina que informa al contrato de gestión interesada.

Reglamento del contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios

Artículo 3

Objeto del contrato: puede incluir la administración, operación, manejo y mantenimiento del aeropuerto, tanto en lo que respecta a pasajeros como a carga, así como la rehabilitación de las instalaciones aeroportuarias, la construcción parcial o total de las obras nuevas o la terminación de aquéllas en proceso de construcción, que sean necesarias para brindar los servicios aeroportuarios. Igualmente podrá incluir, entre otras, la prestación

de servicios de asesoría en materia aeroportuaria y la promoción del aeropuerto en los mercados internacionales.

Cartel

Cláusula I.B.

El CETAC promueve esta licitación pública con el fin de recibir ofertas de compañías individuales o consorcios de compañías ("oferentes") para la dirección, operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del aeropuerto internacional Juan Santamaría de Costa Rica.

Cláusula III.E.2

El gestor prestará servicios relacionados con la seguridad aérea, mediante no solo la asesoría sino también mediante el apoyo en el cumplimiento de las regulaciones internacionales aplicables.

Cláusula III.A.2

El gestor no prestará, directa o indirectamente, los servicios y funciones aeronáuticas.

Lo que el cartel faculta al gestor

Si bien el cartel cuestionado por los accionantes, indica con claridad que el gestor no prestará los servicios de control de aduanas en manera directa ni indirecta, le faculta expresamente para coordinar, cooperar y facilitar el desarrollo de las operaciones en materia de aduanas; facultades amplias que tienden a permitir o facilitar a las autoridades el desarrollo de las funciones que compete a la administración aduanera, sino que le autoriza interesarse en la coordinación de esa materia, propiciando una intervención por parte de un particular en labores que por su naturaleza son públicas y competen al Estado.

Es aún más clara la intervención del gestor en materia de seguridad y vigilancia del aeropuerto mediante la contratación de

agentes de seguridad, desarrolla y ejecuta programas en esa materia y adquiere el equipamiento necesario.

En consecuencia, dichas reglas riñen con los principios según los cuales tales funciones son indelegables, intransferibles e irrenunciables y con la jurisprudencia constitucional plasmada en la sentencia N° 2318-98, según la cual se exceptúa del todo al ente privado que realiza el servicio público en materia aeroportuaria, de participar de las funciones aduaneras, seguridad y migración.

Es claro, que las cláusulas que facultan al gestor interesado a participar de manera directa o indirecta en lo relativo a la seguridad portuaria y aduana, son inconstitucionales, por ser materia reservada exclusivamente al Estado en la prestación del servicio público aeroportuario.

De la alegada violación al principio de universalidad presupuestaria según el cual todos los ingresos y egresos públicos deben estar contenidos en la Ley de Presupuesto.

Los accionantes indican que para retribuir al gestor, los fondos públicos, producto para retribuir al gestor, los fondos públicos, producto del cobro de impuesto de salida, tasas, rentas y otros cargos por servicios aeroportuarios son destinados a un *fideicomiso* y quedan fuera de la partida de ingresos del presupuesto nacional, lo que contradice el artículo 180 constitucional según el cual el Presupuesto Nacional es el límite de acción de los poderes públicos y transgrede las normas contenidas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, al excluir de la fiscalización del fideicomiso a la Contraloría General de la República.

El *artículo 1 del Reglamento* para los contratos de gestión interesada de los servicios Aeroportuarios, establece que el gestor será retribuido mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión.

El *artículo 8* del mismo cuerpo normativo regula la figura del *fideicomiso*, como mecanismo para que se dé tal retribución económica.

Los usuarios no abonarán al gestor contra-prestación alguna por los servicios que reciban de ésta en el aeropuerto, sino que el Consejo Técnico de

Aviación Civil cancelará al contratista lo que corresponda de conformidad con los términos pactados en el respectivo contrato.

Para garantizar al contratista el efectivo pago derivado de los ingresos, podrá recurrirse, entre otras figuras financieras permitidas por el ordenamiento jurídico, a la figura del fideicomiso, cuyo patrimonio estaría constituido por la totalidad o parte de los ingresos generados por la explotación de los servicios aeroportuarios, de conformidad con lo dispuesto por la Ley general de aviación civil. La finalidad del fideicomiso o de la figura financiera que se utilice será garantizar al gestor del cumplimiento riguroso de los compromisos asumidos al amparo del respectivo contrato.

Cartel de la licitación pública internacional 1-98 promovida por el CETAC

Claúsula IV.A.1 Administración de los ingresos:

La gestión de cobro de las tasas, rentas y otros cargos por servicios aeroportuarios será afectado por el gestor como parte de los servicios prestados a la Dirección General de Aviación Civil (DGAC). La totalidad de los ingresos recaudados serán depositados diariamente en un fideicomiso establecido por la DGAC y el gestor con el fin de garantizar la distribución de fondos establecido en este cartel y la oferta del gestor.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha reiterado el límite a la administración de los recursos públicos, que se traduce en que tales ingresos deben entrar a la Tesorería Nacional, la que se encarga de ordenar los pagos, y en su caso, destinarlos a satisfacer el fin específico que señala la ley.

No resulta entonces apegado a tales criterios que dichos fondos públicos, provenientes de los tributos sean percibidos directamente por un particular (el gestor) sin ley que lo autorice para recaudar dichos recursos.

Asimismo, resulta cuestionable que dichos fondos sean destinados directamente y vía reglamento ejecutivo a una cuenta separada –fideicomiso–, ya que ello permite una gestión independiente de los recursos fiscales.

En el *voto* 4606-97 la Sala afirmó que es inconstitucional el procedimiento que viola el principio de universalidad presupuestaria, según el cual todos los ingresos y egresos públicos deben estar contenidos en la Ley de Presupuesto.

El principio de unidad de caja es manifestación contable del principio de universalidad, tiene rango constitucional.

Las normas del reglamento y del cartel cuestionadas, que destinan los fondos provenientes de los servicios aeroportuarios directamente a un fideicomiso, son absolutamente contrarias a los límites constitucionales en materia presupuestaria y a la uniforme jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, conforme a la cual la recaudación y pago de los ingresos debe centralizarse en la Tesorería nacional, que es el centro de operaciones de todas las oficinas y rentas nacionales, único con facultad legal para pagar a nombre del Estado y recibir los recibos los recursos que por cualquier otro motivo deben ingresar a las arcas nacionales (artículo 185 de la Constitución Política), no pudiendo, para casos como el presente, trasladarse las competencias establecidas constitucionalmente a la tesorería nacional a un particular o gestor para percibir los fondos públicos, pues ello le permite disponer de éstos a su entera conveniencia.

A lo anterior se le suma la *cláusula* IV.A.1 del cartel de licitación pública 1-98, impugnado, que autoriza a un particular, entiéndase el gestor, asumir la administración del cobro de los tributos para los servicios aeroportuarios, resulta absolutamente inconstitucional por cuanto no hay norma de rango legal que le permita asumir tal función, contrario al principio de reserva legal material.

En relación al punto IV. Bases económicas (regulación técnica y tarifaria) del cartel de la licitación pública 1-98, el mismo es inconstitucional.

Esta cláusula del *cartel* (IV.A.2) indica qué ingresos se reservan a la Dirección General de Aviación Civil y qué ingresos son compartidos por esta Dirección y el gestor (IV.A.3). De esto se advierte que los

porcentajes de los rubros percibidos de los tributos que se pretenden destinar al fideicomiso, según el punto IV, convierte dicho ingreso público en un ingreso compartido por las partes contratantes sin que exista ley que regule la distribución de esos fondos, lo que constituye otro vicio de inconstitucionalidad que afecta la normativa cuestionada.

En consecuencia, las disposiciones del *reglamento* para los contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios y del cartel de la licitación pública 1-98 Contrato de gestión interesada de los servicios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría, que regulan la retribución y bases económicas son inconstitucionales.

Concluyo que disiento del voto de mayoría y en su lugar declaro con lugar la acción de inconstitucionalidad.

IV. TEMAS QUE YA HABÍAN SIDO DECLARADOS, POR LA SALA CONSTITUCIONAL, COMO VIOLATORIOS DE LA CARTA MAGNA

– Designación y nombramiento de la Junta Directiva del Consejo de Aviación Civil, CETAC, mediante norma presupuestaria (*votos 6240-93, 121-89, 568-90, 6557-94*). Por estas normas solo materia presupuestaria se puede regular.

– Otorgamiento de personería jurídica y patrimonio propio al CETAC por norma presupuestaria (*mismos votos citados*).

– Promoción, realización y adjudicación de la licitación pública 1-98, para configurar el respectivo contrato administrativo del aeropuerto Juan Santamaría (*voto 6240-93*). Solo el Poder Ejecutivo (Presidente y el Ministro del ramo) pueden realizar contratos administrativos.

– Constitución del fideicomiso, como fondo fuera del presupuesto nacional (*votos 4528-99, 4606-94, 6240-93, 5399-95*). Se violan los principios de unidad de caja y universalidad presupuestarias, entre otros.

– El Poder Ejecutivo no puede por decreto o reglamento *regular materia reservada a la ley*, como lo es la que está contenida en el artículo 121, inciso 14 (que en el caso concreto, se refiere a los aeropuertos: bienes propios de la nación), *votos 1130-90, 3789-92, 2934-93, 5227-94, 2319-98, 998-98, 9236-99, 3027-00*).

V. POTESTADES DE IMPERIUM O ACTOS DE AUTORIDAD CONFERIDOS POR EL CARTEL AL GESTOR

| | |
|--|---------|
| –Cobro de impuestos, tasas, rentas y otros | IV.A |
| –Cargos por servicios aeroportuarios | IV.A. |
| –Auxiliar de aduanas | III.C.3 |
| –Servicios de seguridad aérea | III.E.2 |
| –Servicios de seguridad portuaria | III.E.5 |

En el *voto* 2319-98 la Sala Constitucional afirmó que las facultades de *imperium* o actos de autoridad pública, no pueden ser trasladadas a un particular, siendo su titular el Estado.

VI. ARTÍCULOS 81 Y 82 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Estos numerales mandan que cuando una acción de inconstitucionalidad es admitida por la Sala, se *suspenden*:

Los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución.

Tampoco se puede dictar la resolución final hasta tanto la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso (numeral 81).

El *numeral* 82 manda que en los procesos en trámite se suspenderá el dictado de la resolución final.

Oportunamente, se le pidió a la Sala Constitucional la aplicación de ambas disposiciones, pero su repuesta inmediata, ante la solicitud del CETAC, fue que sí podían firmar el contrato citado y que la Contraloría General de la República podía otorgar el refrendo, que es el ejecútese al convenio, como en efecto ocurrió.

En nuestro criterio ese comportamiento de la Sala fue violatorio de dichas disposiciones legales, ya que –en el procedimiento administrativo de la contratación administrativa– el refrendo es el acto final (que

requiere de una resolución final de parte de la Contraloría), para que el convenio se ejecute.

Así pues, una vez dado el refrendo al contrato para que se ejecutara:

¿Qué sentido o valor práctico podía tener la resolución de la Sala sobre un convenio ya en fase de ejecución?

En el *voto 3027-00* la Sala Constitucional afirmó que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la Administración Pública, con lo que se incluye no solo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, se la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los habitantes, sino también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional.

Continúa diciendo este *voto 3027-00*, que dos son los principios constitucionales que dan fundamento a la anterior disposición citada:

– El artículo 182 de la Carta Magna que establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución descentralizada u órgano desconcentrado; y,

– Del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública.

Es función esencial de la Contraloría General de la República, por mandato constitucional –artículo 183–, pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el *refrendo* y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori. (*votos 5947-98, 998-98, 3027-00*).

La Sala Constitucional argumentó de la siguiente manera al rechazar nuestra solicitud acerca del refrendo:

Resolución de la SC del 27 de setiembre del 2000

En sede administrativa lo único que la acción suspende es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar la vía administrativa. Si la firma del contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios del aeropuerto Juan Santamaría no se encuentra en alguno de los supuestos descritos, no existe razón alguna para suspender el acto formal de la firma.

Resolución de la SC del 25 de octubre del 2000

Lo que la acción de inconstitucionalidad suspende es la aplicación de las normas y actos cuestionados en los procesos judiciales pendientes en los que se discuta esa aplicación, advirtiéndose que lo único que no puede hacerse es dictar sentencia, y, en sede administrativa la resolución final de los procedimientos tendentes a agotar esta vía. Dentro de este contexto, entiéndase que donde se dijo firma, en esa resolución de aclaración, debe tenerse por incluido el refrendo, el cual puede otorgarse en los mismos términos en que puede firmarse el contrato a refrendar.

Resolución de la SC del 19 de diciembre del 2000

Rodrigo Carazo Odio, ex Presidente de la República, en su condición de representante del Consejo de Defensa de la Institucionalidad y otros, consideran que si se otorga el refrendo contralor al contrato administrativo relativo a la licitación pública 1-98 del CETAC, relativa al aeropuerto Juan Santamaría, dicho convenio entraría en la fase de ejecución, lo que torna inútil la acción de inconstitucionalidad planteada en la medida que el contrato impugnado surte efectos.

Añaden que una vez otorgado el refrendo contralor mediante el oficio 13046 del 4 de diciembre del 2002, de la Contraloría General de la República, piden a la Sala Constitucional ordene la suspensión de los efectos jurídicos del refrendo que otorgó el ente contralor. Sobre el tema, la Sala reitera lo dispuesto en las resoluciones interlocutorias de las 10:15 horas del 27 de setiembre y 15:50 horas del 25 de octubre, ambas del 2002, en el sentido que al haberse admitido la acción de inconstitucionalidad interpuesta con base en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 75 de la ley de la jurisdicción constitucional, sea en defensa

de intereses difusos que atañen a una colectividad en su conjunto y no figurar los gestionantes como parte dentro del procedimiento licitatorio mencionado, no procede la suspensión del refrendo otorgado al contrato administrativo de gestión interesada del aeropuerto Juan Santamaría, mediante el citado oficio contralor 13046 del 4 de diciembre del 2000. En consecuencia, no hay lugar a la petición formulada.

No concordamos, además, con el criterio expuesto por la Sala cuando dice que por no ser parte en el procedimiento licitatorio 1-98, no procede la suspensión del refrendo otorgado al citado contrato.

Primero, nos opusimos a que la Contraloría indicada otorgara el refrendo a este contrato por cuanto el acto final del procedimiento administrativo de una contratación (en la fase de pre-contrato) es el *refrendo contralor*, pues una vez otorgado éste, el contrato empieza a ejecutarse.

El sentido práctico o útil de una acción de inconstitucionalidad que la dé por fundada, implicaría afectar la ejecución del convenio, de acuerdo a lo que disponga la parte dispositiva de la resolución. Es poco probable que la Sala, en estas condiciones, decida declarar nulo un contrato. Más bien, el hecho de que la Sala indique que el convenio se puede firmar y refrendar (como ocurrió en este caso) es una señal casi segura de que el voto futuro respectivo rechazará la acción en lo fundamental y el contrato se seguirá ejecutando, que es lo que ha ocurrido en el caso *sub-examine*.

Segundo, argumentar que por el hecho de que no somos parte (oferentes) en el procedimiento licitatorio de ese concurso 1-98 del CETAC, carecemos de legitimidad para solicitar la suspensión de los efectos del refrendo contralor, implica negar que sí tenemos esa legitimidad al ser accionantes admitidos ante la Sala Constitucional y que tenemos un interés legítimo en que se cumpla con lo que disponen los artículos 81 y 82 citados de la Ley de la jurisdicción constitucional, en lo que corresponde al no otorgamiento del indicado refrendo; y, concedido éste a pedir que se suspendan sus efectos.

IV. PRESUPUESTO NACIONAL: LEY FORMAL

Otro aspecto del voto 11657-01, *Considerando IV*, que nos parece que tiene interés destacar es el relativo a la concepción legal sobre el presupuesto nacional.

La Sala Constitucional ha venido sosteniendo la tesis de que el presupuesto nacional es ley formal y material. Por su parte, el Magistrado Piza Escalante estima que este presupuesto es solo una ley formal. Comparto el criterio de este Magistrado.

1. Tesis del Magistrado Dr. Rodolfo Piza Escalante

La Ley de Presupuesto es solo una ley formal.

Voto 21-89

En el voto salvado del Dr. Piza se sostiene que:

* Se concuerda con la mayoría de la Sala en el sentido de que normas no presupuestarias, incorporadas en las leyes del Presupuesto nacional, son inconstitucionales.

* En Costa Rica, después de la adición del párrafo dos del artículo 124 de la Constitución Política, según ley 5702 del 5 de junio de 1975, la propia ley del presupuesto es una ley meramente formal o, dicho más precisamente, un acto administrativo de autorización emanado de la Asamblea Legislativa, que no deja de serlo por el hecho de que se denomine "ley" ni de que se apruebe por el procedimiento constitucional de emisión de las leyes o por uno similar (en realidad con un trámite totalmente excepcional).

* La citada adición del párrafo dos del artículo 124, la responsabilidad de cuya paternidad me corresponde para bien o para mal, y en la cual se estableció textualmente que:

La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a estos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas.

(Observación: Es conveniente informar que con esta reforma constitucional, se terminaron los llamados "*contratos-leyes*" en el país, siendo el último celebrado con la empresa de Estados Unidos, Aluminium Company, ALCOA, que dio lugar a las manifestaciones del pueblo costarricense, con los estudiantes de secundaria y de la Universidad de Costa Rica al frente, durante la semana del lunes 20 al viernes 24 en abril de 1970).

* El presupuesto nacional es un acto emanado del Poder Legislativo en el cual no se establecen normas imperativas de conducta ni se imponen deberes, ni se establecen prohibiciones, ni se crean, competencias, ni siquiera se organizan actividades públicas, sino que se limita a "autorizar" unos gastos públicos. Dicho acto no se parece siquiera al material de una ley.

* Considero que la llamada “ley de presupuesto” en Costa Rica es ley solamente en el sentido formal, no en la materia 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, de manera que las llamadas normas atípicas no son, a mi juicio, inconstitucionales solamente por invadir materias no presupuestarias reservadas a la legislación ordinaria, sino que lo son también en cuanto pretenden tener los alcances y efectos de las leyes formando como forman parte de una llamada ley que no es constitucionalmente más que un acto administrativo emanado el Poder Legislativo.

Esta tesis la mantuvo siempre el Magistrado Piza, desde el año de 1975, en el cual era Diputado y propuso la citada reforma constitucional, que aprobaba.

2. Criterio de mayoría de la Sala Constitucional, en el sentido de que la Ley de presupuesto es una ley en sentido material y formal

En este mismo *voto 21-89*, el criterio de la mayoría de Magistrados de esta Sala ha sostenido la tesis de que la Ley de presupuesto es una ley en sentido material y formal.

Considerando IV:

Establece el artículo 176 de nuestra constitución, entre otras cosas que el “presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la Administración Pública durante el año económico... El Presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de diciembre”. Con fundamento en los artículos 177 y siguientes de la Constitución se profundiza más en los procedimientos especiales que el Poder Ejecutivo y el Congreso deben observar en la tramitación de dicha ley. Lo mismo ocurre en el Reglamento de orden, dirección y disciplina interior de la Asamblea Legislativa. Es por todo ello que esta Sala concluye en el sentido de que el presupuesto de la República es una ley formal y material pero especial por la materia que la constituye y por el procedimiento ya comentado.

Este mismo criterio lo repite el voto de mayoría *11567-01*, Considerando IV.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Sobre este contrato de gestión interesada ya habíamos publicado un libro con el título de *Contratos y aeropuertos* (San José: ed. Lex, 1999), el cual contiene una abundante *bibliografía* sobre este convenio e información adicional y conexas.

El *voto 11657-01*, de mayoría, que hemos comentado, nos parece jurídicamente improcedente por las razones que hemos indicado en este ensayo.

Por lo que atañe al voto de minoría o salvado, del Magistrado Dr. Rodolfo Piza Escalante, declarando inconstitucional la licitación, el procedimiento, la adjudicación, el reglamento y el contrato respectivo, consideramos que es la tesis apropiada, de acuerdo a nuestro razonamiento y en el marco expositivo de este escrito, que debe complementarse con la lectura del libro que publicamos en 1999.

A estas alturas y como hechos extrajurídicos, se tiene que el Estado le financió al gestor más de 12 millones de dólares, bajo el argumento de que el contrato permite colaboraciones con el contratista, el órgano fiscalizador (que antes de la adjudicación fue órgano asesor) renunció públicamente argumentando la existencia de presiones oficiales a que se vio sometida y solicitando seguridad policial ya que teme por su vida; además, el Estado aprobó un aumento de más de 4 dólares por cada pasajero que usa el aeropuerto, para el financiamiento de este convenio.

Es por ello relevante y necesario consultar las actas de la Comisión Especial Legislativa de investigación sobre este contrato, expediente 14.521, años 2001-2002.

Ahora procederemos a indicar algunos decretos que el Poder Ejecutivo promulgó sobre este contrato.

Régimen tarifario para servicios no aeronáuticos en el aeropuerto internacional Juan Santamaría (Decreto ejecutivo 29454-MOPT, Alcance Nº 32 a La Gaceta Nº 85 del 4 de mayo del 2001).

Reglamento de creación del órgano fiscalizador del contrato de gestión interesada y reestructuración del aeropuerto internacional Juan Santamaría (Decreto ejecutivo 29455-MOPT, Alcance Nº 32 a La Gaceta Nº 85 del 4 de mayo del 2001).

Reglamento para la emisión de gafetes de identificación para el ingreso de personas a las áreas restringidas y para el acceso y permanencia de vehículos automotores y otros equipos de servicio en tierra, en las áreas de plataforma y rampa, del aeropuerto inter-

nacional Juan Santamaría (Decreto ejecutivo 29456-MOPT, Alcance Nº 32 a La Gaceta Nº 85 del 4 de mayo del 2001).

Reglamento de operación aduanera del gestor interesado del aeropuerto internacional Juan Santamaría y del centro de tránsito rápido de mercancías (Decreto ejecutivo 29457-MOPT, Alcance Nº 32 a La Gaceta Nº 85 del 4 de mayo del 2001).

El artículo 1 de este último reglamento, da esta definición del gestor interesado del aeropuerto internacional Juan Santamaría.

*Persona jurídica que mediante **concesión** otorgada por el Estado, como auxiliar de la función pública aduanera, supervisa y controla el proceso de carga y descarga, permanencia, manipulación y entrega de las paletas y bultos, con mercancías, en el centro de tránsito rápido de mercancías que ingresen o egresen por este puerto aduanero aéreo, bajo la supervisión y el control de la autoridad aduanera.*

Paleta: Unidad de transporte que contiene dos o más bultos, equivalente en el presente decreto al iglú, contenedor, canasta metálica o similares.

En este numeral 1 se deja prueba clara que el gestor es un concesionario.

Recuérdese que la Sala Constitucional (voto 2319-98, entre otros) ha afirmado que *todo lo relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, son funciones o potestades indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas.*

Este voto 2319-98 es enfático en afirmar que:

Así, por ejemplo, aún cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas, entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares.

Es decir, de acuerdo a la redacción de ese numeral que el gestor es un auxiliar de la función pública aduanera, es un eufemismo, pues en la realidad ese gestor es el que controla esa función, como otras que son

estatales. Por otra parte, este artículo 1 es *inconstitucional* de cara al voto citado 2319-98, entre otros muchos.

En síntesis, en el voto 11657-01 analizado, la Sala Constitucional contradice jurisprudencia anterior sin razonar el cambio de criterio. Así las cosas, la tendencia restrictiva en materia de contratación administrativa que se nota en los últimos años en las resoluciones de esta Sala no es más que un reflejo del repliegue general de la jurisdicción constitucional que se observa en otras materias, como por ejemplo, hábeas corpus, donde prácticamente todos los temas se dejan al juez ordinario, amparo contra sujetos de derecho privado, legitimación en acciones de inconstitucionalidad (Hernández, cit., pág. 25, 2002).

La Sala Constitucional, al haber desaplicado el amparo en la materia de contratación administrativa, debilita el acceso a una tutela judicial efectiva; y, emitiendo jurisprudencia contradictoria, sin explicar las razones por las que se cambia de criterio, ocasiona un problema de seguridad jurídica y credibilidad en esa la instancia judicial.

Luego del año 1998, esta Sala pasó de tutelar los derechos fundamentales y principios constitucionales propios de la contratación administrativa en el procedimiento licitatorio, en forma plena, a “*ordinariar*” la materia, prácticamente en su totalidad, para remitirla a la sede administrativa o jurisdiccional *ordinaria*, estimándola de “*mera legalidad*”, aún la relacionada directamente con la materia constitucional de la contratación administrativa. Este repliegue jurisprudencial de la Sala, permite afirmar que ya para el año 2002, los únicos amparos declarados con lugar, son por tutela del derecho de petición y pronta resolución (Hernández, cit., págs. 14, 20 y 25, 2002).

Este es otro contrato leonino a favor de empresas extranjeras que apenas comienza. Aquí la obra de Jacinto Benavente *Los intereses creados* ilumina lo ocurrido en esta negociación. A lo largo de los 20 años de ejecución de este contrato aeroportuario, los costarricenses seremos testigos de esta “peculiar” ejecución contractual, en perjuicio de los intereses nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

En los libros que escribí *Contratos y aeropuertos* (San José: editorial Lex, 1999) y *Contratación Administrativa* (San José: Euned, 2002), analizando esta contratación y en general los contratos estatales, cito una bibliografía extensa. De ella indico, como ejemplo, algunos textos relevantes.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).

Arroyo, José Manuel, Alexander Rodríguez. *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal* (San José: Escuela Judicial, 2002).

Badilla, Ana. *Comentarios a la licitación internacional 1-98, contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto Juan Santamaría*. (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 93, 2000).

Blasco, Joseph. *Lenguaje, filosofía y conocimiento* (Barcelona: Ariel, 1973).

Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho* (México: Fontamara, 1999).

Calvo, José. *Derecho y narración* (Barcelona: Ariel, 1996).

Cárcova, Carlos. *Derecho, política y magistratura* (Buenos Aires: Biblos, 1997).

La opacidad del derecho (Madrid: Trotta, 2002).

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999).

Chojkier, Raquel *et al.* *Contrataciones del Estado*. (Buenos Aires: Depalma, 2000).

Comadira, Julio. *La licitación pública*. (Buenos Aires: Depalma, 2000).

Constenla, Guillermo. *Escrito de denuncia de incumplimiento del contrato por parte del gestor ante la Contraloría General de la República* (San José: 2002).

et al. *Informe de la Comisión Legislativa sobre el contrato del aeropuerto internacional* (San José: Asamblea Legislativa, febrero 2002).

De Gortari, Elí. *Diccionario de la lógica* (México: Plaza y Valdés, 1988).

De Solas, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. (Madrid: Tecnos, 1990).

Escobar, Francisco. *Investigar para juzgar. El método científico en la investigación judicial*. (San José: inédito, 2001).

Fernández, Tomás-Ramón. *Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública*. (Madrid: Revista de Administración Pública Nº 46, 1965).

- Fiedler, Herbert. *Derecho, lógica, matemática* (México: Fontamara, 1997).
- Frosini, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley* (Barcelona: Ariel, 1995).
- Haba, Pedro. *Pedagogismo y "mala fe"* (San José: IJSA, 1995).
- Hernández, Nancy. *La realidad de la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia N° 998-98* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2002).
- García de Enterría, Eduardo (Director). *Revista Española de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, Nos. 1 a 100, CD-rom, 1999).
- y Tomás Ramón-Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 6ª Ed., dos tomos, 1999).
- García-Trevijano Fos, José Antonio. *Aspectos de la administración económica*. (Madrid: Revista de Administración Pública N° 28, 1953).
- Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del Hotel Andalucía-Palace de Sevilla*. (Madrid: Revista de Administración Pública N° 28, 1959).
- Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: UNAM-Porrúa, 2000).
- Honderich, Ted (editor). *Enciclopedia Oxford de filosofía* (Madrid: Tecnos, 1995).
- Jinesta, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. (Medellín: Diké, T. I, 2002).
- Kalinowski, Georges. *Lógica de las normas y lógica deóntica*. (México: Fontamara, 1991).
- Legendre, Pierre et al. *El discurso jurídico* (Buenos Aires: Hachette, 1982).
- Mari, Enrique et al. *Derecho y psicoanálisis*. (Buenos Aires: Hachette, 1987).
- Martín-Retortillo, Lorenzo. *De la gestión interesada a las cláusulas de interésamiento*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Revista de Administración Pública, N° 36, 1961).
- Méndez, Ana Beatriz; y, Carlos Mora Rodríguez. *Elementos fundamentales de la contratación administrativa* (San José: Escuela Judicial, 1999).
- Miller, George. *Lenguaje y comunicación* (Buenos Aires: Amorrortu, 1974).
- Muñoz, Jacobo y Julián Velarde. *Compendio de epistemología* (Madrid: Trotta, 2000).
- Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000).
- Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001).
- El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, curso de Doctorado, 1998).
- Balada de la justicia y la ley* (Madrid: Trotta, 2002).
- y Tomás-Ramón Fernández. *El derecho y revés* (Barcelona, Ariel, 1998).

- Nieves, Julio. *La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Revista de Administración Pública, No. 26, 1958).
- Núñez, Luis. *Lenguaje jurídico y ciencia social* (Madrid: Akal, 1997).
- Olivecrona, Kart. *Lenguaje jurídico y realidad* (México: Fontamara, 1992).
- Perelman, Charles. *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid: Cívitas, 1979).
- Puigpelat, Francesca. *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico* (Barcelona: Bosch, 1994).
- Quesada, Jorge. *El texto jurídico* (San José: Euned, 2000).
- Richer, Laurent. *Droit des contrats administratifs* (Paris: LGDJ, 1999).
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Contratación pública internacional*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados, No. 90, 1999).
- Contrato de gestión interesada*. (San José: Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 89, 1999).
- La sociología jurídica en Max Weber*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1980).
- Algunas anotaciones sobre la sociología jurídica*. (San José: Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 26, 1975).
- Santamaría Pastor, Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. (Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. I y II, 2000).
- Schmill, Ulises. *Lógica y derecho*. (México: Fontamara, 1988).
- Segura, Elena. *Régimen jurídico del contrato de gestión interesada: el caso de los servicios aeroportuarios*. (San José: tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000).
- Vega de Herrera, Mariela; y, Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal*. (Bogotá: Temis, 1999).

LA DESERCIÓN EN EL PROCESO AGRARIO

Lic. Carlos Adolfo Picado Vargas^()*

(*) El autor es Especialista en Derecho Agrario y Ambiental por el Sistema de Estudios de Postgrado de la UCR. Licenciado en Derecho de dicho centro de enseñanza superior. Profesor Universitario de Derecho Agrario, Derechos Reales y Derecho de las Obligaciones. Laboró como Defensor Público Agrario y actualmente es Juez Agrario del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El poder-deber procesal del Juez Agrario de Dirección del Proceso: su fundamento tridimensional
- III. La inactividad procesal de las partes
- IV. Naturaleza y finalidad de la deserción en sede agraria
- V. Desarrollo jurisprudencial de la deserción
- VI. Requisitos del auto que origina una deserción
- VII. Conflicto de normas en cuanto a la deserción de la reconvención
- VIII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

El proceso agrario ha venido transformándose paulatinamente a medida en que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los diferentes institutos procesales, fijando las pautas de interpretación y aplicación. Al mismo tiempo, el Derecho Procesal Agrario, se ha alimentado de la experiencia de una jurisdicción que tiende más a la autonomía procesal como producto de la inserción de jueces especialistas en la materia.

El instituto de la deserción no ha sido la excepción, ya que el mismo ha sido incorporado al proceso agrario costarricense precisamente por la vía jurisprudencial, la cual, como recurso didáctico y metodológico, y como fuente de Derecho en ausencia de norma, tiene un valor irrefutable. Es la segunda voz de la ley.⁽¹⁾

El presente ensayo tiene la finalidad de iniciar un análisis acerca de diferentes aspectos de su aplicación como iniciativa de buscar una inter-subjetividad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia agraria. No trata de imponer un criterio determinado sino de abrir un análisis conjunto a partir de algunas reflexiones que se desarrollarán a continuación.

II. EL PODER-DEBER PROCESAL DEL JUEZ DE DIRECCIÓN DEL PROCESO: SU FUNDAMENTO TRIDIMENSIONAL

Podemos definirlo como el poder-deber del juez agrario de conducir el proceso desde la presentación de la demanda hasta la finalización del mismo,⁽²⁾ (ya sea que se dé en las formas normales o anormales de terminar el proceso que indica la ley); impulsándolo y tramitándolo con celeridad y validez y en estricto apego a los principios procesales⁽³⁾ y garantías constitucionales, con o sin la ayuda de las partes *hasta donde le sea materialmente posible*.

(1) ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *El Renacimiento del Derecho Agrario*. San José, Guayacán, 1998, p. 253.

(2) MICHELI (Gian Antonio). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Europa-América, Tomo I, 1970.

(3) ARTAVIA BARRANTES (Sergio). *Derecho Procesal Civil*. San José, Dupas, 1997, p. 438.

Estas potestades de dirección deben ser ejercidas con suma responsabilidad y respeto a las partes, no debe llevar a arbitrariedades de parte del juzgador. Tampoco se le da monopólicamente el impulso procesal, sino que el mismo es compartido con las partes, en lo que se llama el fenómeno del principio dispositivo atenuado.⁽⁴⁾ El juez no debe ser expectador ni dictador, debe ser director.⁽⁵⁾ Pero a la vez el Juez debe velar por las garantías constitucionales de las partes: un juez dotado del Humanismo del Siglo XXI,⁽⁶⁾ manteniendo a toda costa su imparcialidad.

Este nuevo papel se fundamenta en los numerales 6 y 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 1, 97 inciso 1 y 98 inciso 1 del Código Procesal Civil, éstos aplicados supletoriamente ya que complementan a aquellos.

No es un poder sin límites, ya que la misma *legislación* procesal le impone parámetros a los jueces para evitar arbitrariedades. Los *principios* procesales lo inspiran y también lo limitan, como los principios de celeridad, igualdad, contradictorio, concentración y el de preclusión, ya que el juez debe “quemar” las etapas procesales hasta que estén precluidas y no tengan vicios de nulidad. Dentro del plano axiológico la influencia de la *publicización* en los poderes del juez agrario es indiscutible. El *hecho procesal* reflejado en un estado de indefensión determinado a una de las partes le da su razón de ser a dichos poderes y es a la vez representa otro parámetro de limitación (causa-límite).

Vemos cómo elementos *fácticos, valorativos y normativos*⁽⁷⁾ legitiman, inspiran y limitan los poderes de dirección del juez.⁽⁸⁾ El tema de los poderes-deberes procesales del juez agrario va más allá de la simple exégesis.

(4) ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *Derecho Procesal Agrario*. Tomo II, ILANUD, 1990, p. 291.

(5) ARGUEDAS SALAZAR (Olman). *Temas Procesales*. Tomo II, San José, Juritexto, 1996, p. 81.

(6) ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *Sistemática de Derecho Agrario*, San José, Porvenir, 2002, p. 338.

(7) REALE (Miguel). *O Direito como experiencia*. São Paulo, Saravia, 1992, p.p. 1-20.

(8) PICADO VARGAS (Carlos). *Idoneidad de un criterio tridimensional...*, en **Derecho Agrario del Futuro**. San José, Guayacán, 2000, p. 134.

III. LA INACTIVIDAD PROCESAL DE LAS PARTES. ACTITUD ENÉRGICA E IMPARCIAL DEL JUEZ AGRARIO

Dentro de las múltiples causas de la morosidad judicial, encontramos la actividad dilatoria de alguna de las partes, como inactividad cómplice de un sistema de administración de justicia ahogada en el sistema eminentemente escrito, como lo es el proceso civil. El agrario no escapa a ello, a pesar de tender más a la oralidad por medio de la verbalidad.

La actividad dilatoria de una parte, aprovechándose de lo burocrático y desesperadamente escrito que son nuestros procesos judiciales son los ingredientes perfectos para desanimar a quien el Derecho dé la razón, aún al litigante más perseverante.

El Juez Agrario no debe ser un eslabón más en la cadena de causas de impunidad, pero debe ejercer el impulso procesal hasta donde le sea posible⁽⁹⁾ dentro de la más absoluta imparcialidad. Ni un juez complaciente ni un juez arbitrario tienen cabida en un sistema humanista y democrático. Si la inactividad procesal es *única, exclusiva y dependiente* de una de las partes, es aquí donde penetra en el expediente la figura de la deserción.

IV. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA DESERCIÓN EN SEDE AGRARIA

Dentro de la ciencia procesal la doctrina ha estudiado y la ley ha contemplado las formas anormales de terminar anticipadamente el proceso, entre los cuales destaca la figura de la deserción, objeto de este estudio.

Consiste en el abandono tácito del proceso por la parte actora debido al transcurso del tiempo sin realizar los actos necesarios para impulsarlo. Esta es la definición clásica de deserción. Tiende a confundirse con el desestimiento, ya que ambas figuras comparten el efecto de tener por no puesta la demanda, pero en la deserción el abandono es tácito, mientras que en el desestimiento, expreso.

(9) VARGAS VÁSQUEZ (Damaris). *Plan para combatir la morosidad judicial y acelerar los procesos en la jurisdicción agraria*, en **Derecho Agrario: Desarrollo, Justicia y Paz**. San José, Guayacán, Memorias del II Congreso Nacional de Derecho Agrario, 2000, p. 84.

Se ha discutido sobre la deserción de la reconvencción. La misma versa en el sentido de que el reconventor maneja también sus propias pretensiones, prueba, exige medidas cautelares y demás cargas procesales. Se justifica en que la parte reconventora no puede ser concebida como un parásito del impulso procesal del actor, sino que, si en un proceso ordinario coexisten demanda y reconvencción, justo es que cada uno se haga responsable de las acciones que interponen en estrados judiciales. La doctrina procesal civil mayoritariamente rechaza este planteamiento;⁽¹⁰⁾ alegando prohibición expresa del numeral 212 del CPC.

En materia agraria no se ha discutido el tema a fondo; el cual retomaremos en el acápite séptimo de esta investigación. Antes de ello, se debe analizar los distintos presupuestos legales y jurisprudenciales de la deserción en el proceso agrario, pues se decreta en casos excepcionales, diferente a como sucede en el proceso civil.

V. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA DESERCIÓN

La jurisprudencia⁽¹¹⁾ en materia procesal agraria en un principio no aceptaba la figura del instituto de la deserción en un proceso agrario; básicamente por los siguientes razonamientos: 1). No estaba contemplado en la Ley de Jurisdicción Agraria; 2). Alegaban violación al artículo 26 *ibídem*; 3). Interpretación exégeta del principio inquisitivo o de oficiosidad que imperaba en esa época en parte de la doctrina procesalista agraria; y, 4). La deserción era tomada como insignia del proceso civil. Esta posición era avalada por cierta parte de la doctrina.⁽¹²⁾

Estos razonamientos, –los cuales son respetables y en algún momento del pasado los compartimos–⁽¹³⁾, devienen de una vieja

(10) PARAJELES VINDAS (Gerardo). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, San José, EIJSA, 1998, p. 190.

(11) *Tribunal Agrario*. Voto No. 187 de las 8:35 hs del 16 marzo 1990 y No. 570 de las 15:30 hs del 14 agosto 1992.

(12) ROJAS HERRERA (Oscar). *Ensayo sobre el Ordinario Agrario*, en **Revista Judicial**, No. 62, San José, junio 1995, p. 64.

(13) Este autor creía en el principio inquisitivo a ultranza años atrás. Véase: PICADO VARGAS (Carlos) y otra. *Delimitación y naturaleza jurídica de los poderes del juez agrario*. San José, Tesis para optar al Grado de Licenciado en Derecho, UCR, 1999, p. 211.

discusión axiológica: el predominio del principio dispositivo sobre el inquisitivo o viceversa. Antes de formular cualquier conclusión, tengamos presente una premisa importante: cuando dos valores procesales chocan entre sí por tratar de opacar uno al otro, nunca se ha obtenido unanimidad de criterios a nivel doctrinal.

Este sector de opinión considera que dicha discusión tiene que ser superada necesariamente por la situación actual de un Poder Judicial colapsado, donde el único camino viable es la inserción del llamado *principio dispositivo atenuado* a través de una nueva visión de un proceso agrario humanizado con mayor inserción de los principios correlativos al sistema de la oralidad. Asimismo, la polémica entre la autonomía o especialidad del derecho y proceso agrario también es asunto del pasado:⁽¹⁴⁾ el objeto de la ciencia iusagraria ha ido dándole forma propia y distinguible al agrario de otros procesos.⁽¹⁵⁾

La posición jurisprudencial y doctrinariamente aceptada es la imperante a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, en que se dio un cambio de criterio fundamentado en la tutela del valor de seguridad jurídica: *“II. Esa posición radical del Tribunal, luego de un análisis profundo, debe por excepción ser variada, ya que existen casos en que el impulso procesal de oficio no puede cumplirse por el Juez, pues el mismo depende del cumplimiento de un acto previo a realizar por la parte actora, que no lo afecta por no interesarle, perjudicando a una de las partes demandadas, actitud que puede ser incluso intencional. En esos casos, si existe perjuicio de una de las partes, la deserción puede ser declarada aún de oficio. III.- En este caso, el proceso está paralizado porque la parte actora no cumple con la prevención que se hizo en la resolución citada, que consiste en que debe integrar la litis consorcio necesaria...”*⁽¹⁶⁾

Podemos afirmar que en este criterio jurisprudencial, –el cual compartimos– se presenta efectivamente una especie de principio

(14) ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo). *Los Desafíos del Derecho Agrario*, en **Derecho Agrario del Futuro**. San José, Guayacán, 2000, p. 35.

(15) PICADO VARGAS (Carlos). *Desarrollo del Principio de Inmediación...*, en **Revista Judicial**, No. 79, junio 2001, p. 140.

(16) *Tribunal Agrario*. Voto número 400 de las 14:50 horas del 18 de julio de 1997.

dispositivo atenuado, ya que el juez, como cualquier sujeto de derecho no está obligado a lo imposible; y si, imposible es continuar con el desarrollo del proceso a causa de un no hacer de una de las partes (con perjuicio a la otra parte si han sido decretadas medidas cautelares), esa inactividad de las partes no puede pasar por alto pues produce morosidad judicial en detrimento del sistema de administración de justicia.⁽¹⁷⁾

En síntesis, la deserción se da en el proceso agrario a manera de excepción, en casos extremos: cuando el impulso oficial es imposible materialmente de ejercer por el juez y cuando se dan tres requisitos en el auto que origina la deserción. Veamos cuáles son.

VI. REQUISITOS DEL AUTO QUE ORIGINA UNA DESERCIÓN

De acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Agrario en cuanto al instituto de la deserción, se necesitan tres factores para tal decreto: 1).- *PREVENCIÓN* a la parte actora de realizar un acto cuya posibilidad de cumplimiento sea exclusivo para ella; 2).- *PLAZO DETERMINADO* para realizar lo ordenado; y, 3).- *APERCEBIMIENTO DE QUE NO LE SERÁN OÍDAS SUS FUTURAS GESTIONES EN CASO DE OMISIÓN* de conformidad con el artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Agraria.⁽¹⁸⁾ Si se cumplen estos tres requisitos y pasan los tres meses que establece la ley sin que haya nada que impulse el proceso, la deserción resulta procedente.

VII. CONFLICTO DE NORMAS EN CUANTO A LA DESERCIÓN DE LA DEMANDA Y DE LA RECONVENCIÓN POR OMISIÓN DE CORREGIR DEFECTOS

En el caso de que se le ordene a la parte actora corregir errores de su demanda, de acuerdo al supramencionado numeral 39 no puede decretarse la inadmisibilidad ni mucho menos tenerse por *no puesta* su demanda, pues lo procedente es el apercibimiento de que no le serán oídas sus futuras gestiones al actor.

(17) VARGAS VÁSQUEZ (Damaris). *Op. cit.*, p. 87.

(18) *Tribunal Agrario*. Voto 701 de las 8:50 horas del 21 de septiembre del 2001.

Este artículo 39, creemos, IMPIDE la aplicación supletoria del artículo 291 párrafo segundo del Código Procesal Civil, ya que las sanciones que prevén ambas normas difieren totalmente a pesar de ser la misma situación procesal, en dos tipos de procesos distintos. Los numerales 6 y 26 establecen que se aplican normas procesales laborales o civiles en cuanto no contradigan a la Ley de Jurisdicción Agraria. Se aplicaría la ley especial, máxime que es la normativa que rige a los juzgados agrarios. Es aquí donde entra a correr la deserción, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina procesal agraria.⁽¹⁹⁾

La inadmisibilidad de la demanda no procede en el proceso ordinario agrario.

Con la contrademanda el choque de normas y principios agrarios y civiles es más evidente. De acuerdo al mismo numeral 39 párrafo segundo de la LJA, la misma sanción de que no serán oídas sus gestiones será dada al reconvector que no corrija su contrademanda. Aquí surge otro choque de normas procesales civiles y agrarias: el artículo 308 *in fine* señala como sanción a esta omisión de corregir la reconvención el no tener por presentada la misma. De nuevo señalamos que en caso de choque de normas se aplican las agrarias, por ser de carácter especial.

Aunado a esto, la doctrina procesal civil ha establecido que la deserción no procede contra la reconvención,⁽²⁰⁾ por haber prohibición expresa del numeral 212 *in fine* del CPC. Podemos entender lo anterior, tomando en cuenta que las sanciones a quien no corrija su contrademanda al ser prevenido por el juez difieren del proceso agrario del civil.

Sin embargo, tal interpretación del 212 CPC *in fine*, creemos, podría estar siendo sacada del contexto de la norma en concreto. Cabe preguntarse: ¿a quién prohíbe la norma solicitar la deserción de la reconvención?... ¿Bajo qué circunstancia procesal la norma indica que no puede decretarse la deserción de la contrademanda? Veamos lo que dice la norma en su totalidad:

(19) ULATE CHACÓN (Enrique). *Tratado de Derecho Procesal Agrario*. Tomo II, San José, Guayacán, 2000, p. 23.

(20) PARAJELES, *Op. cit.*, p. 190.

“Artículo 212: Plazos. Mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, se declarará desierto el proceso cuando no se hubiere instado su curso en el plazo de tres meses.

Las gestiones que no tiendan a la efectiva prosecución no interrumpirán el plazo indicado.

La deserción de la demanda impedirá la continuación de la contrademanda. El actor no podrá pedir deserción de ésta”.

El último párrafo da cabida a dos interpretaciones antagónicas:

- a) La primera parte señala que si la demanda es declarada desierta, la reconvencción no continúa. Pero pareciera –leyendo todo el contexto de la norma– que el actor no puede pedir la deserción de la reconvencción en el supuesto de que su demanda haya sido declarada desierta, lo cual es obvio. La prohibición se da sólo en el supuesto que dicho párrafo establece y es para el actor, no para el juez.
- b) La segunda interpretación radica en obviar la primera parte del párrafo y señalar que en ningún caso el actor puede solicitar la deserción de la reconvencción, la cual, personalmente, creo que es un poco descontextualizada y no toma en cuenta una realidad: la acción de contrademandantes que dolosamente paralicen la demanda y provoquen así morosidad judicial.

Diferente a la situación del 212 *in fine* del CPC es el típico caso en que el proceso no puede continuar por el no hacer único y exclusivo del reconventor. Recordemos que una reconvencción también puede producirle perjuicio al actor, cuando el reconventor solicita medidas cautelares, quizás más drásticas que las pedidas por su adversario. Asimismo, la jurisprudencia agraria indica que declarar por no puesta la reconvencción produce NULIDAD ABSOLUTA⁽²¹⁾ POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO y la doctrina más autorizada así también lo señala.⁽²²⁾

(21) *Tribunal Agrario*. Voto No. 196 de las 15:50 hs del 13 de marzo de 1998.

(22) ULATE CHACÓN, (Enrique). *Tratado de Derecho Procesal Agrario*. Tomo II, San José, Guayacán, 2000, p. 31.

La LJA establece que al reconventor se le apercibe de que no le serán oídas sus gestiones, por lo que aplicar el 308 CPC en un proceso agrario podría contravenir a los artículos 39, 6 y 26 de la LJA. Así lo ha establecido la jurisprudencia más reiterada del Tribunal Agrario:

*"I.- Se apela la resolución de las ocho horas quince minutos del 16 de agosto de 1994, por cuanto en ella se tuvo por no puesta la contrademanda planteada, aplicando el artículo 300 del CPC. II.- En materia procesal agraria es improcedente aplicar por analogía otros cuerpos procesales, cuando hay norma expresa que resuelva sobre el punto. En el presente caso, se reclamaron accesoriamente daños y perjuicios. Como no fueron especificados en qué consisten y qué los origina (como lo exige el numeral 288 inciso 5) del CPC, que sí es aplicable por no existir norma expresa en ese sentido en la LJA); el Juzgado previno a la parte contrademandante especificarlos. Sin embargo, por no cumplir correctamente con lo ordenado, tuvo por no puesta la contrademanda, aplicando **equivocadamente** lo dispuesto en el artículo 300 del Código Procesal Civil. Decimos equivocadamente, porque la LJA contiene en su artículo 39 párrafo segundo, la sanción procesal para estos casos (...). **Esta expresión de la ley procesal podría ser mal interpretada y podría servir a abogados inescrupulosos para paralizar la demanda, planteando una contrademanda defectuosa.** Sin embargo, en un correcto sentido, debe indicarse que si junto con la contestación de la demanda la contrademanda es defectuosa, y prevenida la parte no la corrige dentro del plazo legal, **NO SERÁN OÍDAS SUS GESTIONES**, es decir, ni la contestación, ni la contrademanda. Sólo en esa forma se evitaría la paralización de la contienda judicial".⁽²³⁾*

Se habla de que la sanción al reconventor es tener *por no puesta* la reconvencción. No obstante, cabe preguntarse: ¿no es precisamente el tener por no puesta uno de los efectos procesales de la figura de la deserción?... ¿No se estaría en el fondo decretando una deserción sólo que con otro nombre o denominación?...

Consideramos, respetuosamente, que el tener por no puesta la reconvencción no es procedente.⁽²⁴⁾

(23) Tribunal Agrario. Voto No. 129 de las 14:25 hs del 10 febrero 1995.

(24) Esta conclusión tiene una excepción: ante alguna de la LJA sí se podría aplicar el artículo 106 del CPC. Es el caso de que el proceso esté para-

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Conceptos Generales
- III. La Contratación Electrónica
- IV. Los Contratos de Adhesión y las Cláusulas Abusivas
- V. La Resolución de los Conflictos del Consumidor en Materia de Comercio Electrónico
- VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Existen —entre otros— temas muy novedosos dentro del estudio de las Ciencias Jurídicas, a saber: los derechos del consumidor y el Comercio Electrónico.

Aún y cuando el desarrollo de estos temas por separado, o tal y como es este caso en estricta relación de causalidad, no es de análisis exclusivo por parte del Derecho, consideramos que la discusión que se puede desarrollar desde esta perspectiva es de gran trascendencia.

Las fuentes bibliográficas que podrían sustentar este trabajo son muy pocas y difíciles de localizar y se reducen a capítulos en libros genéricos sobre Derecho Informático, Comercio Electrónico y temas similares, asimismo algunas monografías cuyos autores las han hecho “públicas” al permitir su acceso vía Internet.

Y es casualmente a la Internet —y a sus infinitas posibilidades— a la que debemos agradecer no solamente el estudio, sino la creación de nuestro tema de investigación.

Y son precisamente los beneficios económicos de la Red de redes lo que la hacen tan atractiva a los ojos de los consumidores como de sus proveedores; lo anterior por cuanto las posibilidades de adquirir bienes y servicios que hace muy pocos años eran casi imposibles de acceder son demasiado atractivas como para dejarlas pasar por alto.

Sin embargo, aunque el comercio electrónico tiene una serie de ventajas (como por ejemplo la posibilidad de tener acceso a las tiendas y *malles* virtuales) no todo es color de rosa en el tema del ciberespacio y el comercio electrónico, pues —a diferencia de las tiendas tradicionales— en las tiendas virtuales encontramos las siguientes situaciones:

- Cada artículo que observemos en una tienda virtual es utilizado para realizar nuestro perfil de consumidor.⁽¹⁾

(1) Por ejemplo, a finales del año 2000 el gigante del Comercio Electrónico *Amazon.com* fue obligado a disculparse públicamente, hacer devoluciones parciales y totales de dinero y negar reportes de que los diferentes precios que cobraban a sus clientes tenía como motivo la información recolectada de sus clientes al visitar su página.

- En algunos casos antes de examinar un producto es necesario otorgar información personal muy detallada como por ejemplo datos de nuestra tarjeta de crédito y direcciones de correo físico y electrónico.
- Nuestras respuestas a “inocentes” preguntas y/o quices en cuanto a nuestros gustos personales nos harán objeto de un bombardeo de publicidad no solicitada.

A finales de 1998 y principios de 1999 la organización *Consumers International*⁽²⁾ realizó un estudio con la finalidad de documentar las diversas situaciones que afectan a los consumidores en sus relaciones comerciales virtuales. La metodología de este estudio fue bastante simple; 12 organizaciones de defensa del consumidor en el ámbito mundial tomaron parte en un proyecto de “compras misteriosas” por medio de Internet, el equipo realizó 151 pedidos en 17 países y posteriormente devolvieron lo adquirido. El estudio descubrió que:

- Un 10% de lo ordenado nunca llegó.
- Dos compradores, uno del Reino Unido y otro de Hong Kong, esperaron más de 5 meses a que les fuera devuelto su dinero tras devolver lo solicitado.
- 44% de las cosas llegaron sin su factura.
- 25% de los vendedores no dieron su dirección y/o número de teléfono.
- 24% no fue claro al detallar el costo total de lo ordenado.
- 73% de los proveedores no dieron información vital con relación a los términos y condiciones del contrato.

Con relación a este último punto, algunos de los sitios visitados no dieron la información necesaria al realizar las compras; así las cosas:

- En 40% de los sitios visitados no se encontró esta información.
- En 29% de los casos el consumidor tuvo que buscar esta información en el sitio visitado.
- Solamente en el 27% de los casos esta información se dio a conocer antes de finalizar la venta.

(2) Es una federación de Organizaciones de defensa del consumidor con representación en 111 países y territorios.

En relación con el tema de la seguridad de las transacciones:

- 61% de las páginas visitadas decían ser “sitios seguros”.
- 44% de ese total dieron información adicional de en qué consistía esa seguridad.
- Algunos sitios aseguraron contar, sin que esto fuera cierto, con opciones de pago seguro mediante el sistema *SET* (Transacción electrónica segura, por sus siglas en inglés).

Otro tema importante al hablar de Comercio Electrónico es la política de devoluciones que tienen las tiendas virtuales; con relación a este tema el estudio en mención realizó los siguientes descubrimientos:

- Únicamente 24% de los participantes en el estudio encontraron políticas de devolución de mercadería en los sitios visitados.
- En 67% de los casos se encontraron restricciones.
- 21% encontraron problemas con el reintegro de su dinero.
- En un caso en particular un sitio –a pesar de expresamente anunciar que la mercadería podía ser devuelta– desatendió las solicitudes de sus clientes en este sentido.
- Algunas empresas cobraron una cantidad de dinero por reingresar el producto a su inventario.

Finalmente, en cuanto a las políticas de privacidad:

- Pocos sitios siquiera mencionaron tener una política de privacidad que protegiera a sus clientes y/o visitantes.
- Algunos sitios motivan la divulgación de información personal al ofrecer descuentos por llenar formularios o encuestas disfrazadas de satisfacción del cliente con posterioridad a la transacción realizada.
- Muchas tiendas no detallaban sus costos de empaque y envío sino hasta que el comprador había entregado información como número de tarjeta de crédito dirección de *e mail*, etc.
- En un caso en concreto, no fue sino hasta que el cliente había entregado la información de su tarjeta de crédito que se descubrió que esa compañía no enviaba mercadería a su país.

El tema de los derechos del consumidor es de vital importancia para el crecimiento y el éxito del comercio electrónico, pues situaciones como las apuntadas *supra* podrían traer abajo lo que es la piedra angular

del comercio electrónico: la confianza del consumidor. Ésta debe ser fortalecida mediante mecanismos que eviten que los compradores virtuales pierdan su dinero o reciban mercadería o servicios con características distintas a las ofrecidas.

La finalidad de esta investigación es dar a conocer los principales problemas que afectan al consumidor final y que a la vez entorpecen el desarrollo del Comercio Electrónico, así como señalar potenciales soluciones a estos problemas.

II. CONCEPTOS GENERALES

Tenemos como presupuesto que el lector tiene algunos conocimientos básicos de tipo conceptual con relación a nuestro tema; así las cosas no entraremos a analizar ideas básicas como proveedor, Internet, sitios, correo electrónico y similares.

Sin embargo, creemos conveniente hacer un alto en el camino para plasmar algunas definiciones que de los conceptos de consumidor y de Comercio Electrónico encontramos en nuestras fuentes de estudio.

Con relación al concepto de *consumidor*, existen dos ramificaciones en la doctrina y la legislación consultada, la primera manifiesta la obligatoriedad de que al hablar de consumidor nos refiramos a una persona física y la segunda incluye dentro de este a las personas jurídicas.

En lo que si concuerdan ambas es en la necesidad de que el destino final de los bienes o servicios adquiridos sean para uso no profesional dentro de las actividades propias de su giro.

Defendiendo la primera hipótesis encontramos las siguientes legislaciones:

De esta manera el artículo 5 de la *Convención de Roma de 1980*, *el Código Civil Alemán*, *el Código Civil Italiano*, manifiestan –palabras más palabras menos– que los consumidores son las personas físicas que adquieren bienes y/o servicios para fines ajenos a su actividad profesional.

En los Estados Unidos, la *U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (Ley sobre firma Digital) del año 2.000, el

consumidor será un sujeto que adquiere bienes o servicios que serán utilizados primordialmente para un propósito personal, familiar o de su hogar.

Asimismo, algunas legislaciones amplían este concepto al incluir a las personas jurídicas.

Por ejemplo, en España el *anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de información* incluye a las personas jurídicas siempre y cuando se de *“una finalidad distinta a la de su actividad económica, profesional o de negocios...”*.

La legislación común a los países miembros del MERCOSUR, concretamente el anexo I del protocolo de Santa María, dispone que *“consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella”*.

En Brasil la ley 8078 incluye un aspecto muy interesante pues engloba dentro del concepto de consumidor *“a la colectividad de personas que aunque indeterminable haya intervenido en las relaciones de consumo”*.

Asimismo, el artículo 1 de la ley 24.240 de la República de Argentina también defiende esta teoría.

En nuestro país el artículo 2º de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor señala que el Consumidor será: *“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano –en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley– que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros”*.

Como vemos nuestra legislación es más amplia al incluir a otros sujetos que utilizan los bienes adquiridos para su actividad profesional.

Con relación al concepto de Comercio Electrónico encontramos algunas definiciones interesantes tanto legislativas como doctrinales.

La Unión Europea en su *Iniciativa Europea de Comercio Electrónico* no da la definición más sencilla, al señalar que “*consiste en realizar transacciones comerciales electrónicamente*”.⁽³⁾

Renato Javier Jijena Leiva manifiesta que el mismo “*se ha definido como el intercambio telemático de información en re personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles*”.⁽⁴⁾

Finalmente, y buscado una definición lo suficientemente amplia como para englobar este concepto, acudimos a Carlos de Paladella quien manifiesta que “*El concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes o servicios, que es el concepto común que se tiene, sino que también incorpora el uso de las redes para actividades anteriores o posteriores a la venta, como son: la publicidad, la búsqueda de información, el aseguramiento de las posibles transacciones, el tratamiento de clientes y proveedores, incluso inversores, trámites ante autoridades de control y fiscalización, la negociación de condiciones de compra, suministro, etc., la prestación de mantenimiento y servicios posventa y la colaboración entre empresas*”.⁽⁵⁾

III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Si analizamos la contratación electrónica a la luz de las normas y estipulaciones creadas para la contratación “tradicional” y utilizando esta última como parámetro podemos encontrar lo siguiente:

(3) UNIÓN EUROPEA. *“Iniciativa Europea de Comercio Electrónico”*. Citada por Knorr, Jolene Marie y Roldán Sauma, en **“La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”**. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, p. 58.

(4) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *“Comercio Electrónico y Derecho. La problemática jurídica del Comercio Electrónico”*. Citada por Knorr y Roldán en **“La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”**, p. 58.

(5) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *“Comercio Electrónico y Derecho. La Problemática Jurídica del Comercio Electrónico”*. Citada par Knorr y Roldán en **“La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”**, p. 59.

1. **El período pre contractual:** Este período es de trascendental importancia tanto por la publicidad como por las prácticas comerciales desarrolladas.

a. **El Marketing:** Su principal propósito es cautivar al consumidor, lo anterior por medio de la disminución del discernimiento del consumidor frente al contrato; lo anterior se hace por medio del abuso de la publicidad, “seducción” desmedida por medio de la publicidad inductiva, la distorsión de la información acerca del bien o servicio y el diseño de prácticas comerciales que no se ajustan a la buena fe. *Es precisamente frente a estas estrategias de los proveedores que las normas de defensa y tutela del consumidor son más que necesarias.* La Unión Europea dictó la directiva N^o 97/7/CE sobre ventas a distancia con marketing directo, la cual se aplica cuando se envían prospectos, hay ventas por teléfono, videotexto, televisión, computadoras, e-mail, telefax y tele shopping.

b. **La Publicidad:** Puede integrar un contrato cuando contiene una oferta o ser causal de responsabilidad extracontractual del emisor si la misma contiene un mensaje inmoral, es abusiva, engañosa, inductiva, o lesiva de los derechos del consumidor. Algunos casos son los siguientes:

- **Metatags:** Asociación de palabras
- **Spamming:** Envío de mails no solicitados
- **Cybersquatting:** Asociación de sitios y de marcas
- **Publicidad oculta**
- **Cookies:** Programas de registro del navegante

2. **La Oferta:** Este tema resultó uno de los más interesantes en esta investigación. Lo anterior por cuanto se presenta un interesante enigma, tal y como lo plantean Knorr y Roldán:⁽⁶⁾ *“Lo primero que*

(6) Knorr, Jolene Marie y Roldán Sauma, Marcelo. *“La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico”*. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José Costa Rica, p. 96.

puede hacer dudar, es el hecho de quién es el oferente y quién el aceptante... ¿Estará el consumidor que explora Internet solicitando ofertas a los comerciantes cuando visita sus páginas o es por el contrario el vendedor quien solicita al consumidor la compra o adquisición de sus productos o servicios?». La importancia de este punto radica en que la oferta, independientemente de su aceptación, tiene efectos jurídicos el plazo que haya sido hecha; por cuanto una vez que ésta es formulada vinculará al emisor de tal forma que al ser aceptada el contrato quedará perfeccionado.

a. Oferta realizada por medio de Sitios en Internet: Por su obvia vinculación con el tema en estudio hacemos una mención aparte de este tipo de oferta, la cual se encuentra permanentemente (salvo casos de fuerza mayor) en un servidor de Internet. En estos casos el origen geográfico de la oferta es desconocido, lo que produce un clima de incerteza e inseguridad jurídica. En este caso si el vendedor es aceptante y no oferente, tiene la posibilidad de declinar ofertas por cuestiones particulares como el lugar de envío de los productos, etc.

b. Oferta realizada por medio de E mail: Es más privada que el ejemplo anterior, pues las mismas tienen destinatarios específicos. Los efectos se dan a partir de que el destinatario acceda a su buzón de correo electrónico.

3. El Derecho a la Información: Es un derecho subjetivo del consumidor y un deber para los comerciantes; éste por cuanto los conocimientos técnicos del primero son nulos o escasos frente a los del proveedor. Este derecho es el principal que debe ejercer el consumidor, por cuanto debe asistirlo durante todas las fases del negocio y la contratación (incide tanto en los aspectos previos como durante el negocio mismo y después de realizado éste). La Directiva Europea del Parlamento Europeo y el Consejo sobre ventas a distancia (dentro de las cuales se incluyen las ventas por medio de Internet), ha dispuesto que la siguiente información debe ser dada a conocer al consumidor: principales características del bien o servicio, el precio total de los mismos incluyendo impuesto y gastos adicionales, arreglos sobre el pago, la entrega o prestación de los servicios, el costo de la comunicación donde se calcule diferente de la tarifa básica y por el cual la oferta es válida.

4. **El perfeccionamiento del Contrato Electrónico:** La aceptación es el acto de manifestación de la conformidad con respecto de una oferta, debe ser expresa o tácita, pura y simple y oportuna. La *aceptación electrónica* cumple con estos requisitos por lo que no es necesario un análisis más profundo.
5. **La Ejecución del Contrato:** La ejecución de un contrato digital o electrónico puede hacer que surjan problemas como los relacionados con la entrega del bien o servicio adquirido. De esta manera podemos diferenciar entre dos tipos de ejecución ya sea directa o indirecta. La *ejecución directa* se refiere a productos y/o servicios intangibles que son distribuidos de manera electrónica (por ejemplo, una asesoría o el “download” de un programa de computación). La *ejecución indirecta* se refiere a productos adquiridos por medio de Internet y entregados físicamente al comprador.
6. **El Derecho de retracto o arrepentimiento:** Uno de los problemas del Comercio Electrónico es la imposibilidad que tienen el consumidor de verificar personalmente las características y calidad de lo adquirido antes de celebrar el contrato, asimismo que la decisión de adquirir el bien o servicio se hace –muchas veces– sin pensar las consecuencias de esa decisión. Es por lo anterior y algunos otros motivos que muchas legislaciones otorgan al consumidor la posibilidad, desistimiento, arrepentimiento o retracto. Este es uno de los derechos fundamentales del consumidor que, tal y como hemos dicho, es respetado y protegido vehementemente por muchas jurisdicciones. En nuestro país este derecho, llamado de retracto está asentado en el artículo 37 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

“Artículo 37.–Ventas a domicilio. *En las ventas a domicilio que se lleven a cabo fuera del local o el establecimiento del comerciante o el proveedor, siempre y cuando lo permita la naturaleza bien, el consumidor, amparado al derecho de retracto, puede rescindir, sin su responsabilidad, el contrato en un plazo de ocho días contados a partir de su perfeccionamiento”.*

El artículo 53 del Reglamento a esta Ley señala los casos de excepción a este derecho.

IV. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

De especial interés para nuestro tema son los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas que en la vasta mayoría de los casos éstos contienen.

Los *contratos de adhesión* son aquellos cuyo clausulado ha sido establecido de manera unilateral por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, pueda discutir, alterar o modificar sustancialmente su contenido.

Una modalidad de estos contratos de adhesión que se aplica en el comercio electrónico son los *formularios de pedido* que se llenan en los sitios donde los consumidores adquieren los bienes o servicios deseados. Este tipo de contratación presenta otra situación digna de análisis. “Un problema que eventualmente deberá ser resuelto por las leyes es si al enviar el formfulario o pedido de compra y clicar en el icono de “Sí” (yes) o de “Comprar” (buy), o bajar información o un software de Internet se constituye efectivamente en la aceptación, y en qué contexto es esto posible”.⁽⁷⁾

En relación a las *cláusulas abusivas* podemos establecer un análisis más amplio que el anterior.

Podemos iniciar diciendo que el carácter abusivo de la cláusula se lo da la imposibilidad de negociación en perjuicio del consumidor pues desequilibra la balanza de las obligaciones y derechos de las partes contratantes; asimismo, el ámbito del comercio electrónico es lo suficientemente fértil para este tipo de cláusulas, las cuales, si bien no son nada diferentes a las que existen en el comercio “tradicional” si se caracterizan por la tecnología aplicable.

Según la legislación Argentina,⁽⁸⁾ son abusivas las cláusulas que:

1. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones.
2. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

(7) Knorr, Jolene Marie y Roldán Sauma, Marcelo. *Op. cit.*, p. 142.

(8) Lorenzetti, Ricardo L. “*Comercio Electrónico*”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina, 2001, p. 251.

3. Las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños.
4. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba, la cláusula de prórroga de jurisdicción.
6. La cláusula de modificación del contenido, y
7. La cláusula de imposición del sistema arbitral.

En nuestro país la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en su artículo 39 manifiesta que:

“Artículo 39.—Cláusulas abusivas en contratos de adhesión. *En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria.*

Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- a) *Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.*
- b) *Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.*
- c) *Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.*
- d) *Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.*
- e) *Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o*

limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.

- f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.*
- g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.*
- h) Sean ilegibles.*
- i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.*
- j) Que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobrepagos, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.*

Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- a) Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.*
- b) Otorquen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.*
- c) Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.*
- d) Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente,*

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente”.⁽⁹⁾

V. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Existen una serie de posibilidades para resolver las disputas que se dan entre los consumidores y los proveedores producto de las relaciones contractuales derivadas del comercio electrónico.

Podemos reunir estas posibilidades en dos grupos según sean resueltas por medio del Derecho Internacional Privado o por medio de la normativa local.

- 1. Derecho Internacional Privado:** En lo que a Comercio Electrónico se refiere la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL pretende facilitar el desarrollo de esta actividad y conseguir las relaciones comerciales armoniosas. Existen una serie de Convenciones de Derecho Internacional a las que se les da el carácter de ley nacional; entre ellas podemos citar las siguientes: la Convención de Roma, la Convención de Bruselas, el Código de Bustamante, la V Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, etc.
- 2. Legislación Doméstica:** Con esta denominación no nos referimos exclusivamente al caso costarricense. En estos casos la determinación de la ley aplicable a un contrato electrónico puede producir consecuencias de trascendental importancia; así las cosas, en una jurisdicción la exhibición de un precio en una página en Internet con la opción de compra del bien o servicio puede ser tomada como una oferta, mientras que en otras jurisdicciones puede darse el efecto contrario. La mayoría de las legislaciones, establecen una presunción a favor de la aplicación de las normas propias de protección del consumidor, tanto para

(9) Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Número 7472. Artículo 30.

efecto de la ley aplicable como de la jurisdicción que resolverá el caso. A este efecto remitimos al artículo 27 del Código Civil Costarricense.

Otra posibilidad que cabe la pena analizar es, en referencia a la autonomía de la voluntad, si es posible escoger o renunciar la ley y/o jurisdicción aplicable.

Creemos que esto puede darse siempre y cuando la renuncia de legislación y jurisdicción no sea en detrimento de los intereses del consumidor ni motivado por cláusulas abusivas.

Por otro lado en muchos casos los problemas a que se ven sujetos los consumidores son tan pequeños que sería una pérdida de tiempo y de recursos económicos acudir a la jurisdicción civil para resolver esos problemas.

Es aquí donde los medios de resolución alterna de conflictos son más que provechosos y en más de un caso han demostrado sobradamente su efectividad.

Estos sistemas de resolución alterna de conflictos del consumidor van más allá de los tradicionales de mediación, conciliación y arbitraje y han aparecido otros como por ejemplo:

1. **La auto tutela del consumidor:** Mediante el cual los mismos consumidores irán desechando a los proveedores que no brinden un servicio con la calidad que es esperada.
2. **El modelo de autorregulación empresarial:** Los mismos empresarios antes de ser reglamentados por el Estado buscan autorregularse por medio de códigos de ética o de conducta que dictan las agrupaciones gremiales, industriales o comerciales que regulan la actividad. Otra posibilidad es que los comerciantes que tengan una parte mayoritaria del mercado controlada regulen a los minoritarios.
3. **Los programas de sellos:** En la Red algunas ciber compañías reciben un tipo de sello de confianza, que debe ser renovado cada cierto tiempo, por parte de una empresa fiscalizadora lo cual le dará a los consumidores un medio de fiabilidad para realizar sus transacciones en línea.

Uno de los medios tradicionales de resolución alternativa de conflictos, el Arbitraje, se ha visto actualizado para su uso en los conflictos derivados del Comercio Electrónico.

Hablamos así del *Arbitraje Virtual* el cual es autosuficiente aunque derive su fortaleza de una ley previa que equipara sus resoluciones a las de un Juez. El Arbitraje virtual tiene las mismas características y ventajas del tradicional e incluso podría llegar a ser mucho más económico y expedito.

VI. CONCLUSIONES

Creemos que el éxito de la protección del consumidor dentro del Comercio electrónico podría radicar en dos puntos: primero la fiscalización previa y métodos para lograr erradicar tanto como se pueda los sitios en Internet que no ofrezcan la calidad y seguridad deseada por los Usuarios, eso podría darse tal y como señalamos páginas atrás por medio del mismo control que ejerzamos los consumidores. En segundo lugar es necesario crear métodos para resolver estos conflictos fuera de los tribunales de juicio e incluso de los mismos tribunales arbitrales.

Esto se podría hacer fortaleciendo los sistemas de mediación, conciliación y arbitraje y adaptándolos al mundo virtual.

Un caso interesante es el del sitio Ebay.com, el cual es el líder de las subastas en línea, ellos son simples agentes que ponen en contacto a un vendedor y varios consumidores. Sin embargo, en caso de problemas tienen un sistema de mediación donde las mismas partes en conflicto buscan solucionar el mismo.

Tal vez ésa sea la clave, dejar que los mismos implicados resuelvan estas disputas sin que intervengan terceros ajenos al caso.

Rivero, Juan Marcos. *Reflexiones sobre el estado del discurso jurídico-penal costarricense* (San José: Ed. Jurídica Continental, 2002, 71 págs.).

El sumario de este ensayo del Dr. Rivero es:

- I. Los años perdidos
- II. Exorcismo jurídico
- III. La ciencia no tiene cabida en el derecho
- IV. La dignidad del derecho
- V. El principio del ruido
- VI. Conclusión
- VII. Bibliografía

Este libro es una reflexión sobre el Derecho penal realizada a propósito de la obra del Dr. Alfredo Chirino (*Sobre los 30 años perdidos de las ciencias penales de Costa Rica*) y del Lic. Francisco Dall'Anese (*Ni satanizar ni sacralizar*). Vale la pena leer y pensar respecto de los escritos del debate en torno al Derecho penal en nuestro país.

— o —

Chirino, Alfredo y Dall'Anese, Francisco. *Delito, autoritarismo y estado* (San José: Ed. Jurídica Continental, 2002, 36 págs. Contiene dos ensayos: *Sobre los 30 años perdidos de las ciencias penales de Costa Rica*, del Dr. Chirino; y, *Ni satanizar ni sacralizar*, del Lic. Dall'Anese).

El pensamiento que expresa el Lic. Dall'Anese gira en torno a la *imputación objetiva*, la cual estima no debe ser sacralizada ni satanizada.

Por su parte el Dr. Chirino escribe sobre la apreciación del Dr. Rivero condensada en la frase: los 30 años perdidos de las ciencias penales en nuestro país, indicando que este jurista echaba de menos un desarrollo importante de la dogmática penal costarricense, estimando nuestro rezago en treinta años con respecto a los aportes científicos de la República Federal de Alemania.

El Dr. Rivero se refiere a este libro y realiza un debate en torno al mismo, en la obra que aquí reseñamos.

– o –

Llobet Rodríguez, Javier. **La teoría del delito en la dogmática penal costarricense** (San José: Ed. Jurídica Continental, 2002, 253 págs., 2002).

Se trata este libro de una respuesta del Dr. Llobet a las anteriormente reseñadas obras del Dr. Alfredo Chirino y Lic. Dall'Anese, en este número de la presente revista.

El *índice* de esta publicación es:

- Capítulo I: ¿Treinta años de atraso en la dogmática penal sobre la teoría del delito en Costa Rica?
- Capítulo II: ¿Satanización de la teoría de la imputación objetiva por la dogmática penal costarricense?
- Capítulo III: Aspectos generales sobre el estado de la discusión sobre la imputación objetiva en Costa Rica
- Conclusión
- Bibliografía

En la *conclusión*, el Dr. Llobet expresa que tiene la impresión de que tal vez Alfredo Chirino, Francisco Dall'Anese, Juan Marcos Rivero y él no están tan distantes en nuestro pensamiento y que en parte todo es consecuencia de malentendidos. Así no debe confundirse el progreso de la dogmática penal sobre la teoría del delito. Lo importante es que se publiquen las ideas, de modo que bajo el principio de publicidad se pueda dar el diálogo que hace progresar a la dogmática penal.

– o –

Brenes Córdoba, Alberto. **Historia del Derecho**. Prólogo del Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Costa Rica, Hernán Esquivel Salas (San José: Ed. Jurídica Continental, 2002, 248 págs.).

Esta obra clásica en nuestro país explica la historia del Derecho en Oriente y Occidente, presentando un apartado sobre el Derecho costarricense.

El jurista Brenes Córdoba (1858-1942) publicó otras obras clásicas: Tratados sobre los bienes, personas, contratos y obligaciones.

El profesor Esquivel indica que las obras jurídicas de don Alberto Brenes Córdoba ha mantenido a través del tiempo un significativo valor, sobre todo las que tienen relación con la rama del Derecho Civil.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. **Códigos penales de los países de América Latina** (México: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, Comisión Europea, con CD 2000).

Ordóñez, Jaime. **Neo-tribalismo y globalización**. Prefacio de Antonio Augusto Cançado Trindade (San José: Flacso, UCR, Estudios para el futuro, 2002, 204 págs.).

La obra del Dr. Ordóñez se divide en capítulos:

- Introducción
- El siglo de las ideologías
- La fuerza centrífuga y la fuerza centrípeta: las tendencias del poder contemporáneo
- Relaciones de poder en el escenario global
- Los bloques regionales como un nuevo referente del poder
- El Estado-nación: transformaciones e incertidumbres
- La revuelta de los particularismos y el poder local
- La dialéctica neo-tribalismo y globalización. Claves y signos
- Del poder en el siglo XXI.

En el *Prefacio* el Dr. Cançado expresa que la presente obra del Profesor Jaime Ordóñez identifica con lucidez las contradicciones del mundo en que vivimos al inicio del siglo XXI –un verdadero cambio de época–, constituye un valioso aporte a este gran debate, que ciertamente fomentará la realización y difusión de otros estudios del género en nuestra América Latina.

- o -

Salazar Alvarado, Luis Fernando. **Despido y reinstalación de la trabajadora embarazada** (San José: Ed. Porvenir, 2001, 105 págs.).

Los temas que este libro analiza son:

- El despido disciplinario empresarial
- Formalización del despido de la trabajadora embarazada

- Nulidad del despido
- Conclusiones
- Bibliografía
- Anexos

Además, presenta sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Segunda.

En la *Introducción*, su autor nos dice que el despido de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, constituye uno de los pocos casos, junto con el despido de los representantes sindicales y los adolescentes trabajadores, en que el Código de Trabajo permite la efectiva reinstalación de un trabajador ilegítimamente despedido.

- o -

González Camacho, Oscar Eduardo. ***La justicia administrativa. Las medidas cautelares positivas*** (San José: Investigaciones Jurídicas, S. A., IJSA, T. III, 2002, 240 págs.).

Esta importante obra del Dr. González es el tercer tomo en esta materia, habiéndose ya publicado (y, reseñado en esta revista) el I (*Control judicial pleno de la Administración pública*, 2001, 284 págs.) y el II (*El control judicial de la inactividad administrativa*, 2002, 369 págs.), por la misma editorial.

Los capítulos de este libro son:

- I. Aspectos generales
- II. La suspensión de los efectos del acto como la única y tradicional medida cautelar
- III. Concepto y permisibilidad de las cautelares positivas
- IV. Las medidas cautelares positivas en el sistema contencioso Administrativo español

Bibliografía

En la *Introducción* el Dr. González nos dice que las medidas cautelares positivas buscan la protección de aquél que en su contienda requiere de manera provisional una orden de dar o hacer. Señalando que los conocimientos son semilla estéril en el operador jurídico que carece de sentido común.

Fernández Argüello, Hubert. **Ley de expropiaciones**. Anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2002, 173 págs.).

Herrera Fonseca, Rodrigo. **El delito experimental y su jurisprudencia penal y constitucional**. Contiene resoluciones de la Sala Constitucional y Sala Tercera de la Corte, con índice de votos (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2002, 166 págs.).

Los temas de este valioso libro son:

- Concepto del delito experimental
- Participación del agente provocador en el delito inexistente o experimental
- Participación del agente provocador
- Consideraciones sobre la ausencia de responsabilidad penal del agente
- Encubierto y provocador en una investigación penal. El dolo y la tentativa idónea.

Su autor nos informa que el delito experimental se atribuye a la indebida provocación premeditada de la comisión de un ilícito penal, que hace improcedente tener por culpable la autoría o participación del supuesto responsable a quien se dirige la provocación, por la ausencia de dolo en el sujeto productor del hecho y atipicidad en la conducta (pág. 11).

- o -

Durante Calvo, Marco. **Derechos laborales colectivos en el sector público** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2002, 56 págs.).

En la *Presentación*, su autor nos indica que el presente ensayo pretende hacer un breve análisis de los derechos colectivos de libertad sindical, convención colectiva y huelga en el sector público costarricense, principalmente después de las recientes sentencias de la Sala Constitucional sobre los temas en mención.

Este libro aborda los aspectos relativos a los sindicatos en Costa Rica, libertad sindical, convenciones colectivas y derecho de huelga, con el debido respaldo en los votos de la Sala Constitucional.

- o -

Duarte Delgado, Edwin; Gerald Campos Valverde, Johnny Rodríguez Vega, Juan Carlos Arce Chavarría. **El tráfico de drogas en la jurisprudencia** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2002, 142 págs.).

En el *Prolegómeno* los autores nos indican que el delito de tráfico de drogas es de lesa humanidad. Se relaciona con otras actividades delictivas organizadas, con ramificaciones internacionales, que amenazan las economías lícitas, la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.

Los temas que esta obra expone se refieren al antecedente histórico, objeto material del delito, bien jurídico protegido, delito de peligro, modos de ejecución, posesión de drogas, almacenamiento, donación y suministro, transporte, venta, favorecimiento personal, autoría y participación, circunstancias agravantes, menores de edad, introducción a centros penales, organización, tráfico internacional, comiso, conclusiones.

Este libro cuenta con una seleccionada jurisprudencia y una útil bibliografía.

- o -

Fournier Acuña, Fernando. **Historia del derecho**. Actualizada por Gerardo Trejos (San José: Iuricentro, 3ª Edición, 2001, 327 págs.).

Los capítulos que contiene esta obra clásica son:

- I. El derecho en las sociedades primitivas
- II. Egipto y China
- III. Semitas de la antigüedad
- IV. Los arios de Asia
- V. Grecia
- VI. Roma

- VII. El Imperio Romano
- VIII. Arabes y germanos
- IX. Introducción al Derecho Occidental
- X. Derecho Canónico
- XI. Francia
- XII. España
- XIII. Inglaterra
- XIV. Alemania
- XV. Estados Unidos
- XVI. Derecho Precolombino
- XVII. Derecho Colonial
- XVIII. América Latina
- XIX. Derecho Constitucional de Costa Rica
- XX. Derecho Privado Costarricense

Casado Ollero, Gabriel; Juan Manuel Alvarez Echagüe, José María Oreamuno Linares, Diego Salto van der Laat. **Fraude y evasión fiscal** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., IJSA, Centro de Estudios Tributarios, 2002, 231 págs.).

En la *Introducción*, el Dr. Adrián Torrealba Navas, nos expresa:

El libro que presento trata sobre las distintas reacciones que puede tener el contribuyente ante la existencia de un tributo y las distintas respuestas del ordenamiento ante esas reacciones. Este tema es esencial en las relaciones entre el contribuyente y la Administración Tributaria. En efecto, de una parte, el primero podrá legítimamente exigir seguridad jurídica para emprender sus decisiones económicas sin el temor a que dichas decisiones sean entorpecidas por una arbitraria aplicación del ordenamiento tributario por parte de la Administración, muy distinta a la que el contribuyente de manera informada y de buena fe pensó que debía serle aplicable. De otra parte, la Administración requiere de instrumentos jurídicos que le permitan defender el patrimonio de la Hacienda Pública frente a los comportamientos de los contribuyentes tendentes a no pagar los tributos que les corresponde. Esta tensión es difícil de resolver de manera equilibrada, lo que obliga a la permanente búsqueda de soluciones adecuadas para contemporizar ambas legítimas aspiraciones.

Rodríguez Cordero, Juan Carlos. **Entre curules & estrados. La consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2002, 157 págs.).

En la Introducción su autor nos señala:

El hecho de que la estabilidad del sistema político costarricense resulte ser la más longeva de América Latina, hace que su diseño institucional sea del mayor interés para los estudiosos del derecho y de la política. En el medio costarricense los estudios relacionados con el diseño de su sistema político han sido realizados principalmente por juristas, interesados en los temas del derecho constitucional; pero aún así es poco lo que se ha investigado sobre las formas de control del Poder Judicial al Poder Legislativo, en especial sobre el control de la función constituyente. Mientras tanto, los estudios politológicos se han centrado en los temas electorales y legislativos, así como en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y no tanto en las relaciones de éstos con el Poder Judicial.

El contenido de esta obra es:

- Poder político y control
- El poder constituyente y el control de constitucionalidad en el sistema político costarricense
- Las viejas reformas constitucionales ante un nuevo diseño político
- Las reformas constitucionales después de 1989
- Las tensiones no se agotan
- Conclusiones y bibliografía.

- o -

Arroyo Gutiérrez, José Manuel, Alexánder Rodríguez Campos. **Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal** (San José: Escuela Judicial, 2002, 155 págs.).

En la *Presentación*, el Director de la Escuela Judicial, Dr. Alfredo Chirino Sánchez, nos dice que una sentencia judicial no es solo un compromiso con la comunidad de técnicos y de operadores del Derecho, sino que es, además, un diálogo con aquellos que han planteado su conflicto ante los Tribunales.

Agrega el Dr. Chirino que la Escuela judicial desea constituirse en una instancia de reflexión y de análisis de los problemas que aquejan nuestra administración de justicia, para proveer una panorama claro de sus dificultades y también, un elenco posible de soluciones. Creemos que el aporte de don José Manuel y de don Alexander permitirán extender los efectos benéficos de sus esfuerzos hacia otros países de la región.

En la *Presentación* sus autores nos afirman que:

Este texto surgió como propuesta del Consejo Superior del Poder Judicial, ante la evidencia de una variable altamente significativa en el número de sentencias penales anuladas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal, cada uno dentro de su ámbito de competencia. La remisión a la Escuela Judicial fue la disposición natural y la elección de los autores y los objetivos por trazar, responsabilidad de este órgano.

El objetivo principal de este libro ha sido únicamente el de proporcionar a los jueces, primordialmente a los jueces de sentencia, un encuadre teórico y una visión empírica de cuáles son los defectos procesales que a menudo justifican la nulidad de los fallos y en qué medida y a través de cuáles técnicas se pueden evitar o disminuir.

El contenido de esta relevante obra, dividida en unidades, es:

- I. La obligación de motivar en el ordenamiento jurídico costarricense
- II. Generalidades acerca de la motivación
- III. Lógica y lógica jurídica
- IV. Las falacias
- V. Motivación de la sentencia y prueba indiciaria
- VI. Los momentos más importantes de la fundamentación de la sentencia
- VII. Tipología de errores más frecuentes en la fundamentación de la sentencia

Bibliografía.

El contenido de esta valiosa revista es el siguiente:

Algunos lineamientos generales sobre los títulos cambiarios que fungen como instrumentos de crédito *Prof. Dr. Gastón Certad Maroto*

La protección de los datos personales en Costa Rica *Marvin Carvajal Pérez*

Inconstitucionalidad por omisión *Silvia Patiño Cruz*

La libertad sexual de los menores de edad privados de libertad *Alejandra Manavella Suárez*

Universalidad de los derechos humanos, ¿derecho natural? *Julio Fonseca Pión*

La impunidad: reto a la justicia en Centroamérica *Pablo Barabona Fruger*

El comercio electrónico y sus implicaciones tributarias *Amelia Brenes Barabona*

Informe del Area de Investigación sobre trabajos finales de graduación presentados durante el año 2002.

Jinesta Jinesta Lobo, Ernesto. **Tratado de Derecho Administrativo. Parte general**. (Bogotá: Ed. Diké, T. I, 2002, 471 págs.).

Esta importante obra del Dr. Jinesta esta dividida en capítulos, en este orden:

- I. Administraciones Públicas
- II. Administrado
- III. Derecho Administrativo
- IV. Función administrativa
- V. Formas de manifestación de la función administrativa
- VI. Acto administrativo
- VII. Elementos constitutivos del acto administrativo
- VIII. Validez y eficacia del acto administrativo
- IX. Modificación y extinción del acto administrativo
- X. Actos administrativos típicos.

Bibliografía

Sin duda se trata de un valioso aporte al Derecho Administrativo costarricense.

Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo.

Año 2. Nº 2 (San José: impresa en la Universidad Nacional. 2002. 207 págs.).

Esta importante revista nos presenta este contenido:

- | | |
|---|--------------------------------------|
| Homenaje al Dr. Rodolfo Piza Escalante | <i>Dr. Enrique Rojas Franco</i> |
| Constitución y justicia administrativa | <i>Dr. Jesús González Pérez</i> |
| Delimitación de competencias de la Sala Constitucional y el Tribunal Supremo de Elecciones en Costa Rica | <i>Lic. Luis Alonso Ortiz Zamora</i> |
| Reflexiones estasiológicas | <i>Dr. Jorge Fernández Ruiz</i> |
| Tratamiento de las medidas cautelares en el proyecto del Código Procesal Administrativo de Costa Rica | <i>Dr. Alvaro Mora Espinoza</i> |
| ¿Derecho Público y Derecho Privado | <i>Dr. Mariano R. Brito</i> |
| Descentralización y competencias en la cultura | <i>Dr. Luciano Parejo Alfonso</i> |
| Apuntes sobre el secreto de Estado en Costa Rica | <i>Lic. Jorge Córdoba Ortega</i> |
| El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria | <i>Dr. Jorge Danós Ordóñez</i> |
| Ley No. 8131 de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos del 18/09/2001. | |
| Reglamento a la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Decreto Ejecutivo No. 30058-H- PLAN del 19/12/2001. | |
| Ley No. 8220 de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos del 04/03/2002. | |

INDICE

| | <i>Pág.</i> |
|--|-------------|
| <i>Presentación</i> | 9 |
| Ensayos: | |
| El nombre de dominio, ¿una nueva forma de propiedad? <i>MSc. Christian Hess Araya</i> | 11 |
| Pago por consignación <i>Lic. Jorge Jiménez Bolaños</i> | 19 |
| El criterio o principio de equivalencia en el contexto de las medidas sanitarias y fitosanitarias <i>Licda. Marlen León G.</i> | 39 |
| Límites y alcances de la intervención estatal en la economía costarricense <i>Máster Marianella Alvarez Molina</i> | 55 |
| La Sala Constitucional y el aeropuerto internacional Juan Santamaría - Voto 11657-01 <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> | 97 |
| La deserción en el proceso agrario <i>Lic. Carlos Adolfo Picado Vargas</i> | 141 |
| Comercio electrónico y derechos del consumidor <i>Lic. Oswald Bruce Esquivel</i> | 153 |
| Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> | 171 |

ISSN
00347787

