

COS R  
Nº 24  
JUN-SET  
DIE  
1974

Director  
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (\*)



25909

06 AGO, 1980

NÓ SALE

DIAS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 14 1584

\* Profesor de las Cátedras de Teoría del Estado; Derecho Público; y, Licitaciones y contratos administrativos. Director del Instituto de Derecho Público. Ex editor de la "Revista de la Contraloría General de la República".

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

RICA

OS  
DE



# REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

(NUMERO EXTRAORDINARIO)

No. 24

SAN JOSE, COSTA RICA

JUNIO - SETIEMBRE - DICIEMBRE

1974





JUNTA DIRECTIVA ACTUAL DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

Discurso del Presidente del Colegio de Abogados, Lic. Don Rodrigo Odio en ocasión del acto conmemorativo del sesquicentenario de la enseñanza del Derecho y del soterramiento de la primera piedra del edificio de la Facultad de Derecho, pronunciado el 10 de diciembre de 1974.

Señor Ministro de Educación, representante del Presidente de la República

Señor Presidente de la Asamblea Legislativa

Señor Magistrado Cervantes, Representante del Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Señores Ministros de Gobierno

Señores Magistrados

Señor Contralor General de la República

Señores Miembros del Consejo Universitario

Señor Rector de la Universidad de Costa Rica

Señores Decano, Vicedecano y Profesores de la Facultad de Derecho

Jóvenes estudiantes:

El Colegio de Abogados se asocia con júbilo a la Facultad, para conmemorar con ella el sesquicentenario de la enseñanza del Derecho en Costa Rica.

La idiosincracia del pueblo costarricense y su apego a la juridicidad, son en buena parte fiel reflejo de la importancia que a través de los años hemos dado en el país a la enseñanza del Derecho.

La Escuela de Derecho es la única centenaria de nuestra Universidad. Por sus aulas han pasado la mayoría de los más ilustres de nuestros prohombres. Por mucho tiempo los abogados han sido la clase rectora de nuestro país. A ello obedece en buena parte el



desarrollo de nuestro espíritu cívico y de la civilidad del pueblo costarricense.

Y cosa curiosa, siendo esta Facultad la más antigua de todas, no tiene todavía casa propia y ha vivido estos años bajo el alero de la de Ciencias Económicas.

Nada más adecuado, ni más justo, ni más equitativo, que levantar de inmediato la construcción de nuestra casa. El soterramiento que se ha hecho esta mañana de la primera piedra de ese edificio y el firme propósito de llevarlo adelante que expresa el documento colocado dentro de ella, son una promesa formal de hacerlo así. Nada debe detenernos en ese empeño. Todos, cada cual dentro de nuestras posibilidades, debemos comprometer nuestro esfuerzo para que así sea. Los actuales Presidentes de los tres Poderes del Estado son abogados, y con su concurso y el nuestro saldremos adelante.

El Colegio de Abogados cree en la Facultad. El Colegio observa con interés los esfuerzos que la Facultad realiza para mejorar día con día y para servir no sólo dentro del claustro universitario sino fuera de él, proyectándose a la comunidad. Tal ocurre con los servicios gratuitos de abogacía y notariado que brinda a personas que no disponen de recursos para pagar un profesional en Derecho; y ocurre también, con los cursos de capacitación que brinda a la guardia rural y a los representantes del sector patronal y de la clase trabajadora; así como con los cursos de refrescamiento y de post-graduados que anualmente ofrece a jueces y litigantes.

Merece especial mención y reconocimiento público, la iniciativa de la Facultad de crear institutos que estudien y analicen problemas nacionales y propongan soluciones. Estas iniciativas —me dicen—, han cristalizado ya en el Instituto de Derecho Agrario, el Instituto de Derecho Internacional, el Instituto de Derecho Social, de Derecho Público y el de Derecho Privado. Entiendo que esos organismos están dando sus primeros pasos. Si logramos proporcionarles financiación adecuada, llegarán a ser centros muy útiles a la Comunidad.

El Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho han de caminar mano a mano porque tienen intereses comunes, ya que esta última forma los juristas del mañana. Para el Colegio es entonces de interés primordial, cualquier esfuerzo que se haga por mejorar constantemente la calidad y preparación de los abogados.

Compenetrados de esas ideas acordamos fusionar la revista del Colegio con la de la Facultad, para elevar el nivel y el fuste de ambas publicaciones. Ya está en prensa el primer número bajo esa nueva concepción.

Imbuidos de esa misma idea de que Facultad y Colegio han de constituir una sola unidad, prestamos modestamente nuestro concurso para traer a Costa Rica conferenciantes de renombre interna-

cionai; damos anualmente un aporte para el mejoramiento de la Biblioteca de esta Casa de Estudios y hemos celebrado con la Facultad un convenio mediante el cual el Colegio compromete recursos suyos en un plan de becas para profesores y en cursos de refrescamiento.

La Facultad de Derecho, en reconocimiento a ese esfuerzo y a esa buena voluntad del Colegio para con ella, le brinda por su parte la colaboración que el Colegio necesita en la preparación y organización de congresos jurídicos. Así lo hizo en los años 1970, 1971 y 1973, y lo hará sin duda también en el Congreso que tenemos programado para 1975.

Nuestra ley orgánica expresa que el Colegio de Abogados tiene por objeto, promover el progreso de la ciencia del Derecho y cooperar con la Facultad en ese sentido. Persuadido de esa finalidad y compenetrado en la bondad de los principios enunciados, he trabajado codo a codo con su Decano en el sentido expuesto, y desde esta tribuna ofrezco a los jóvenes estudiantes, que *ese* seguirá siendo mi Norte en la Presidencia del Colegio de Abogados y que no omitiré esfuerzo para procurar, dentro de nuestros recursos y dentro de mis atribuciones, que esos aportes se arraiguen en el Colegio y se fortalezcan cada día más.

San José, Diciembre 10, 1974.

Lic. Rodrigo Odio González

N. 24

1974

340 R

REV 14 1584.



Discurso del Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, Decano de la Facultad de Derecho en el acto conmemorativo del sesquicentenario de la enseñanza del Derecho y del soterramiento de la primera piedra del edificio de la Facultad pronunciado el 10 de diciembre de 1974.

*Celebramos hoy los 150 años de enseñanza del Derecho en Costa Rica, que nació con la Universidad de Santo Tomás y que la sobrevivió, después de que ésta última desapareciera el 20 de agosto de 1888 por decreto legislativo de la misma fecha, dictado bajo la presidencia de don Bernardo Soto y por iniciativa de su ilustre Ministro de Educación, don Mauro Fernández, "mientras —como lo dispuso la dicha ley— "las condiciones del país no permitieran la creación de una universidad como elemento corporativo con la organización que a sus funciones correspondía".*

*La Facultad, que había empezado como servicio público sin organización propia con la Universidad creada por decreto del Colegio Constituyente del 10 de diciembre de 1824, pasó en 1891 a la estructura y se hizo dependencia del Colegio de Abogados, cuya Junta Directiva la mantuvo, dirigió y administró, con la potestad de conferir el grado de licenciado en leyes y de hacer los exámenes respectivos, hasta que el decreto legislativo N° 362 de 26 de agosto de 1940 la integró a la Universidad de Costa Rica, fundada en el mismo acto y con la misma fecha. Desde entonces hasta hoy, la Facultad de Derecho sigue siendo parte de ésta última, importante pero pobre y casi tanto como cuando nació, hace ya 150 años. El destino de nuestra querida e ilustre institución ha sido, en efecto, ser importante pero pobre, necesaria pero ignorada. Y pese a todo ello, sigue siendo, hoy más que nunca, importante, necesaria y empieza a ser creadora. Mientras muchas otras disciplinas se hundieron ante la pequeñez del medio, la enseñanza del Derecho se afianzó, adquirió brillo y perduró, remozada por los tiempos, hasta su plenitud actual como parte de la Universidad de Costa Rica.*

*¿A qué se debe esta su vitalidad, producto más de la adversidad que de la buena ventura?*

*Muchos factores hay, universales y nacionales. El aparente bajo costo comparativo del Derecho como materia universitaria, pues el*



mismo, a diferencia de las ciencias naturales e incluso de las sociales que no se refieren a normas, pareciera poder desarrollarse —o lo hizo hasta hace muy poco— mediante la especulación y la investigación de biblioteca, sin exigir intensamente métodos empíricos, de campo o de laboratorio, mucho más costosos. Este factor desaparece hoy rápidamente, ante la creciente necesidad de evaluar y comprobar los resultados reales de la aplicación de las normas jurídicas, a través de métodos de este último tipo, pero fue decisivo para una preferencia en favor del Derecho el siglo pasado, más pobre aún que el presente. Pobreza que aquí en Costa Rica determinó, en segundo término, una contracción del interés científico a lo absolutamente indispensable para vivir, al tiempo que un amor por lo fácil y sencillo y un disgusto por lo heroico. La pobreza del bolsillo nos hizo a los costarricenses pobres del alma. Y, hay que decirlo, durante mucho tiempo el amor del costarricense por el Derecho se nutrió de ese su anti-heroísmo, porque el Derecho y su estudio le ofrecieron una técnica igualmente cómoda y barata de conocer y dominar su mundo. El tan mentado respeto del costarricense por el Derecho, así como el amor por su estudio, han sido y son todavía síntomas de vocación por la comodidad y de miedo al cambio, más que verdadera pasión por la justicia y por la creación de una sociedad mejor, más laboriosa y dura quizá, pero más dinámica y progresiva. Esto último al costarricense le importa poco y hasta hace muy pocos años le importó menos al jurista que a otros costarricenses. La índole codificada de nuestro Derecho le convierte en una solución obligatoria, coactiva y dada a la sociedad, puesto que formulada por el gobernante, de los conflictos colectivos, y por ahí en una técnica gratuitamente recibida de adaptación al medio social y de conformación del mismo. Y para completar este cuadro típicamente nuestro, debemos agregar que el estudio del Derecho ofrece aquí otra perspectiva favorable al hombre medio y mediocre, que es la originalidad relativa pero fácil. Mientras sólo unos pocos privilegiados del talento alcanzan las cumbres de la creación científica, con el riesgo de la soledad cuando el descubrimiento se da en el campo de otras ciencias sociales y morales, por un choque frontal con la idiosincrasia ambiente, en el mundo del Derecho se da la apariencia —totalmente falaz— de que hay originalidades y descubrimientos menos costosos, que, sin embargo, fingen ser igualmente creativos e importantes. Cada cual cree poder interpretar las normas a su modo y manera y el Derecho parece campo del vivo y avisado, más que del sabio o del pensador. El heroísmo del puro investigador, que se aísla del mundo para perseguir la gran verdad de la naturaleza o del espíritu, parece imposible en el jurista, que puede pasar por excelente si, en lugar de ello, se apeg a la letra de la ley y a la de los intereses que quiere defender, y logra las soluciones más impuras y comprometidas, pero prácticas. Esta concepción puramente profesional y utilitaria del Derecho es la que hasta hace muy poco predominó en Costa Rica y la que hizo posible, aunque duela confesarlo, su gran estabilidad a la par de su gran pobreza académica. Mucho se ha hablado de la edad de oro de nuestro De-

recho y de los grandes juristas —grandes por su talento, su prestigio y su poder— que la adornaron y engrandecieron por legiones. Pero, aunque suene paradójico, ellos fueron grandes casi siempre como políticos, no como juristas, y tras una ilustre vida pública poco o nada nos dejaron escrito sobre el Derecho costarricense, que ellos construyeron más que explicaron, y que está todavía hoy por iluminar y desentrañar.

La consecuencia es que todavía hoy desconocemos qué es lo que hay de propiamente nacional y qué de extranjero en ese ordenamiento, y, aún peor, cuáles son los valores que debemos mantener y cuáles las desviaciones que debemos suprimir. Es muy difícil amar nuestro Derecho, base de nuestra sociedad, sin poder recrear o repensar sus grandes dilemas, sus grandes soluciones, las técnicas y los rasgos definitivos de nuestro ordenamiento jurídico, por falta de literatura nacional que lo revele, preserve y transmita. Sólo con ella podremos llegar a divisar nuestra verdadera idiosincrasia política y social, y a conocerla y amarla en su conjunto, pues la ciencia jurídica es luz sobre perfil, fundamento y coronación de un sistema, y no solamente su pilar y estructura.

Ha tomado 150 años el advertirlo para saber también que no hay progreso auténtico de una sociedad, mientras no haya en la misma una Facultad de Derecho con juristas avezados y patriotas, que sepan explicar a sus discípulos y a los futuros electores y dirigentes el contenido moral de las instituciones, y aprovechar la unión de ciencia y conciencia así creada para disparar la energía que de ella nace hacia metas heroicas de justicia, libertad y altruismo, más acá o más allá de la comodidad, el acomodamiento y el bienestar económico.

Sólo hay dos formas de ser héroe del Derecho, o muriendo por él o viviendo para él, y ninguna es posible mientras nos limitemos a enseñar la ciencia sin hacer conciencia, mientras creamos que es posible la conciencia sin la ciencia, y mientras seamos incapaces de vivir y hacer vivir a los demás la preocupación por el público como si fuera lo privado, la disposición de sacrificio y entrega por la dignidad de la patria como si fuera la dignidad propia y la solidaridad con Costa Rica y con la pureza de su honor y de sus instituciones como si fuera nuestro amor por la esposa, la amada o el hijo.

Sólo podemos ansiar que 150 años de enseñanza hayan producido en nosotros y en nuestros discípulos esa generosa y acrisolada determinación, y que Costa Rica, por obra de ese heroico amor, se convierta hoy en nuestra hija, después de haber sido nuestra madre, y que para arroparla y salvarla le hagamos total entrega de nuestra ciencia, nuestra conciencia y nuestra máxima devoción.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Muchas gracias.



## PRESENTACION

*Este número extraordinario de la "REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS" de Costa Rica, es "fuera de lo corriente" por varias razones importantes, que ameritan ser puestas por escrito a modo de presentación de esta publicación que lleva el número 24 de la serie de la revista citada. Por ello es indispensable hacer una breve historia de lo que ha aconecido.*

*Durante largo tiempo la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de nuestro terruño habían venido publicando sus respectivas revistas, con orientaciones, directores, financiamiento, etc., diversos. Tanto la una como la otra venían llenando un vacío relevante en la cultura jurídica del país. La segunda revista (la del Colegio de Abogados) con más trayectoria y "solera" echó su simiente en el campo agradecido del gremio abogadil; mientras que, en lo tocante a la primera (la de la Academia), tuvo en el maestro Eduardo Ortiz Ortiz —su fundador y director— una línea de publicaciones que impactó, fuertemente, tanto el campus universitario como el gremial. En las dos revistas, muchos colegas dejaron su esfuerzo, su sacrificio, su sapiencia, su abnegación y su quijotismo bienhechor. Pues, ¡qué duda cabe del costo humano que significa la edición de una revista! ¡Cuántas publicaciones especializadas han caído cuando sus propulsores vitales se retiran, o se van, de la dirección de ellas! ¡Cómo evitar, en una presentación como esta, la nostalgia, la poesía, el encanto de la letra impresa y de su sudor! ¡Cómo entregar al país este número 24, sin hacer vibrar la pluma al calor y al recuerdo de los que lo han dado todo por llevar el mensaje jurídico escrito a las sucesivas generaciones de juristas y estudiantes de Derecho! ¡Cómo, al que ahora le ha correspondido mantener la tea, de una publicación de esta naturaleza, viva y flameante —en todas sus dimensiones— no va a solidarizarse con sus colegas y conciudadanos que entregaron su saber y su alma en la edición de una revista jurídica! ¡Cómo, en fin, no sentirse parte de un equipo de costarricenses que creen en el Derecho como exaltación de la libertad y de la dignidad humana!*

*Con respecto a los "hechos" que se refieren al auspicio de esta Revista por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa*



Rica y el Colegio de Abogados, ello se debe al interés puesto de parte de la Junta Directiva del mencionado Colegio y de la citada Facultad en el sentido de unir y coordinar esfuerzos y recursos para contar con una publicación adecuadamente financiada y que responda al momento jurídico actual y que llene las expectativas del país.

A partir de este número 24, las Revistas del Colegio de Abogados y de la Facultad de Derecho se unen. De este modo, la portada de tal publicación llevará la leyenda "REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS. Facultad de Derecho - Colegio de Abogados". Esta fusión es parte de la comprensión y el entusiasmo que existe entre el Colegio y la Facultad de Derecho para fortalecer, por todos los medios legítimos y posibles, la cultura jurídica costarricense. Así, el citado Colegio tiene una partida destinada para conceder becas en el exterior a graduados que desean regresar al país e integrar la planta de profesores de la Facultad de Derecho, a la vez que tiene otro fondo para financiar cursos de "refrescamiento" para abogados; y, otro más, orientado a la adquisición de revistas jurídicas y de libros de nuestra especialización para la biblioteca de la Facultad de Derecho. Estas son, algunas de las políticas de engrandecimiento y de fomento de la cultura jurídica de Costa Rica que está realizando el Colegio de Abogados dentro de una perspectiva amplia, responsable y patriótica. Indiscutiblemente, que el efecto favorable de esta política conjunta entre el Colegio y la Facultad redundará en beneficio del nivel de juridicidad y de institucionalidad nacional. Cabalmente, el medio de fortalecer el sistema democrático, es la educación y la difusión del saber con responsabilidad. La ciencia unida con la educación y la difusión del conocimiento con un hondo sentido de la noble tarea que se realiza. "La ciencia unida con la conciencia", como expresó nuestro Decano, el Prof. Don Eduardo Ortiz, en el discurso que esta Revista publica debido a su actualidad y a la riqueza de sus ideas.

Como un lugar común se ha venido repitiendo que el gremio de abogados y el orbe académico que se expresa en la Facultad de Derecho se han quedado cortos para los rumbos del país y las exigencias de cambio social que el pueblo costarricense demanda, máxime en este último cuarto del Siglo XX. Existen, efectivamente, indicios que, prima facie, tienden a confirmar la mera opinión indicada.

Creemos que el futuro de Costa Rica requiere de abogados y de estudiosos del Derecho agresivos, pujantes y dedicados. Nuestra legislación urge de una serie de modernizadores. Nuestro Ordenamiento jurídico, insoslayablemente, pide que hombres con talla y garra lo pongan al día. La perspectiva del Derecho como mecanismo de cambio social es válida. El Derecho en sí mismo es un instrumento de control social tendiente a mantener y robustecer el statu quo; en este sentido, tiene una teleología conservadora. Pero, también, dependiendo de las manos que la instrumentalicen, la Ley puede promover el cambio social, la adecuación de estructuras políticas, económicas y sociales a las exigencias de nuestra sociedad. El abogado y el

estudiante de la norma jurídica no puede mantenerse al margen de la dirección, profundidad, velocidad y complejidad del cambio social. El hombre de leyes tiene una cuota muy importante en el porvenir de nuestra Nación. Su papel no puede quedar circunscrito al de simple expectador y defensor de los intereses de sus clientes. Este rol de mensajero legal no le cuadra a los requerimientos del abogado en una sociedad democrática. Se puede señalar que el guardián de la legalidad del país es el abogado. Existe una misión portentosa para el ser humano que se dedica a la profesión y al estudio del Derecho: el hacer de la Ley el baluarte de la decencia, de la integridad y del honor nacional.

Se debe tener una clara conciencia de este rol democratizante y humanizante del abogado. De lo contrario, tanto la Ley como el abogado serán llanas herramientas de mascarones de legalidad; y, el Estado de Derecho será una expresión estereotipada más; hueca y humillante.

Esperamos que este número 24 tenga una buena recepción en el mundo de los dedicados al Derecho; y, que el esfuerzo que con gusto hemos efectuado, sea gratificado por la satisfacción del deber cumplido a cabalidad.

DISCURSO DE APERTURA  
DEL CURSO 1971-1972  
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez  
Director



## DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO 1974

### *Consideraciones sobre el estudio del derecho agrario en Costa Rica \**

\* El presente escrito constituye el texto del discurso académico correspondiente al curso lectivo del año 1974, leído por su autor el 4 de marzo en el Auditorio de la Facultad de Derecho.



Estimados amigos:

Quiero aprovechar la honrosa distinción que me ha hecho el señor Decano permitiéndome dirigirme a ustedes en esta primera sesión académica que da inicio al curso lectivo de 1974, haciendo referencia a algunos aspectos de interés en el estudio del derecho agrario en Costa Rica.

Siendo el derecho agrario una de las ramas del estudio jurídico de más reciente aparición en el curriculum de esta Facultad, creo conveniente empezar por poner de relieve los fundamentos jurídico-sociales de la especialidad normativa de la actividad productiva agraria, objeto de estudio del derecho agrario.

Los problemas que estudia el derecho agrario, al igual que todos los problemas del derecho, tienen su origen en la vinculación e integración entre los valores vitales y los valores jurídicos. Los valores que el derecho regula son los mismos valores de la vida humana, y son por lo tanto valores absolutamente reales, vinculados en conexión de sentido a los fines prácticos que están en el origen de todas las proposiciones normativas. Los valores jurídicos, en cuanto son valores reales, se encuentran condicionados en su aparición y satisfacción a las diversas situaciones de hecho, entendiéndose por tales los estados de existencia, material y lógicamente apreciables, en que se configura el sustrato económico social de las actividades humanas. Las necesidades y los intereses vitales que regula el derecho, asumen diversos contenidos y se especifican en exigencias concretas en lo temporal y lo espacial a medida que se manifiestan y modifican las situaciones de hecho. En cada situación específica de hecho, en el grado en que sea científicamente delimitable, se generan intereses y exigencias particulares, a cuya satisfacción tienden los diversos sectores del ordenamiento jurídico. Esta relevancia jurídica que adquieren, en virtud de la conexión entre valores vitales y valores jurídicos, las diversas situaciones de hecho, constituye la base material de todos los sectores especializados del ordenamiento. La especialidad de dichos sectores, que no puede ser sino relativa en vista del ordenamiento jurídico general, tiene por lo tanto su origen y fundamento en las exigencias concretas que la vida asociativa incesantemente postula, y que la aspiración a la armonía social estimula a resolver.



Por cuanto se refiere a la actividad productiva agraria y a su disciplina jurídica en Costa Rica, es posible individualizar en nuestro ordenamiento jurídico un sector normativo especializado, teleológicamente orientado a satisfacer las exigencias e intereses propios de esta actividad. Este sector normativo regula con caracteres particulares los elementos fundamentales en que se descompone el estudio del Derecho. Contiene, en este sentido, una disciplina especial aplicable a los sujetos participantes en la actividad productiva agraria, a la propiedad de la tierra como bien jurídico fundamental de esta actividad, y una disciplina también especial de las situaciones jurídicas que con ocasión de la actividad se configuran.

En Costa Rica el régimen jurídico de la actividad productiva agraria tiene su origen histórico en situaciones de hecho particulares que han tornado necesaria la promulgación de leyes especiales reguladoras de la tenencia de la tierra y de la producción agropecuaria. Los problemas económico-sociales que surgen de la existencia en nuestro país de determinados patrones de tenencia de la tierra, no son histórica ni lógicamente, y no podrían por lo tanto serlo jurídicamente, independientes de lo que acontece en la fase productiva de la agricultura y de la distribución de los productos agrícolas. La producción y la distribución de los productos agrícolas constituyen la etapa culminante de la actividad productiva agrícola, en vista de la cual los institutos típicos del derecho agrario, cual es la posesión agraria, la propiedad agraria, la empresa agraria y los contratos agrarios, son objeto de una disciplina jurídica especial. A la vez, en la configuración de los patrones de la tenencia de la tierra es posible poner de relieve la importancia de una disciplina jurídica reguladora de la producción y la distribución de los productos agrícolas.

Las condiciones en que en nuestro medio se ha desarrollado la agricultura, han sido causa determinante de los patrones de tenencia de la tierra. Considérese en este sentido la influencia de la agricultura del café. Con la producción voluminosa del café y su exportación a los mercados europeos a mediados del siglo pasado, la estructura agraria heredada de la colonia, caracterizada por la preponderancia de la pequeña propiedad familiar, sufrió grandes modificaciones a medida que se acrecentaban las diferencias económicas entre el beneficiario-exportador que dirigía el mercadeo del grano, y el agricultor que vendía al primero su cosecha. Las relaciones económicas entre los compradores europeos y los beneficiadores-exportadores, y entre estos últimos y los productores, relaciones que en esta primera época no contaban con una disciplina jurídica especial adecuada, dieron como resultado la aparición de la gran propiedad, comparativamente hablando, y produjeron el surgimiento de una clase social desconocida hasta entonces, integrada por pequeños propietarios desposeídos que se convirtieron, en el mejor de los casos, en asalariados de las haciendas. En el presente, la legislación reguladora del régimen de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de café, tiende a lograr una mayor equidad en estas transacciones, y el sector de la producción del café se encuentra en gran parte dirigido por los pequeños y

medianos productores que integran las numerosas cooperativas de caficultores.

Por cuanto se refiere a la agricultura del banano, las condiciones materiales y jurídicas en que se ha desarrollado su cultivo en Costa Rica, han ejercido una influencia determinante en la configuración de los patrones de tenencia de la tierra, haciéndose cada día más apremiante, como lo demuestran los conflictos de precarismo que hoy presenciamos en la zona sur del país, la necesidad de una legislación especial adecuada.

Estos ejemplos históricos ponen de relieve la interrelación entre tenencia de la tierra y producción y distribución de los productos agrícolas, y constituyen datos que deben ser necesariamente considerados en la disciplina jurídica de la actividad productiva agraria.

En la actualidad, la evolución legislativa en el sector agrario se presenta como un complejo de normas y de principios particulares cuyo estudio dogmático corresponde al derecho agrario. La importancia de los criterios técnico-sociales, que están en la base de la política agraria y del derecho que permite su aplicación, impone criterios metodológicos de obligatoria observancia en los estudios del derecho agrario. Muy concretamente, el estudio dogmático de esta rama jurídica debe manifestar un interés preeminente por los hechos sociales propios de la actividad productiva agrícola. La consideración de estos hechos, concebidos como hechos jurídicos propios del derecho agrario, requiere interpretar las normas que integran esta rama del derecho como punto de llegada y no como punto de partida de la investigación jurídica. Requiere, en otras palabras, poner de relieve las exigencias e intereses propios de la actividad productiva agraria que estos hechos manifiestan, y en una etapa subsiguiente confrontar estas exigencias e intereses con las normas jurídicas.

En la elaboración conceptual de los valores jurídicos de que hablábamos al principio de esta exposición, valores que incorporan estas exigencias e intereses, es por lo tanto imprescindible tomar siempre como base de referencia las modificaciones y orientaciones de los procesos sociales que ocurren en el desarrollo de la actividad productiva agraria. Con vista de estos procesos, para la identificación de los cuales resulta evidentemente necesaria la investigación empírica, debe el jurista integrar dogmáticamente valores reales y valores jurídicos, permitiendo mediante su trabajo técnico superar la brecha entre el derecho agrario y la realidad económico-social de la agricultura.

El análisis de la adecuación del derecho agrario a la realidad que regula se resuelve en tres alternativas posibles: puede ocurrir que algunos hechos sociales importantes no estén previstos como hechos jurídicos; que a los hechos jurídicos previstos por las normas no correspondan los efectos jurídicos convenientes y oportunos; o bien que a los hechos sociales y jurídicos de mayor relevancia económico-social de la actividad productiva agraria correspondan efectos que tutelen los intereses fundamentales de nuestra comunidad jurídica.



Mediante este análisis se integran en el trabajo dogmático del jurista los valores reales puestos en evidencia mediante la investigación empírica con los valores acogidos y regulados por el ordenamiento.

En la medida en que en esta Facultad se promuevan y realicen estos estudios, estaremos todos nosotros contribuyendo a una evolución equilibrada y justa de nuestro país, en la que no sea necesario suprimir las libertades individuales para garantizar las libertades sociales.

Dr. Rodrigo Barahona Israel  
Profesor de Derecho Agrario

1824

Hay épocas y a veces circunstancias de un año, que son cruciales, decisivas, en la vida de los pueblos o de un pueblo. Son épocas que Jaspers no vacilaría en llamar tiempos-eje. Lo que deciden esos pueblos o sus gobernantes, en tales épocas, se proyecta hacia el futuro y crece y madura y florece en una serie de instituciones, que vistas en su concreción de actualidad dan la idea de la estabilidad segura de lo no-creado, pero contempladas en su perspectiva histórica, echándolas hacia atrás en el tiempo, van reduciéndose paulatinamente, hasta encontrar la semilla de donde germinaron y progresaron en ese tiempo que —repito—, pudiera calificarse de eje.

Una época de origen de un grupo humano, se encuentra siempre —por regla que abarca una generalidad—, con un enfrentamiento ante instituciones o proyectos de ellas, que deben resolverse con acierto para sobrepasar el caos que implicaría el desorden. El desorden institucional disolvería las fuerzas del naciente conglomerado humano de tipo político y lo reduciría a la impotencia o al desastre. Muchas veces las resoluciones de este tipo deben buscarse, encontrarse y mantenerse aun por medio de la violencia, traducida en la fuerza armada, para estabilizar la decisión previamente tomada.

Mil ochocientos veinticuatro —según mi criterio—, en Costa Rica, representó una típica forma de manifestarse un tiempo eje. Al mes y unos escasos días de conocerse la Independencia —por la cual no se había luchado—, sin embargo, los costarricense fueron capaces de organizar su gobierno en una primera Constitución, conocida con el nombre del “Pacto de Concordia”. Pero, a pesar de su organización legal, no estuvo Costa Rica libre de guerras internas y, así, se desató en 1823 la llamada “Guerra de Ochomogo”, concluida por la actitud doble y engañosa de un marino alajuelense. La actitud de este tipo trajo al recién nacido estado una crianza y secuela de odio que se resolvieron con claridad hasta 1835, en otra guerra, llamada de La Liga, resuelta por el licenciado don Braulio Carrillo.

Aunque Costa Rica en 1824 se encontraba dolorosamente sacudida por odios, eso no estorbó para que se intentara, por muchos medios, pacificar y tranquilizar al país, lo cual la mente abierta de los costarricenses propuso como meta primera de su actividad legislativa.



El llamado "Congreso Constituyente de Costa Rica" se reunió del 6 de setiembre de 1824 —según su primera acta— hasta el 15 de junio del año siguiente, según consta de sus actuaciones posteriores. El Congreso Constituyente estuvo integrado por los siguientes diputados: Licenciado don Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, presidente; presbítero Manuel Alvarado; Manuel Alvarado; Félix Romero; Manuel Fernández Montero; Joaquín Flores; Nicolás Carrillo; Gordiano Paniagua y dos diputados secretarios: don Manuel Aguilar y don José Santos Lombardo. Este último para diciembre no se encontraba en el Congreso, pues en la sesión del jueves 23 de setiembre, se le había dispensado de la asistencia por encontrarse "enfermo de la vista", siendo sustituido en la secretaría por don Manuel Alvarado.

La actitud del Congreso hacia la rebelde provincia de Cartago, fue contemporalizada a pesar de los odios bastardos que se movían alrededor del Congreso. Declaró el Patronazgo de la Virgen de los Angeles, aunque titubeara en la sesión del jueves 23 de setiembre de 1824, al concederle a la Virgen María ese patronazgo, "desde luego sin designación de imagen". Coincide esta fecha con el permiso a don José Santos Lombardo, lo que indica un resentimiento de éste hacia el Congreso que negó ese honor a la ciudad de Cartago.

De la Municipalidad de San José partió la idea de establecer una "Casa de Enseñanza Pública". Esta Municipalidad envió al Gobierno la solicitud y éste la remitió al Congreso Constituyente, el cual la conoció en su sesión del viernes 3 de diciembre de 1824, junto con un proyecto de reglamento para tal casa de enseñanza. En el Congreso se formó una comisión especial para estudiar el caso. Desgraciadamente el acta no indica los nombres de los componentes de aquella comisión especial.

La Comisión informó por vez primera en la sesión del martes 7 siguiente y se "leyó el plan de enseñanza (sic) pública, informe del Jefe Supremo, y el dictamen de la Comisión Especial reservándose su discusión para la sesión siguiente" (Congreso Constituyente, Acta respectiva, art. 4°).

En la sesión siguiente, sea la del "jueves" 9 de diciembre fué "continuada la discusión sobre el plan de enseñanza pública, se bolvió a la comisión para que proponga el proyecto de decreto" (Congreso Constituyente, acta respectiva, art. 2°).

El Congreso —al fin—, en la sesión del viernes 10 de diciembre, en su artículo 4°, presentó el dictamen y proyecto de decreto sobre el establecimiento de enseñanza pública, el cual se aprobó. Es interesante notar que en el artículo segundo del decreto, donde aparecen las materias que se van a enseñar en la "Casa de Enseñanza Pública de Santo Tomás", el copista del acta cometió un error que muestra muy claramente el espíritu legalista ya manifiesto del incipiente costarricense. El artículo quedó redactado así: "Se enseñará en ella a más de las lenguas útiles y elementos de leer y escribir Filosofía, Derecho y Teología". Pero, el secretario puso antes que a la Filosofía al Derecho, y viendo ya luego su equivocación, pasó raya sobre la palabra "derecho" y enmendó el error. Otro error apareció luego en el re-

pectivo decreto (N° XXVII de 14 de diciembre de 1824) suscrito por Don Juan Mora, que fue eliminarle a "Derecho" su mayúscula, apareciendo en minúscula.

En el acuerdo legislativo, entre otros medios para dotar de fondos a la recién nacida casa de enseñanza, se escogió el "valor de los cañones y peltrechos de este vesindario —San José— baluados y vendidos al Estado" (art. 8, inc. 5 del art. 40 del acta citada). Parece que todavía la mención del derecho sobre la filosofía y la teología, repercutía en el ánimo de los congresistas para ensalzar la enseñanza de la jurisprudencia.

El Reglamento interno de la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, se aprobó definitivamente en la sesión siguiente del 15 de diciembre y se fijaron para la casa cinco maestros: el de filosofía, el de derecho y el de teología, junto con uno de la escuela y otro de lenguas. Ese reglamento decretó dos horas diarias de lección para el Derecho, una de diez a once de la mañana y otra de cinco a seis de la tarde.

El Reglamento —curiosamente— reservó a la "Asamblea Nacional Constituyente o al Congreso del Estado" la forma de estudio y la enseñanza del Derecho.

Es probable que el estudio y la enseñanza del Derecho no permanecieran ininterrumpidas y, es más, puede también colegirse que no se iniciara precisamente en la época en que se decretó su enseñanza, pero lo cierto es que la necesidad de su estudio fue reto para la organización del país y se respondió con su establecimiento.

Hay otras referencias posteriores explícitas a la enseñanza del derecho en las actas del Congreso Constituyente de Costa Rica (art. 5° sesión del viernes 17 de marzo de 1826 y art. 5° sesión del miércoles 28 de marzo de 1827). En la primera el diputado Don Pedro Zeledón presentó una proposición para buscar medios "para suplir la escasez de fondos y establecer cátedras de Filosofía en las cuatro ciudades principales, y además las de Theología y Derechos en esta capital".

Por la segunda sesión citada, el mismo diputado Don Pedro Zeledón, volvió a proponer que es "manifiesta la necesidad que tiene el Estado de las clases de Filosofía, Theología y Derecho, y que esta necesidad podría cubrirse alludando los fondos de propios del Estado", o sea, que es ya longeva de ciento cincuenta años la enseñanza del Derecho en Costa Rica, como la penuria económica que anda siempre a la par suya.

—oOo—

Parece, entonces, que al legislador costarricense desde el inicio de sus labores como tal, le interesó inculcar en el ánimo del costarricense un respeto hacia el orden jurídico constituido y, para eso, era necesaria la enseñanza del Derecho. Es interesante notar la preocupación constante de los subsiguientes gobernantes en el impulso manifiesto a esa enseñanza, lo mismo que la idea de conseguir toda la



legislación vigente en Costa Rica, y traerla desde Guatemala o España, según el caso. Bueno sería encontrar, también, qué libros jurídicos se encontraban en el país por la época del decreto en comentario. Uno de los primeros, si no el primero de ellos puramente dedicado a la enseñanza del derecho, fue el que hizo publicar bajo el seudónimo de "Abogado Centroamericano", el Licenciado Don Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, con 248 páginas, en la Imprenta de la Concordia, en San José, en 1834, titulado "Prontuario de Derecho Práctico, en orden alfabético".

De ahí en adelante, la publicación de obras jurídicas en el país no ha sido lo abundante que se hubiera deseado.

Al cumplirse siglo y medio de la enseñanza del Derecho en Costa Rica, la Facultad de Derecho ha adquirido una gran responsabilidad consigo misma, con la Universidad de Costa Rica y con su Patria. Una responsabilidad que la convierte en la segura guardiana de una tradición de respeto al Derecho, que implica el respeto a los demás, y que debe salvaguardar en una época donde parece que ponerse a defender la juridicidad suena a hueco, elevando a máxima el orden jurídico y la obediencia al derecho debidamente promulgado.

—o0o—

Esta edición de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se dedica con emoción a conmemorar un acontecimiento tan importante para la vida institucional de Costa Rica.

diciembre de 1974.

Dr. Jorge Enrique Guier.

## ENSAYOS

San José, Costa Rica

1974



**GIAN ANTONIO MICHELI**  
Profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Roma.

**PALABRAS PRELIMINARES**

Hago esta obra dedicada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en la persona de su Decano el Profesor Greco, por el hecho que me honra al invitarme a hacer algunas lecciones en esta ciudad.

Trabajo muy regular muy expeditivo el señor Presidente del Colegio de Abogados, que ha autorizado con amabilidad unificadas, permitiendo al autor utilizar más espacio de tiempo y abogando para que sea más amplio.

**LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL**

**DERECHO TRIBUTARIO**

(Síntesis comparatística)

Este libro es un análisis y una síntesis de los conceptos fundamentales del Derecho Tributario, que he tratado de exponer en un lenguaje sencillo y claro, para que sea más accesible a los estudiantes de esta disciplina y a quienes hoy están iniciando sus estudios en esta materia.

Este trabajo es un estudio actualizado de los conceptos y normas más importantes del Derecho Tributario, como una contribución para la mejor comprensión de los principios generales del Derecho Tributario en un nivel de análisis comparativo.

San José, noviembre de 1974.

Gian Antonio Micheli

San José, Costa Rica

1974

**ENSAYOS**

Este ensayo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica se dedica a la enseñanza de los conceptos fundamentales del Derecho Tributario, que he tratado de exponer en un lenguaje sencillo y claro, para que sea más accesible a los estudiantes de esta disciplina y a quienes hoy están iniciando sus estudios en esta materia.

San José, noviembre de 1974.

Gian Antonio Micheli



BIBLIOTECA

## PALABRAS PRELIMINARES

*Debo ante todo agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en la persona de su Decano el Profesor Ortiz, por el honor que me hizo al invitarme a dictar algunas lecciones en este Ateneo.*

*También doy gracias muy expresivas al señor Presidente del Colegio de Abogados, que ha secundado esta simpática iniciativa, permitiendo así a un público más amplio de jueces y abogados estar presente en estas conversaciones, que quieren crear un nuevo vínculo espiritual entre Costa Rica e Italia.*

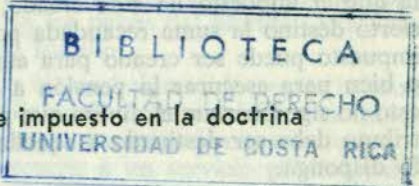
*Finalmente mi particular agradecimiento al Profesor Antillón, a quien he tenido el placer de volver a ver después de diez años, desde que fue mi discípulo en la Universidad de Roma, y a quien hay que dar todo el mérito y la carga de la traducción de mis lecciones.*

*Y vaya también mi caluroso saludo a los estudiantes, a quienes estas lecciones van dedicadas, como una contribución para la mejor comprensión de los principios generales del Derecho Tributario a través de su estudio comparativo.*

San José, setiembre de 1974.

Gian Antonio Micheli.





1. Los conceptos de tributo y de tributaria.

1. Vuestro Código Tributario (artículo cuarto) ofrece definiciones de impuesto, tasa y contribución especial que responden a los resultados alcanzados por la mayoría de la doctrina jurídica occidental; la cual, a su vez, tiene su punto de partida en la Ciencia de las Finanzas. Como es sabido, esta última se funda en la distinción entre servicios divisibles e indivisibles que el Estado (y las otras entidades públicas) presta al ciudadano. En efecto, estos servicios satisfacen intereses de los particulares que el ente público está en grado de satisfacer mejor, o que la colectividad organizada considera que pueden ser mejor realizados mediante la acción administrativa.

Así, mientras el punto de partida de la concepción de la Ciencia Financiera se apoya sobre una base privatística, en realidad la noción de tributo se funda en la relevancia pública de los intereses que el Estado estima que deben ser tutelados en relación con las finalidades políticas, económicas y sociales que él persigue en un cierto momento histórico. Este concepto queda bien expresado por el Código Tributario de Costa Rica, que define los tributos como "las prestaciones en dinero... que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines".

Def. Tribut

Tal vez no queda suficientemente claro allí que el producto de lo recaudado con los tributos debe ser destinado a los gastos generales, en la forma en que sí lo subrayan la Constitución Italiana (artículo 53) y la Ley General Tributaria Española (artículo 27). Esto se nota mejor en el segundo apartado del artículo 4, relativo al impuesto, donde viene subrayado que el hecho generador de la obligación es "una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente". Este mismo concepto viene expresado en el artículo 27 de la Ley Española, pero recurriendo al elemento distintivo de la falta de contraprestación (inciso c) respecto del impuesto. Y ello se confirma en la definición de la tasa (tercer apartado del artículo 4 de vuestro Código), en donde, en cambio, se requiere que el "producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye la razón de ser de la obligación".

Fm

ueda gen

Def TASA



Como se ha visto, este elemento de la destinación del producto no parece ya apropiado a las exigencias de la finanza moderna, en el cual el Estado es libre, dentro de los límites del Presupuesto de lo que hablaremos después, de gastar los ingresos tributarios, salvo que la ley disponga lo contrario creando vínculos de destinación de lo recaudado. Pero en este campo debemos distinguir la razón política por la que el impuesto ha sido creado, del vínculo jurídico que sujeta a cierto destino la suma recaudada por dicho impuesto. Por ejemplo, el impuesto puede ser creado para aumentar el sueldo a los empleados, o bien para asegurar la pensión a cierta categoría de personas; pero esto no significa que el dinero que proviene de la recaudación de aquel tributo deba ser destinado a aquella finalidad, a menos que la ley así lo disponga.

2. Así también debemos recordar que los tributos constituyen en el Estado Moderno, instrumentos de la política económica y financiera, aun cuando su fin primario es producir ingresos para sostener los gastos públicos. Así lo dice el artículo 4 de la Ley Española, también ha sido reconocido ampliamente por la doctrina italiana, la cual pone en evidencia las opciones políticas, económicas, sociales y financieras realizadas por el Estado, y de este modo determina los gastos que deben ser cubiertos con los tributos.

Sin embargo, en el plano jurídico los tributos son siempre exacciones coactivas de riqueza a cargo de los individuos y, por consiguiente, limitan la libertad patrimonial de ellos. Esta afirmación es negada por la teoría que sostiene que sólo el impuesto crea un deber jurídico a cargo del sujeto pasivo, mientras que la tasa sería una carga que el sujeto tendría que cumplir para obtener un cierto servicio público. En realidad, también en relación con la tasa el sujeto está obligado a pagar una suma de dinero, en cuanto ha querido solicitar un servicio público particular. De modo que la diferencia no está en la obligación, sino en una cierta libertad de elección que es, sin embargo, muy restringida, porque el particular sólo puede obtener ciertos servicios si recurre a la autoridad administrativa o jurisdiccional, sin contar con que en muchos casos el sujeto debe pagar la tasa aunque los efectos del acto no sean favorables para él (por ejemplo en materia penal).

3. También da lugar a mucha incertidumbre la noción de contribución especial que nos ofrece el artículo 4 del Código Tributario, así como la que contiene el inciso b) del artículo 26 de la Ley Española. También esta noción se origina en una concepción de "intercambio" entre la acción pública y la ventaja que de ella resulta a favor del particular, probablemente superada en una visión superior del interés público; y en efecto, en algunos países las contribuciones especiales están desapareciendo, sustituidas por los impuestos. En realidad también aquéllas son un tipo de exacción coactiva sobre la riqueza privada, por virtud del poder de imperio del Estado; como se ha visto, sólo son diferenciadas por el presupuesto, mientras que sus otros elementos, que están indicados en el Código costarricense

y en la Ley Española, han desaparecido en otros ordenamientos jurídicos.

La verdad es que las distinciones tradicionales parten de un cierto paralelismo con el Derecho privado, distinguiendo así la entrada llamada "conmutativa" que deriva de la tasa y de la contribución especial, de las entradas no conmutativas que derivan del impuesto y que representan, cada vez más, en los países del Mundo Occidental, la forma típica del ingreso público forzoso.

4. El impuesto da lugar a una "ablación" (según la terminología usada por el Prof. M.S. Giannini) que prescinde absolutamente de la voluntad y de la libre escogencia del sujeto pasivo, aun en el caso de que éste haya debido recurrir a un servicio público para obtener un cierto resultado.

En esta línea se ha producido en Italia una importante evolución legislativa con la introducción del concepto de "prestaciones patrimoniales impuestas" (que tiene su fundamento en el artículo 23 de la Constitución italiana); concepto que la Corte Constitucional ha ido ampliando a fin de abarcar dentro del mismo, por ejemplo, los cánones telefónicos y radiotelevisivos, la deducción obligatoria de las medicinas vendidas a sujetos que gozan del seguro social, las contribuciones a favor de entes públicos asistenciales para la creación de casas populares, aun si después los sujetos no se benefician de ellas. Existe entonces la tendencia a ampliar la noción tradicional de tributo hasta hacerla coincidir con un concepto más amplio y menos técnico que comprende todas las prestaciones patrimoniales impuestas con base en un acto de la autoridad pública, aún en el caso de que este acto venga a completarse con un contrato (de uso del servicio telefónico) o con una actividad negocial (venta de medicinas a precios deducidos).

5. Esto demuestra la crisis de la clasificación tradicional de los tributos, y de la noción misma de tributo, del que quizás sólo puede darse una definición negativa. En efecto, son tributos todas las exacciones coactivas patrimoniales (generalmente en dinero) que no puedan configurarse como contraprestaciones por servicios generales o especiales, que no satisfacen directamente intereses públicos específicos sino el interés, o mejor, la necesidad de procurarse los medios para hacer frente a los gastos necesarios para la vida y el funcionamiento del ente público. Otros institutos jurídicos (como la expropiación por causa de utilidad pública, por ejemplo) sirven en cambio para la satisfacción de intereses públicos específicos con otras limitaciones públicas del derecho de propiedad, pero no pueden ser confundidos con los tributos, como parece que no se confundan tampoco con éstos las sanciones pecuniarias, penales y administrativas, que presuponen la violación de una norma y, por ende, la comisión de un acto ilícito. El tributo se agota entonces en una prestación coactiva que prescinde de la comisión de un delito, así como de cualquier contraprestación, y de la satisfacción de un interés específico de la administración, sin que suponga tampoco la transferencia al Estado



de un bien particular diverso del dinero, o un deber de hacer cierta obra o de observar cierto comportamiento.

Todas estas diferencias con institutos semejantes permiten delinear el tributo como la forma típica de la financiación del Estado por parte de todos los sujetos interesados en su perpetuación y funcionamiento. Se justifica de este modo la tendencia de la Ciencia de las Finanzas y del Derecho Tributario de construir una categoría amplia de tributo, en la cual se incluyen todas las viejas distinciones surgidas durante la evolución de la Ciencia Económica, a través de la evolución del Estado de Derecho, desde el Estado Liberal al "Welfare State". En efecto, a medida que se amplían los fines del Estado, se modifican las figuras de los diversos tipos de ingreso que asumen cada vez más la estructura tradicional del impuesto, cuyo cumplimiento es considerado como un deber público de relevancia constitucional. Estamos entonces a una gran distancia de la vieja concepción según la cual el impuesto era considerado casi una sanción, y las leyes tributarias como leyes casi penales. Ya veremos que estas concepciones rezagadas del tributo producen todavía algunos efectos sobre la jurisprudencia y sobre la doctrina. De ello hablaremos en las próximas lecciones.

## II. Los principios constitucionales del Derecho Tributario.

6. Hemos visto ayer que el tributo es siempre una exacción coactiva realizada por el ente público sobre la riqueza del sujeto. Es por lo tanto natural que el Estado se haya preocupado de establecer cuáles son las normas que constituyen las fuentes del Derecho Tributario, fijando así quién tiene el poder de instituir, regular, modificar o abrogar los impuestos.

Aun en la época en que los Estados eran regidos por el monarca absoluto, el poder exclusivo de éste podía ser limitado por la necesidad del consenso de los príncipes o los nobles para instituir nuevos tributos. Esto fue lo que ya establecía la Magna Carta en la Inglaterra medieval. De este modo, la voluntad de los súbditos, aun cuando éstos eran de rango superior, era idónea para limitar el "derecho eminente" que el rey tenía sobre todo el territorio del Estado y sobre los bienes de sus súbditos.

Precisa llegar a la época moderna para ver surgir, con el Estado de Derecho, límites constituciones al poder del Estado de crear tributos. Y este límite, en el Estado constitucional democrático, está constituido por la voluntad del Parlamento, a través de la ley promulgada y votada por éste. De este modo, corresponde al pueblo organizado políticamente la voluntad de imponer tributos mediante un acto parlamentario expresado por los representantes políticos nominados libremente por el pueblo mediante las elecciones.

Los países que siguen este sistema (como Costa Rica, España e Italia) disciplinan por lo tanto, de manera más bien rígida, el poder de crear normas tributarias, pues tienden a atribuir esencialmente a la ley formal (es decir, votada por el Parlamento) la eficacia normativa tributaria. De este modo queda reducido o directamente anulado el poder normativo tributario del Poder Ejecutivo, que conserva, por lo demás, en general, aunque ello sea en medida variable, un poder reglamentario.

Se dice entonces que existe, para la materia tributaria, una "reserva de ley" que es la expresión concreta del antiguo principio que los anglosajones expresan con la frase: "no taxation without representation".

7. Pero esta reserva de ley puede tener una extensión variable y también un contenido diferente. Se habla, en efecto, de reserva de ley absoluta y relativa según sea que las normas tributarias tengan su fuente exclusivamente en la ley formal, o bien que dichas normas puedan ser completadas o integradas en alguno de sus elementos por el Poder Ejecutivo Central o local, aun más allá de los casos en que para este fin podría ser ejercitada la potestad reglamentaria.

En Costa Rica, el artículo 121, inciso 13 parece introducir una reserva de ley absoluta respecto de todos los tributos nacionales, mientras parece acoger una reserva relativa respecto a los municipales, si es cierto que "corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa establecer los impuestos y contribuciones nacionales" mientras que autoriza "los municipales". Según parece, la praxis constitucional se ha orientado por otra vía, en el sentido de que la autoridad municipal acuerda un proyecto para la institución del tributo que luego trasmite a la Asamblea, la cual puede hacer suyo ese proyecto mediante una ley formal.

El artículo 140, inciso 3, indica entre las "atribuciones del Presidente de la República y del Ministro" las de "sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento". Por lo tanto, corresponde al Ejecutivo el poder reglamentario también en materia tributaria, y por eso son muy restringidos los poderes que le competen para completar las normas legislativas tributarias mediante disposiciones sólo reglamentarias. En efecto, no existen posibilidades de delegación de la Asamblea a favor del Gobierno, como ocurre en cambio, por ejemplo, en Italia.

Las disposiciones de la Constitución vienen luego completadas por el artículo 5 del Código Tributario, que disciplina el contenido de la reserva absoluta de ley. Este artículo se refiere, en su primer apartado, a todas las cuestiones tributarias y, por eso, a todos los tributos, pero el segundo apartado especifica: "en relación a tasas, cuando la ley no lo prohíba, el reglamento de la misma puede variar su monto para que cumplan su destino en forma más idónea, previa intervención del organismo que por ley sea el encargado de regular las tarifas de los servicios públicos". Vimos ayer que con esta disposición en el derecho de vuestro país adquiere relevancia constitucional la definición de un tributo como "tasa".



8. En España, el artículo 2 de la Ley General establece que "la facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado, y se ejercerá mediante ley votada en Cortes". Sin embargo, el artículo 9 especifica que "los tributos... se regirán" también "por los reglamentos generales dictados en desarrollo de la ley general", limitada a la materia de "gestión, recaudación, inspección, jurados y procedimientos de las reclamaciones económico-administrativas". El artículo 10 define muy detalladamente el contenido de la reserva de ley, que concierne a todos los elementos subjetivos y objetivos del tributo.

En la misma vía está el artículo 23 de la Constitución italiana, el cual, sin embargo, usa una fórmula mucho más sintética e imprecisa, que ha provocado de hecho muchas dudas en la doctrina y la jurisprudencia. El artículo 23 dice así: "Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino con base en la ley". Esta norma constitucional ha sido entendida por un lado en un sentido muy restringido, esto es, que la ley formal debe contener todos los elementos subjetivos y objetivos para la determinación del tributo; por el otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y muchos autores estiman que el precepto queda observado siempre que la ley contenga criterios suficientes para que el Poder Ejecutivo determine en concreto los elementos que faltan a aquélla, cualesquiera que ellos sean. Esta solución me parece excesivamente amplia; en efecto, de este modo, el Poder Ejecutivo Central y municipal tienen la posibilidad de completar las normas jurídicas legislativas aún más allá de los límites de un reglamento de ejecución.

También en Italia ha surgido la cuestión de si la reserva de ley se aplica también a las tasas. A pesar de algunas autorizadas opiniones en contrario, la Corte Constitucional considera que el artículo 23 es aplicable a todas las "prestaciones impuestas" y, por ende, también a las tasas. Sin embargo debemos recordar que en Italia se recurre mucho al decreto ley en los casos de urgencia y a las leyes delegadas en materia tributaria, transfiriendo así algunos poderes normativos al Ejecutivo Central, es decir, al Gobierno. Según nuestra Constitución, también los decretos-ley y los decretos legislativos (leyes delegadas) deben ser considerados como "ley" en el sentido del artículo 23.

Finalmente, la Corte Constitucional ha estimado que los Reglamentos Comunitarios emitidos por la Comunidad Económica Europea están fuera y sobre el artículo 23, por lo que la Comunidad puede crear prestaciones impuestas aplicables en Italia sin necesidad de que sea promulgada al efecto una ley italiana. En efecto, el legislador delega en el gobierno para que haga ejecutivos en Italia los reglamentos comunitarios, aunque estos últimos podrían en realidad desplegar directamente sus efectos en el ordenamiento jurídico italiano.

Debemos recordar todavía que el Presupuesto del Estado no puede contener normas tributarias, y que la aprobación de la Ley de Presupuesto es necesaria para recaudar, pero no para determinar los créditos impositivos. Por ello estos últimos están condicionados, en su realización coactiva, a la aprobación del Presupuesto (artículo 81).

9. En este punto debemos preguntarnos si el legislador ordinario encuentra límites en el ejercicio del poder normativo tributario, al menos en los países en que existe un control sobre la legitimidad constitucional de la ley. En Costa Rica los artículos 18 y 19 de la Constitución establecen que los ciudadanos y los extranjeros deben "contribuir para los gastos públicos" previendo así un deber constitucional de pagar los tributos. Sin embargo no se fijan límites al poder normativo tributario distintos de los que derivan del respeto de los principios expresados en los artículos 20 y siguientes de la Constitución, y particularmente en el principio de la igualdad de todos ante la ley (artículo 33).

En la Constitución italiana, además del principio de la igualdad formal y sustancial de los ciudadanos (artículo 3) del que deriva un primer límite para el legislador ordinario, existe un principio particular para la materia tributaria contenido en el artículo 53, según el cual "todos están obligados a concurrir a los gastos públicos en razón de su capacidad contributiva". El sistema tributario está informado en criterios de progresividad. La primera regla está considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una simple especificación del principio de igualdad, pero yo creo que es algo más, y precisamente la especificación del principio del deber inderogable de solidaridad política, económica y social expresado en el artículo 2 de la Constitución.

El artículo 53 introduce además una noción jurídica de capacidad contributiva que ha adquirido una enorme importancia y un profundo significado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es interesante recordar que fue la Ciencia Financiera la que introdujo el concepto de capacidad contributiva, el cual sin embargo ha sido hoy repudiado por esa Ciencia por inútil e impreciso. Por ejemplo, Einaudi decía que dicho principio era como un cajón lleno de arena. Pero el destino de los conceptos es extraño, pues aquella noción ha adquirido hoy una gran importancia, ya que ha provisto a la Corte Constitucional de un medio para controlar la constitucionalidad no sólo de los impuestos sino de todas las prestaciones patrimoniales impuestas de que ayer hablamos.

Por capacidad contributiva la Corte Constitucional y la doctrina que la sigue entienden la potencialidad económica del sujeto de ser sometido a un tributo, en cuanto aquella exacción coactiva se realiza si existe un hecho o una circunstancia (el llamado presupuesto) que sea económicamente valorable. Por tanto, esta noción no debe confundirse con la posibilidad efectiva que un sujeto tiene de pagar el tributo, ni con la existencia de bienes del contribuyente sobre los cuales la administración pueda hacer recaer la ejecución forzada si el deudor no paga.

10. En sustancia, con la expresión "capacidad contributiva" se quiere indicar lo que mi Maestro Benvenuto Griziotti llamaba la causa justificante del tributo, y que puede consistir en las más va-



riadas circunstancias, como la percepción de réditos de cualquier naturaleza, la introducción y el consumo de mercancías, la realización de ciertos gastos, la posesión de ciertos bienes, el cumplimiento de actos jurídicos, la transferencia de bienes muebles o inmuebles, etc.

Dada esta amplitud y dado el contenido de la noción de capacidad contributiva, no nos debe maravillar que ésta pueda variar según las opciones políticas, económicas y sociales que el Estado hace a través del Parlamento. De modo que si bien esta noción varía tomando en cuenta los fines del Estado en cierto momento histórico, por otra parte no es posible que la ley del Estado viole impunemente algunos principios establecidos por la Constitución, y que, por lo tanto califique como hecho generador de un tributo circunstancias que no sean susceptibles de valoración económica y que pueda afectar la dignidad de la persona humana, o sus opiniones políticas o religiosas (artículo 20).

Este último punto de la religión fue muy importante en Italia, porque al final del período de Unificación del País (1870) fueron emitidas severas medidas para reducir el poder económico de las comunidades religiosas, con expropiación de bienes de las mismas y con la imposición diferenciada. Ahora bien, mientras el principio de la capacidad contributiva ayuda a establecer un límite al poder impositivo del Estado, susceptible de control de parte de la Corte Constitucional, la regla de la progresividad se dirige solamente al legislador ordinario, y concierne al sistema tributario total, de modo que el ciudadano no puede dirigirse a la Corte para denunciar la violación de dicha regla. Y de ahí deriva que si el legislador ordinario viola el principio de la progresividad, podrían aplicarse sanciones contra él solamente en el plano político y parlamentario, es decir, que el Parlamento podría votar contra el proyecto de ley que viole la progresividad, o bien podría dar un voto de desconfianza al Gobierno e inducirlo a dimitir.

Es de recordar, en fin, que también el artículo 3 de la Ley General española ha acogido el concepto paralelo de capacidad económica, así como los "principios de generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria".

Es entonces interesante constatar que en muchos ordenamientos se tiende a delimitar de varias maneras el poder legislativo en materia tributaria, para excluir su carácter arbitrario lo más posible.

Es de augurarse en el futuro que el Derecho Internacional sea capaz de imponer otros límites al poder legislativo de los Estados singulares, a favor de la comunidad internacional. Pero sobre esto haremos unas observaciones el próximo jueves, mientras que mañana debemos afrontar el problema de cómo se interpreta la ley tributaria después de haber estudiado sus principios reguladores y sus límites constitucionales.

### III. La interpretación de la ley tributaria.

11. Quien aplica la norma tributaria (sea el juez o el administrador) debe entender qué quiere decir esa norma, cuál es su significado. Pero también el sujeto pasivo (y sus abogados y consultores) deben hacer lo mismo para conocer el alcance de la norma objeto de su atención. Un capítulo esencial del Derecho tributario es el de la interpretación, porque la norma tributaria ha ofrecido siempre particularidades por las cuales los estudiosos y los jueces a menudo han sostenido que no debería interpretársela como las restantes normas jurídicas, para las que existen reglas generales apropiadas en muchos ordenamientos (contenidas, como por ejemplo en Italia, en el Código Civil). Y no sólo eso, sino que incluso a veces se ha dudado si también los contratos o en general los actos privados relevantes para la aplicación de un tributo, tendrían que ser interpretados mediante reglas especiales diferentes de las del Derecho Civil. En Italia, la Escuela de Pavia, y especialmente el gran estudioso Vanoni, discípulo de Griziotti, ha dedicado mucha atención a este punto fundamental de la Teoría del Derecho tributario, para combatir la doctrina que era dominante hace cincuenta años, la cual estimaba que la particularidad de las normas tributarias estaba en el hecho de que eran restrictivas de la libertad personal, o directamente similares a las normas penales (como lo decíamos el lunes pasado).

No creo que estas últimas tesis puedan sostenerse actualmente, porque ahora el deber de pagar el tributo es considerado un deber social a nivel constitucional, de modo que el tributo no puede ser entendido como una sanción o pena, sino más bien como una limitación al derecho de propiedad en interés de la colectividad, para asegurar a ésta los medios de supervivencia como organización social, política y jurídica. Veremos sin embargo que la vieja teoría contiene un germen de verdad, porque la norma jurídica tributaria posee una estructura similar a la penal (pero sobre esto volveré dentro de poco, al tratar de la analogía).

Entonces, si las normas tributarias son normas como las otras, su interpretación debe ser regulada del mismo modo. Así, se aplicarían a ellas la interpretación gramatical, sistemática e histórica, que constituyen los cánones lógicos de toda interpretación. Y en efecto, vuestro Código Tributario (artículo seis) proclama que "las normas tributarias se deben interpretar con arreglo a todos los métodos admitidos por el Derecho común". Eso mismo dispone el artículo 23 de la Ley española: "las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho". Por ello no creo (pero en Italia es discutible) que existan principios (si la ley no lo dispone) por los cuales, en caso de duda, la ley tributaria se aplica en el sentido más favorable a la administración financiera o al contribuyente deudor (in dubio pro fisco o in dubio contra fisco). En Italia la interpretación *contra fisco* se basó a veces en el principio de la reserva de ley, el cual, sin embargo, no tiene nada que ver con la interpre-



tación de la norma, pues atañe más bien a su fuente. Y también creo que en pro de una interpretación favorable al contribuyente no puede invocarse la regla (existente en algunos ordenamientos) por la cual el contrato se interpreta en sentido favorable al deudor (favor debitoris). En efecto, no estamos aquí en el campo de las reglas contractuales sino en el de las obligaciones que nacen de la ley y del acto administrativo.

12. El Derecho tributario contiene reglas instrumentales que disciplinan los modos o medios con los que en el ente público se procura los ingresos para hacer frente a los gastos necesarios para desarrollar la actividad administrativa, y por ende, para lograr la satisfacción de sus finalidades específicas. De donde resulta que la ley tributaria considera como hechos generadores, como sujetos, actos y pasivos, como objeto, etc. muchos hechos y circunstancias que están regulados por el Derecho común para otros fines. Una primera dificultad surge por ello al tratar de entender el significado de las palabras que la norma tributaria asume como indicativas de institutos jurídicos regulados por el Derecho Civil o por el Derecho Administrativo.

Vanoni y la Escuela de Pavía consideran que en general estos términos jurídicos usados en las leyes tributarias no tienen nunca el mismo significado que asumen en otros campos del Derecho. Esta tesis me parece contraria a los principios generales recabables en muchos ordenamientos donde este fenómeno no está expresamente regulado, como en Italia. En estos países vale entonces la regla conculada, es decir, que los términos jurídicos empleados en la ley tributaria se entienden según el Derecho común, si aquella no dispone otra cosa. Es lo mismo que dispone el artículo 23, inciso 2, de la Ley española, según la cual tales términos "en tanto no se definan por el ordenamiento tributario, se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda".

En cambio vuestro Código Tributario en su artículo 8, primer apartado, sigue un principio distinto, tomado de la Ley alemana de 1919 (la "Rechtsabgabenordnung") según la cual las normas tributarias siempre deben ser entendidas en consideración de la relevancia económica de su contenido (es la *wirtschaftliche Betrachtungsweise*). Esta concepción es ciertamente más moderna que la precedente, pero me temo que puede llevar a una menor certeza del derecho, que también es un bien ausplicable, cuando se autoriza al intérprete a asignar a la norma "el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo". Así, el intérprete debe realizar una indagación muy difícil para determinar las razones económicas y políticas por las que la norma impositiva ha sido creada, entrando así en el examen metajurídico de la *ratio* de la norma. Es importante, sin embargo, observar que el artículo 8, primer apartado, limita esta interpretación más penetrante a "la norma relativa al hecho generador".

13. Del resto, la interpretación "económica" de la ley tributaria se impone respecto de otro momento relativo a la aplicación de

la norma, que es el de la interpretación de los actos jurídicos que tienen relevancia para la determinación del hecho generador. En relación con estos actos, también en Italia, en el caso de la aplicación del impuesto de registro (artículo 19 de la Ley del Registro) se dice que aquel impuesto se aplica "según la naturaleza intrínseca y los efectos jurídicos de los actos sometidos a registración, aunque no correspondan a ellos el título o la forma aparente". Pero es dudoso que este artículo pueda valer fuera de aquel impuesto y del impuesto de sucesión. Por lo tanto considero más moderno el artículo 8 de vuestro Códigos en sus apartados segundo y tercero. Y en el mismo sentido está el artículo 23 de la Ley española, que también debe ser bien meditado.

Estas reglas generales representan la aspiración más moderna de afectar, no ya la apariencia jurídica de las situaciones relevantes para la determinación del hecho generador, sino su realidad económica. Es una aspiración justa, pero de no fácil realización, puesto que existe siempre el temor de que la aplicación de la ley impositiva por parte del juez o del administrador, conduzca a una valoración demasiado subjetiva y, por ende, insegura, que ponga en peligro la certeza del derecho. Tal vez, para evitar este peligro, sea necesario mirar más allá de la forma jurídica asumida por los actos examinados, y determinar cuáles son los efectos jurídicos que aquellos actos son idóneos a producir, según las reglas del Derecho común, independientemente de la forma que revistan. Conviene recordar que mientras las normas del Derecho Civil se dirigen a tutelar la libre voluntad de las partes o ciertos intereses públicos específicos, las normas tributarias tienen la finalidad de adquirir los medios financieros para que el ente haga frente a sus gastos.

14. El legislador y el titular del poder reglamentario no pueden sin embargo regular todo, y por esto, en ciertos casos es necesario, para la aplicación de la norma tributaria, encontrar el modo de completarla o integrarla, como se suele decir. Debo retomar aquí el tema que aludí al inicio sobre la estructura de la norma tributaria, como norma limitativa de la libertad patrimonial del individuo. En un tiempo la doctrina y la jurisprudencia estimaban que no era aplicable a las normas tributarias aquel procedimiento lógico de interpretación, o mejor, de integración, que se llama habitualmente analogía. En efecto, se consideraba que ésta estaba prohibida para las normas tributarias, porque éstas debían calificarse, o como normas excepcionales, o bien como normas penales o, en todo caso, como limitativas de la libertad personal.

Este argumento no puede usarse hoy, porque ante todo las normas tributarias no son excepcionales de por sí, ya que disciplinan un aspecto fundamental de la actividad del Estado, y en segundo lugar las normas tributarias no pueden ser consideradas como normas punitivas por las razones que ya dejé expuestas, en cuanto lo que establecen es un deber de contribución que tiene, como se ha visto, un fundamento constitucional. No obstante, aún hoy se estima también que las normas tributarias no son susceptibles de interpretación



*MAL*  
anológica, aunque se buscan para esta prohibición justificaciones siempre fundadas. Así, considero que no se puede justificar la prohibición de la analogía apoyándola en el principio de la reserva de ley, que concierne más bien a la fuente exclusiva de la norma tributaria, y no a su interpretación.

Yo creo, en cambio, que la analogía no es posible solamente respecto de las normas impositivas que crean tributos o exenciones y por lo tanto, establecen los sujetos activo y pasivo del tributo, el hecho generador, la base imponible, etc. En cambio me inclinaría a admitir la analogía respecto de las normas que disciplinan el procedimiento impositivo, mientras obviamente soy contrario a la analogía en el caso de las normas punitivas tributarias (para las cuales existe en Italia, como he dicho, una prohibición expresa). Por lo tanto estoy de acuerdo con la disciplina ofrecida a propósito por vuestro artículo 6 del Código Tributario, y por el artículo 24, primer apartado, de la Ley española, los cuales excluyen la interpretación analógica de las normas impositivas en sentido estricto.

*analogía*  
Yo considero que esta prohibición se explica considerando la estructura de la norma tributaria, la cual, como la penal, es en general una norma "de especie fáctica exclusiva", es decir, que no puede ser remitida a un principio legislativo más amplio. En otras palabras, la norma tributaria impositiva no es en general susceptible de ser remitida a principios generales y, por tanto, no puede ser extendida a casos fuera de aquellos que expresamente prevé.

15. En este punto, sin embargo, debe ponerse en guardia al estudiar sobre las dificultades concretas de distinguir la interpretación analógica de la interpretación extensiva. En efecto, con esta última no se completa la norma, declarándola aplicable a un caso no considerado por ella, sino que más bien se construye la norma mediante los recursos lógicos normales, mediante los criterios gramaticales, sintácticos, históricos y sistemáticos. No obstante, en la práctica al menos en Italia, es a menudo muy difícil trazar un límite preciso entre la interpretación extensiva y la analógica. En la jurisprudencia existe la tendencia a ampliar desmesuradamente el ámbito de la interpretación extensiva, por ejemplo en materia de exenciones, al punto de llegar a una verdadera analogía, la cual, en cambio, dicha jurisprudencia rechaza en relación con las normas tributarias.

16. En fin, se discute si, ante el silencio de la ley, sea posible recurrir a los principios generales del Derecho tributario y del Derecho común, cosa que puede ser muy frecuente, dado que está prohibida la analogía. El artículo 7 de vuestro Código resuelve en sentido positivo este problema, y otro tanto debo decir del derecho italiano. Sin embargo debo observar que, al menos para el derecho italiano, no es fácil establecer si existen y cuáles son los principios generales del Derecho tributario. Vosotros tenéis en el Código una parte general que contiene numerosos principios aplicables también a una serie de leyes particulares que disciplinan los tributos singulares, pero por desgracia en Italia no existe esta parte general; y así, muy a menudo surgen dudas acerca de si es posible extraer principios generales

normas que disciplinan este o aquel tributo. Como quiera que sea, la posibilidad de integrar la disciplina de un tributo con la remisión a principios generales del derecho común o del Derecho tributario, facilita mucho la aplicación de la ley tributaria en todos los casos, aun si dicha ley no lo prevé.

Pero es necesario advertir que, a través de esta remisión a principios, no debe eludirse la fundamental prohibición de la analogía. Como decía, el recurso a los principios generales asegura además la certeza del Derecho, que constituye un bien precioso para la colectividad.

Hemos visto así otro punto fundamental de la Teoría de la Norma Tributaria, punto que también puede tener una importancia constitucional, como ocurre por ejemplo en vuestro ordenamiento, pero no en el italiano.

Para completar el cuadro debemos preocuparnos ahora de la teoría de los efectos de la ley tributaria en el tiempo y en el espacio, pero ello implica un discurso más bien largo, que afrontaremos mañana.

#### IV. Eficacia de la ley tributaria en el tiempo y en el espacio.

17. La ley está destinada a desplegar sus efectos hacia el futuro, y también la ley tributaria sigue, en general, este mismo principio. Pero en los países con Constitución flexible, y en los que tienen Constitución rígida, pero no existe un principio expreso de irretroactividad de la ley, la ley tributaria puede disponer también para el pasado, en el sentido de que puede calificar jurídicamente ciertos hechos acaecidos en el pasado, de modo que adquieran mañana una relevancia jurídica que no tenían cuando se verificaron.

En Italia no existe una norma constitucional que prohíba la retroactividad de las leyes civiles y de las tributarias, mientras que el artículo 11 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil dispone solamente que la ley rige para el futuro. La prohibición constitucional es expresa solamente en relación con la retroactividad de las normas sancionatorias, pero no sería posible deducir de la disposición del artículo 25 de la Constitución un principio general que vede la retroactividad de todas las leyes que limitan la libertad del sujeto.

De ahí que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina prevalente estimen que las normas tributarias de cualquier tipo, "salvo las sancionatorias" pueden tener eficacia retroactiva, con tal de que no violen otros principios constitucionales, como el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como el de la capacidad contributiva. En consecuencia, la Corte ha considerado que la retroactividad no es incompatible con el contenido de la norma tributaria.



Sin embargo, dicha Corte se ha pronunciado en el sentido de que es legítima una norma tributaria retroactiva, aún si viola otra disposición constitucional, cuando el sujeto pasivo podía racionalmente preverla, por ejemplo porque en el momento en que se había verificado un cierto hecho, ya había sido propuesto en el Parlamento un proyecto de ley que calificara aquel hecho como presupuesto de un impuesto futuro; o bien cuando aquel hecho constituía ya el presupuesto de un impuesto similar que hubiera sido introducido luego, a cierta distancia de tiempo, con una nueva ley. Ha ocurrido así que una norma retroactiva respecto del impuesto sobre la plusvalía de las áreas edificables fue considerada legítima por la Corte Constitucional, cuando dicho impuesto habría debido afectar un cierto presupuesto que ya tenía una relevancia jurídica respecto de las contribuciones de mejora, que habrían debido ser aplicadas sobre los mismos terrenos y a cargo del mismo contribuyente, y que no habrían podido ser impuestas concretamente sólo por los atrasos del procedimiento para su aplicación.

Es interesante recordar que situaciones de este género se verificaron en el derecho tributario de Alemania Occidental, en donde también falta una prohibición constitucional de la retroactividad de las normas tributarias. Antes bien, la Corte Constitucional alemana ha decidido en sentido favorable a la legitimidad de la retroactividad de las normas tributarias que corregían injusticias contenidas en leyes impositivas precedentes.

En cambio, en Costa Rica, rige el principio contrario expresado en el artículo 34 de la Constitución. Observaremos que la formulación de la prohibición en examen no excluye en abstracto la posibilidad de una ley tributaria retroactiva, cuando favorezca y no cause daño al contribuyente, o bien prolongue los términos que estarían ya vencidos para hacer valer los derechos del sujeto pasivo contra la Administración financiera.

18. Ayer aludimos fugazmente a la categoría de las llamadas leyes interpretativas de las que la doctrina y la jurisprudencia admiten en Italia la retroactividad. Estas leyes llamadas interpretativas por el mismo legislador, constituyen una especie de interpretación auténtica de la ley, en cuanto hacen obligatoria una entre varias interpretaciones posibles de una ley precedente. Se suele decir que la norma interpretativa forma un cuerpo único con la norma interpretada, de modo que debería encontrar justificación la eficacia retroactiva de la norma desde el momento en que la norma interpretada ha entrado en vigor.

El legislador, por esta vía, trata de corregir la errónea o insuficiente formulación de la vieja ley, imponiendo aquella entre las interpretaciones de ella que resulta más cómoda a la administración, aun y sobre todo cuando la Casación ha negado razón a la administración con base en la vieja ley.

19. Debemos afrontar ahora un ulterior problema, es decir, si la calificación de interpretativa dada a la ley por el propio legislador, pueda ser o no desatendida por el juez. En Italia hay al res-

pecto una cierta pugna entre la Casación y la Corte Constitucional, pues la primera estima que el juez ordinario puede considerar como innovativa una ley que el legislador ha definido como interpretativa, y viceversa. En cambio, la Corte Constitucional ha estimado que la calificación de interpretativa dada a la ley por el legislador no es revisable por el juez, con la consecuencia de que la llamada ley interpretativa sería siempre una ley con eficacia retroactiva. Esta solución parece rechazable porque la Corte Constitucional debió haber examinado si aquella ley interpretativa violaba o no los principios de la igualdad y de la capacidad contributiva.

Así, mientras en Italia la retroactividad de las leyes tributarias está prohibida sólo para las relativas a las sanciones, penales o administrativas, en Costa Rica rige el principio contrario expresado en el artículo 34 de la Constitución, y confirmado por el artículo 65 del Código Tributario.

20. Otro punto que debe recordarse es el de la sucesión de las leyes tributarias respecto del cual no existen en esta rama del Derecho principios particulares, salvo dentro de los límites que veremos dentro de poco. En efecto, cuando una ley tributaria subsigue a otra, modificándola en todo o en parte, pueden existir situaciones jurídicas nacidas bajo la vieja ley, que deben perfeccionarse bajo la nueva, a causa del procedimiento aplicativo de las diversas normas tributarias. En estos casos se debería aplicar el principio "tempus regit actum", es decir, que el acto singular realizado bajo la ley nueva debería ser regulado completamente por ésta. Empero, en realidad, el propio legislador introduce en la ley nuevas normas transitorias, respecto de cuya formulación no existen principios generales. Tales normas tributarias son, como quiera que sea, inspiradas en el criterio de la ultraactividad, o bien en el principio opuesto de la retroactividad de la ley nueva, siempre que no exista una prohibición respecto de esta última, como en vuestro Derecho. Luego, en cuanto al momento en que las normas legislativas entran en vigor, vale por lo general el principio expreso de vuestra Constitución en su artículo 129.

21. Es interesante notar que tanto en Italia como en Costa Rica existen principios especiales respecto de las normas tributarias que disciplinan las sanciones. A propósito leamos el artículo 65 de vuestro Código, que está inspirado en favor del deudor o del imputado, como es nuestro artículo 2 del Código Penal. En Italia, en cambio, vale en materia fiscal penal el principio opuesto, salvo que la ley no disponga otra cosa. De ahí deriva que si un ilícito tributario es realizado bajo el imperio de una ley que prevé cierta sanción, ésta se aplica aun si en el ínterin ha surgido una nueva ley, más favorable al contribuyente, que ha abolido la infracción o disminuido la pena.

En lo que concierne a la abrogación de la ley tributaria, rigen los principios generales, que en vuestro Derecho están expresados en el artículo 65 del Código, salvo que la ley no disponga otra cosa, como ocurre en Italia en vía general. Sin embargo, en Italia, las normas tributarias sancionatorias deberían ser abrogadas expresamente con base en una ley ordinaria de 1929; pero esta norma, que



impone la abrogación expresa de las normas tributarias sancionatorias, no ha sido nunca aplicada, lo cual ha sido posible porque la norma de 1929 que impone la abrogación expresa, fue emanada por el legislador ordinario, el cual puede modificarla tranquilamente con otra ley ordinaria.

22. Veamos ahora los efectos de la ley en el espacio. Este tema es hoy muy importante por el entrecruzamiento espacial de las actividades económicas y el desplazamiento de las personas entre los varios países que son regidos por leyes tributarias diferentes, cada uno de los cuales quiere aplicar su propia soberanía tributaria del modo más amplio y completo. Se puede también decir que éste es un capítulo fundamental, no sólo para el derecho y la técnica tributaria, sino también y sobre todo para la política económica internacional, especialmente para las relaciones entre los países industrializados o, en general, más fuertes, y los países en vías de desarrollo.

A propósito se considera vigente dondequiera el principio llamado "de la territorialidad de la ley tributaria". A este principio se le puede dar un doble o incluso un triple significado. De todos modos, la experiencia nos enseña que dicho principio viene entendido de modo muy diferente en los distintos estados.

23. Según un primer significado, la territorialidad de la ley importa que en el territorio del estado pueden aplicarse exclusivamente sólo las leyes tributarias emitidas por dicho estado. De ahí que en materia tributaria no deberían plantearse conflictos jurídicos de ley, resolubles mediante la aplicación de principios o de normas positivas de Derecho Internacional privado. Por tanto, no parece posible invocar normas del género, las cuales se referirían sólo a las obligaciones contractuales y no a las públicas que nacen de la ley o de acto administrativo. No obstante, he visto que en Costa Rica, el principio opuesto tiende a prevalecer, mediante la aplicación del artículo 348 del Código de Bustamante.

24. En un segundo significado se habla de territorialidad de la ley tributaria en el sentido de que el legislador de cada estado podría escoger el presupuesto con plena libertad, dando relevancia a cualquier hecho considerado como calificable para ser un presupuesto de un impuesto. Pero debemos tener en cuenta el principio de la "efectividad" por el que el Estado debe estar en condición de realizar su propia pretensión tributaria. Quedaría entonces sin relevancia práctica una ley tributaria italiana que quisiera afectar transferencias de riqueza ocurridas en Costa Rica, aun cuando fueran realizados por sujetos que no tienen ningún punto de referencia con el ordenamiento jurídico italiano, por no ser residentes ni domiciliados en Italia, ni tener la nacionalidad italiana, o que no gastan una parte de sus rentas en Italia. Debe observarse, sin embargo, que hoy por hoy no existen en el plano internacional sanciones idóneas para impedir a los Estados que ejerciten su potestad tributaria más allá de los límites razonables constituidos por criterios de vinculación entre el presupuesto y el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión.

A propósito de esto debemos agregar que la exasperada concepción de la soberanía tributaria sin ningún límite ni el reconocimiento de los derechos de los otros Estados, ha culminado en el principio de la no colaboración entre los Estados. Pero por otro lado consuela observar que actualmente los Estados sienten la necesidad de suscribir relaciones de colaboración cada vez más estrechas entre ellos a través de la estipulación de acuerdos internacionales mediante los cuales cada Estado asegura su propia ayuda al otro, proveyéndole noticias para la determinación del tributo y para su recaudación. Es ausplicable que las Naciones Unidas y el Mercado Común Europeo estimulen a los Estados en el sentido de crear un activo principio de colaboración en materia tributaria, principio fundado sobre una noción realista de la soberanía, que garantice la plena libertad de los otros Estados, armonizando las exigencias financieras de todos los miembros de la comunidad internacional.

Siempre en relación con este segundo significado de la territorialidad, en general, se ha declarado el principio según el cual ningún Estado debería otorgar ninguna forma de aplicación a los actos administrativos tributarios emitidos por otro Estado. Esta teoría, que en Europa es prevaleciente, no la considero enteramente exacta, al menos en todos sus corolarios. Si bien es cierto que un Estado no puede pretender que la eficacia directa administrativa de sus actos de imposición se desenvuelva también en el territorio de otro Estado, no puede excluirse a priori que éste pueda conceder el reconocimiento o el exequatur a una sentencia de condena de un contribuyente emitida por el juez del Estado que ostenta la pretensión tributaria. En algunos casos el exequatur podrá ser rehusado por razón de orden público internacional, por ausencia de reciprocidad, o por violación de normas constitucionales o comunitarias, allí donde existan, como en el Mercado Común Europeo.

25. En el segundo significado, se ha visto que el principio de territorialidad es entendido en el sentido de que cada Estado debería gravar con el tributo sólo los presupuestos que se vinculan con el ordenamiento jurídico propio. Pero también aquí la territorialidad puede ser entendida de varios modos, al punto de que puedo apreciar un tercer ángulo desde el cual la territorialidad puede ser estudiada. Leo en el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y constato que el principio de la territorialidad viene actuado de un modo muy restringido, que ya no es seguido por la mayoría de los países del mundo occidental ni por los Estados Unidos. En efecto, en todos estos encuentra aplicación, en la tasación de las rentas, el "world wide system" con base en el cual son gravados por el impuesto del Estado en que el sujeto reside todas las rentas producidas por él donde quiera que sea. Además, también los extranjeros vienen en general gravados por los impuestos de los países en que viven o donde desarrollan en todo o en parte sus actividades o donde gastan sus rentas. Esto es, obviamente, muy importante, en cuanto tales principios se aplican también a las personas jurídicas extranjeras que desarrollan en otro país una parte de sus actividades, aun mediante



filiales, sucursales o sociedades controladas; o bien, con referencia a las sociedades nacionales que desarrollan su actividad también en otros países, ya directamente, ya por medio de filiales o dependencias.

Por otro lado es evidente que la aplicación cada vez más amplia de este principio intensifica los choques de legislación entre los diversos países, en cuanto, en el campo del Derecho internacional público, no existe la prohibición de "nec bis in idem"; con la consecuencia de que cada uno de los países con los cuales un sujeto entra en contacto, puede gravar nuevamente aquel hecho imponible que tiene relevancia simultánea respecto del ordenamiento tributario de otro Estado. Para obviar esta situación, la práctica internacional ya desde hace mucho tiempo recurre a convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales contra la doble imposición. Con este medio se trata de encontrar un equilibrio, distribuyendo equitativamente el producto de la imposición entre los Estados que han estipulado aquellas convenciones. Es obvio que, mientras en cierto tiempo estos acuerdos reflejaban el equilibrio de las fuerzas políticas entre los Estados que los estipulaban, se tiende hoy a distribuir las ventajas y las cargas, dando prevalencia total o parcial a uno de los momentos de vinculación concurrente. Tales momentos pueden referirse a la nacionalidad, a la residencia o al domicilio del sujeto, a la producción o al goce de la renta, o a la producción y percepción de la entrada bruta, al lugar de apertura de la sucesión, o a aquel en el que se encuentran bienes de la sucesión.

No es siempre fácil interpretar y aplicar estas convenciones contra la doble imposición, y muy a menudo en ellas existen normas que prevén procedimientos para la resolución de las controversias entre las administraciones financieras de los Estados que las han estipulado. Desgraciadamente, en este campo muy a menudo no se asegura una adecuada tutela de los intereses y los derechos de los contribuyentes de los países interesados.

26. Finalmente debo recordar aún que actualmente faltan límites de Derecho internacional público a la potestad normativa tributaria. Tal vez existe una regla consuetudinaria de exención del jefe del Estado extranjero, pero no es del todo seguro que exista otra respecto del Estado extranjero. Por lo demás, los Estados en esta materia siguen frecuentemente reglas de cortesía internacional, entre ellas las de exención para diplomáticos y agentes consulares, pero no faltan normas internas en esta materia que reconocen tales excepciones, como ocurre en Italia, y también en Costa Rica, en el artículo 4, inciso c) de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

En cambio existen normas internacionales convencionales que establecen límites a la potestad normativa de los Estados que han estipulado los relativos tratados internacionales. Así ha ocurrido en el Tratado de Roma que ha creado la Comunidad Económica Europea, el cual limita la libertad de los Estados adherentes, imponiéndoles la abolición del impuesto de aduana, o una cierta disciplina para los impuestos conservados, o bien la introducción, en su sistema, de ciertos tributos, como ocurrió con el impuesto sobre el valor agregado.

Yo creo que la ONU y la CEE pueden desarrollar en este campo una función muy vasta para obtener una disciplina internacional del ejercicio de la potestad normativa tributaria, que sea idónea, por un lado para satisfacer las exigencias financieras de los Estados singulares, y por el otro para no comprometer la soberanía de todos los Estados de la comunidad internacional.

Experiencias recientes han demostrado hace poco tiempo que las relaciones tributarias entre los Estados pueden adquirir una relevancia mucho mayor de la que puedan esperar dentro del ámbito jurídico económico, para alcanzar una importancia y un peso de carácter político que la comunidad internacional debe rechazar. En este campo, repito y concluyo, la Organización de las Naciones Unidas podría desarrollar una tarea y una función insustituibles.

#### V. Actuación de la ley tributaria. El concepto de relación jurídica tributaria y su crítica.

27. Hasta ahora hemos hablado exclusivamente del poder primario que pertenece al Estado en materia tributaria. Hoy debemos ocuparnos de la actuación de la ley tributaria y de cómo se aplica en el caso concreto. Como premisa inmediata a este estudio tenemos el estudio del poder administrativo de imposición, porque el Estado puede determinar y recaudar sus créditos sólo si está provisto de una serie de poderes administrativos que se pueden sintetizar en la noción de poder de imposición, cuyo ejercicio es un deber para el Estado mismo. A esta noción se refieren sustancialmente, por ejemplo, los artículos 105 y 109 del Código Tributario de Costa Rica.

Esta precisión de conceptos no es puramente terminológica, sino de fondo, porque muchos autores tienden a dar una visión unitaria del poder de imposición, comprendiendo en él la fase de la creación de la norma jurídica y la fase de su aplicación administrativa. Pero de este modo se unen y confunden dos poderes que pertenecen al Estado, uno legislativo y otro administrativo, con la consecuencia de que se tiende a confundir también sus características esenciales. Otros autores hablan de poder impositivo abstracto y de poder de imposición concreto, lo cual es admisible en vía descriptiva con tal de que se tenga presente que ambos poderes tienen diferente naturaleza y requisitos. Ahora veremos cuáles son las características del poder administrativo.

28. El poder administrativo impositivo está, en general, enteramente regulado por la ley, la cual no concede a los órganos administrativos poderes discrecionales para la determinación del tributo. No se fundan en la discrecionalidad administrativa las circulares y los instructivos ministeriales que la administración financiera emite en todo país. Para Costa Rica recuerdo el artículo 105, que en su segundo apartado dice que la Administración Tributaria "puede dic-



tar normas generales para los efectos de la correcta aplicación de las leyes tributarias, dentro de los límites que fijen las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes". Pero a diferencia de lo que ocurre en Italia, estas normas internas "pueden ser modificadas o derogadas por el superior jerárquico, por medio de resoluciones razonadas" (artículo 106). En Italia sólo el Ministro de Finanzas puede emitir estas normas, que obligan a los órganos administrativos inferiores, pero no al juez.

No obstante, a veces la ley confiere al órgano administrativo cierto ámbito restringido de discrecionalidad (es decir, de libertad en la elección del mejor modo de realizar un interés público) sobre las modalidades de pago del impuesto y las garantías (diversas del privilegio) como hipotecas, fianzas, cauciones, etc., que en ciertos países pueden ser requeridas para alargar el plazo de pago del tributo. En cambio no constituye discrecionalidad (ni aun en sentido técnico) el poder de valorar los elementos idóneos para la determinación de la base imponible, porque el tributo debe corresponder a la dimensión de la base imponible tal y como viene determinada según las reglas jurídicas y técnicas del caso.

Además de su vinculación con la ley, el poder de imposición es irrenunciable de parte de la administración, a menos que la ley disponga su renuncia o el abandono del tributo. En este sentido se expresa el artículo 50 del Código Tributario en relación con "la obligación de pago de los tributos". Pero me parece que partiendo de esta norma se puede llegar al principio más amplio de la indisponibilidad del poder de imposición que también en otros países se deduce de disposiciones que la presuponen, pero que la sancionan expresamente, como creo que hace el artículo 12 del Código.

En fin, se suele decir que el poder impositivo es imprescriptible, lo que puede ser exacto sólo en cierto sentido no técnico, es decir, que el órgano administrativo conserva el poder que la ley le confiere mientras existe como tal. Pero aquella imprescriptibilidad no existe cuando se considere el ejercicio de aquel poder en su momento dinámico, porque entonces la ley establece términos no sólo a cargo del contribuyente y de los otros sujetos pasivos sino también a cargo de la administración. Vuestro Código dedica toda la Sección Sexta del Capítulo Quinto a la prescripción. Y además precisa agregar que las leyes tributarias prevén numerosos términos de caducidad, bajo cuya observancia deben realizarse las actividades por parte de la administración (o de los sujetos pasivos) sin posibilidad de interrupción, como sucede en cambio respecto de la prescripción. Pero también veremos en seguida la importancia de la diferencia entre prescripción y caducidad, para la reconstrucción del fenómeno de la aplicación de la norma jurídica tributaria.

La doctrina tradicional, italiana, alemana, española, partieron de una consideración muy obvia, esto es, que la obligación tributaria está correlacionada con el derecho de crédito del ente impositor. Y estas dos posiciones, activa y pasiva, están ligadas entre ellas de modo que constituyen una relación jurídica de impuesto. De ahí que la

atención de la doctrina se polarizó sobre esta relación que parecía ser la constatación indiscutible de un fenómeno seguro. En efecto, es cierto que existe una relación jurídica, cuando el ejercicio del poder impositivo ha conducido a la determinación de un crédito al cual debe corresponder una obligación tributaria, susceptible de recibir la tutela jurisdiccional y administrativa del proceso de cognición y de la ejecución forzada.

29. La doctrina ha tomado en consideración el esquema del Derecho privado y lo ha adaptado sin más al Derecho tributario, sin ver que en esta rama del Derecho la ley establece a cargo de los sujetos pasivos una serie de otros deberes: de hacer declaraciones de abrir y mantener ciertos libros contables, ciertas formas de facturación, de producir algunos bienes con ciertas modalidades y bajo la eventual vigilancia de órganos administrativos, etc. Todas estas situaciones pasivas tienden a multiplicarse con la evolución del Derecho tributario, y hacen inadecuado e inexacto el esquema lógico de la relación jurídica tributaria que culmina en el derecho de crédito y en la obligación de pagar el tributo, pero que no se reduce necesariamente a dicha relación.

Basta pensar, aun con referencia a vuestro Derecho tributario, en la importancia que ha adquirido, en los diversos ordenamientos, la declaración del contribuyente (sobre la que volveremos) con base en la cual puede liquidarse el impuesto, al menos provisionalmente, sin perjuicio del control sucesivo por parte de la Administración financiera. Y también en el deber de pagar el impuesto sin determinación administrativa previa, como sucede con el impuesto sobre el valor agregado en los países de la Comunidad Económica Europea, según un esquema aplicativo que cada vez se usa por el legislador, para asegurar la pronta recaudación del tributo, dejando también aquí, para un momento sucesivo eventual, el control por parte del Fisco.

Debe advertirse que la teoría de la relación jurídica de impuesto, considerada idónea para explicar todo el fenómeno de la actuación de la norma tributaria, nació cuando el esquema clásico de la aplicación de la ley de impuestos estaba conformado de un modo diferente. La deuda impositiva surgía sólo cuando había nacido el crédito tributario, esto es, cuando éste era cierto en su consistencia jurídica, líquido en su monto y jurídicamente exigible. El esquema de la relación jurídica correspondía entonces a una descripción adecuada del fenómeno considerado y, por ende, explicaba muy exhaustivamente aquella relación. En cambio se puede dudar seriamente de que tal relación sea hoy suficiente para describir un fenómeno mucho más complejo y diferenciado.

Ante todo hemos observado que existen frecuentemente deberes de comportamiento a los que no corresponde un derecho de crédito de la administración, que pueda ser tutelado en juicio. Y también existen deberes del contribuyente de pagar el importe del tributo dentro de ciertos términos, sucesivamente a una declaración, sin que en aquel momento el Estado pueda hacer valer su derecho de crédito.



5740  
En efecto, cuando el deudor no cumple el deber de declarar o el de pagar el tributo sin previa determinación del Fisco, éste sólo puede aplicar sanciones administrativas o penales, de acuerdo con la ley, según sea la gravedad de la infracción.

Para incluir aún estos casos dentro de la relación jurídica de impuesto, hay que ampliar el ámbito de ésta a todos los casos en los que al deber del sujeto pasivo no corresponde un derecho de crédito "accionable". Esto es posible seguramente, pero entonces se da a la noción de relación jurídica de impuesto tal amplitud que se la hace coincidir, bien o mal, con todos los casos de actuación de la norma tributaria, aun cuando no exista la correlación clásica entre el derecho de crédito y la obligación de pagar el tributo.

Y no creo que se pueda responder a esta objeción diciendo que también en estos últimos casos, en un segundo momento puede surgir una relación jurídica impositiva normal, cuando la administración controle la declaración y el pago del contribuyente, y llega al resultado de que éste debe pagar un impuesto mayor. La crítica de la relación jurídica quiere poner en evidencia que ésta es insuficiente para abarcar las numerosas situaciones jurídicas referibles a los sujetos pasivos y a la administración financiera, situaciones que no coinciden con la obligación y con el derecho de crédito finales.

Y lo mismo debe decirse de los casos en que el sujeto pasivo no ha hecho la declaración o pagado el impuesto. Entonces la administración, dentro de cierto plazo, debe ejercitar su poder de imposición para llegar en consecuencia a la determinación del crédito impositivo. Ahora bien, estos casos no excluyen los precedentes; y de todos modos las situaciones antes recordadas deben ser explicadas y encuadradas conceptualmente, para lo cual resulta insuficiente, por cierto, la noción de relación jurídica de impuesto.

30. Debe notarse que en cierto tiempo se trató de explicar los casos, entonces raros, de la declaración y del pago previo, como hipótesis de "auto-determinación"; expresión poco feliz, pero que en parte captaba la esencia del fenómeno, que consiste en el cumplimiento de un deber (de pago previo, de declaración, o de ambos) que producía una situación dada, susceptible de llegar a ser definitiva si la administración tributaria no la rectificaba efectuando la determinación del impuesto. En realidad, el efecto preclusivo de la determinación deriva sólo del acto administrativo, cuyo efecto constitutivo es el de hacer definitiva la determinación de la deuda tributaria, en sus elementos de hecho y de derecho.

Podrá alegarse que no en todos los casos el acto de determinación del Fisco es una determinación propiamente tal, con efectos constitutivos plenos, pero es cierto que al menos produce un efecto, que es el de tornar incontestable la determinación cualitativa y cuantitativa de la deuda de impuesto. Sin embargo, en ciertos casos el acto administrativo no es necesario, y entonces la definitividad de lo determinado deriva del carácter definitivo de la declaración o del

pago efectuados por el contribuyente, no ya voluntariamente, sino para cumplir un deber preciso que le impone la ley; deber cuya observancia el Fisco no puede imponer, aunque sí puede castigar su violación. → *DBZ A NO PUEDE IMPONERLE, SI CASTIGARLE*

31. Otro síntoma de la crisis o, si se quiere, de la superación de la noción de relación jurídica de impuesto, está constituido por los institutos de la prescripción y la caducidad, como lo había dicho antes. Partiendo de la concepción de la relación jurídica de impuesto, nuestro Código tributario, así como nuestras leyes ahora derogadas, hablaban de prescripción, tomando como punto de referencia no ya el derecho de crédito de la administración financiera, sino el poder de imposición que a ésta compete. Y entonces parece más correcto, según una observación de la doctrina italiana que en esto sigue a la alemana, concebir el ejercicio del poder de imposición como sometido a un término de caducidad. Sobre este planteamiento se inspiran la ley alemana y la nueva ley italiana. La prescripción queda reservada, en aquellas legislaciones, al derecho de crédito "accionable" propiamente dicho. *→ CR: prescripción*

El sistema de la ley costarricense se refiere a la prescripción, tanto respecto al "derecho de la Administración Tributaria de determinar la obligación", cuanto (y en mi opinión más exactamente) al derecho "de exigir el pago del tributo y sus intereses" (artículo 50). En realidad el ejercicio del poder de imposición es algo que precede al nacimiento del derecho de crédito, con el cual una gran parte de la doctrina y de las legislaciones hace coincidir el poder de imposición. Sin embargo no faltaron teorías, aun en la vieja doctrina, según las cuales todavía antes de que surja el derecho de crédito del Estado, existía algo que venía definido como un derecho potestativo, como un poder o como un poder-deber, que no era otra cosa que el poder de imposición que aquí hemos examinado. Y se había reconocido, por otra parte, que el crédito puede no ser exigible de inmediato, sino subordinado a la verificación de condiciones legales. El desarrollo de tal doctrina lo examinaremos en la próxima lección.

32. Para terminar debemos advertir que este poder de imposición asume, en los diversos ordenamientos, y dentro del ámbito de cada uno de ellos, en relación con cada tributo, posturas diferentes y una variedad de contenidos diversos. En primer lugar esta diferencia se debe al hecho de que, según los tributos y dependiendo de la teoría financiera, en algunos casos la deuda impositiva es perfecta y exigible sólo si existe un acto de determinación, mientras en otros el Fisco ejercita un poder de control sobre el contenido del pago ya efectuado en cumplimiento de un precepto legal no actualizado por acto administrativo. En estos últimos casos el acto administrativo puede ser o no emitido, según los resultados del control realizado por la administración tributaria. Pero tal vez, no es el caso de Costa Rica, donde, como mañana veremos, el poder de imposición tiene un contenido muy unitario, al menos para los tributos regulados por el Código Tributario.



Habría que ver ahora cómo puede integrarse la noción de relación jurídica de impuesto, para explicar así mejor el fenómeno de la aplicación de la norma tributaria. Pero sobre esto hablaremos en la lección de mañana.

## VI. El nacimiento de la obligación tributaria.

### El concepto de procedimiento tributario.

33. En la última lección observamos que también la doctrina tradicional de la relación jurídica de impuesto admite por un lado que jurídicamente puede haber algo antes del surgimiento de aquella relación, y por el otro, que el crédito de impuesto puede ser exigible en un momento sucesivo al de su nacimiento. De este modo, esta doctrina ha tratado, en sustancia, de no hacer coincidir totalmente la noción de relación jurídica de impuesto con todo el procedimiento aplicativo de la ley tributaria, comprendiendo este último situaciones subjetivas, poderes y deberes que estaban fuera de la relación instituida entre crédito y deuda del impuesto. Se ha hablado así de un crédito condicionado a la formación del rol, es decir, de la lista de los contribuyentes, como también se ha hablado de procedimientos instructorios precedentes al nacimiento de la relación de impuesto.

Respecto del Derecho tributario ha sucedido entonces algo similar a lo que ocurrió en el Derecho procesal civil hace unos 80 años. cuando se hablaba de relación jurídica procesal para definir todo el desarrollo del proceso civil, en la vana tentativa de reducir todo el proceso a una precisa correlación de derechos y obligaciones. Pero también en relación con el derecho procesal se ha estimado finalmente que el concepto aludido era del todo insatisfactorio, de modo que fue abandonado por la mayoría de la doctrina europea, para iniciar un análisis más profundizado del fenómeno procesal.

Algo similar se ha verificado ahora respecto del Derecho tributario, como lo he recordado ayer, en que una parte de la doctrina no atribuye una importancia decisiva a la noción de relación jurídica tributaria, mientras la otra parte trata, como el suscrito, de integrar aquella noción de modo de dar una representación dogmática completa del fenómeno impositivo.

34. El primer problema a considerar es el de la fuente de la obligación tributaria. Se suele decir que ésta nace de la ley, y muchos piensan que nace ya armada, como Minerva del cerebro de Júpiter. Además se explica que la obligación tributaria nace del hecho generador o del presupuesto indicado por la ley, pero no se explica cómo se completa para dar lugar a un derecho de crédito, al que se refiere la noción de relación jurídica de impuesto. Como quiera que sea, esta que he referido parece haber sido la concepción de la ley alemana de 1919, que recogió el artículo 28 de la Ley española, así como los artículos 11 y 31 del Código de Costa Rica, mientras que

la ley italiana es casi completamente muda al respecto, no estableciendo en general ninguna relación directa entre presupuesto y nacimiento del crédito impositivo.

En sustancia, según la concepción que he referido, todo lo que viene después de la verificación del presupuesto constituiría una especie de "condición legal" del crédito del Estado, el cual, por ello, estaría liquidado en una suma de dinero sólo en un momento sucesivo, y sólo entonces se haría exigible. Pero es sabido que dificultades suscita la noción de condición legal, o la de acto complejo, formado por actos diferentes, cada uno de los cuales contribuye con un elemento suyo a la estructura final del primero.

35. En sentido opuesto a aquella doctrina, se situó otra según la cual sí existe un acto de liquidación del impuesto, emitido por la administración es de este último que nace la obligación tributaria, aun cuando esta puede necesitar, como en Italia, de un acto administrativo ulterior, como el rol de los impuestos para los impuestos directos, y como injunción fiscal para los impuestos indirectos. Junto a estas dos teorías antitéticas, se ha colocado otra, que parte de la constatación del valor constitutivo de la declaración del contribuyente; de la cual, en ciertos casos, puede también nacer además el deber de pagar el tributo con base en la declaración del contribuyente; o bien, cierto porcentaje sobre la suma determinada en dicha declaración. Por lo tanto, estas dos últimas teorías estiman que la obligación tributaria nace de un acto sucesivo a la verificación del hecho generador.

Esta diferencia entre posiciones teóricas es justificada en Italia con base en el silencio que el legislador ha observado en materia tributaria, y frente a la pluralidad de los esquemas aplicativos de tributos que, hasta la reciente reforma, eran muchísimos y muy diferenciados entre ellos. Veremos que con el cambio de las leyes fiscales, aun los planteamientos teóricos pueden haber sido bastante modificados. Como quiera que sea, la problemática antes expuesta puede ser reproducida, aunque sea en cierta medida, también en vuestro derecho positivo.

36. El artículo 106 del Código, en relación con los artículos 11 y 31, parece acoger la teoría declarativa, según la cual la deuda de impuesto nace al verificarse el hecho generador. El artículo 105, por su parte, prevé un deber de iniciativa del contribuyente, mientras que los artículos 123 y 124 hablan de "deberes formales de los contribuyentes y de los responsables". Tales deberes no son, por lo demás, obligaciones verdaderas, sino que pueden concebirse como deberes de colaboración, cuya violación implica una infracción punible según el artículo 68.

Malgrado el tenor aparentemente inequívoco del artículo 116, se puede al menos dudar del carácter meramente declarativo de la determinación de la administración, que debería limitarse a confirmar que la obligación ha nacido con la verificación del hecho generador, o que no nació. Debe subrayarse que, a diferencia de lo que pasa en Italia, parecería que la determinación debe estar contenida en un acto administrativo de control, consiguiente al eventual incumplimiento de



parte del deudor. Dado el valor de la declaración en vuestro ordenamiento tributario, incluso en relación al surgimiento de la obligación de pagar el impuesto, podría adquirir un relieve especial el contenido de dicha declaración.

Es más, el acto administrativo de determinación emitido en sede de control, según lo que dispone el artículo 118, último apartado, conlleva que si el importe determinado por la oficina es mayor que lo pagado y declarado por el contribuyente, "se debe cobrar la diferencia de tributo que resulte a cargo del contribuyente o responsable declarante", o bien "en su caso, de oficio se le debe devolver el exceso que haya pagado, cuando la determinación administrativa arroja una deuda menor". En todos estos casos, entonces, el acto de control es necesario e importa no sólo la liquidación del quantum de la deuda sino también la resolución de delicadas cuestiones de derecho, lo que ocurrirá todavía más frecuentemente cuando, faltando la declaración, el Fisco proceda de oficio (artículo 119).

Es por ello que estimo que también en vuestro ordenamiento positivo la declaración del contribuyente y el acto administrativo de control constituyen dos momentos esenciales de una serie de actos que llevan a la aplicación de la norma tributaria, después de verificarse el hecho impositivo.

37. En general no creo que el acto de imposición emitido por la administración pública, cuando es necesario, aunque sea en sede de control, no sea un acto administrativo verdadero, como muchos han sostenido, y que debe considerarse como un simple acto de liquidación de la obligación tributaria ya surgida, dado que la administración, repito, no se limita a una simple operación aritmética, sino que debe realizar complejos juicios de valoración de las pruebas, con la aplicación de normas jurídicas y técnicas, así como también debe afrontar y resolver delicadas y complejas cuestiones de derecho a través de las cuales llega al resultado de determinar el "an" y el "quantum" de la obligación.

Para obtener este último efecto, la administración ejercita amplios poderes de control, que son enunciados en los artículos 109 y 118 de vuestro Código, los cuales determinan una serie de situaciones jurídicas subjetivas derivadas del ejercicio de poderes y del cumplimiento de deberes formales. La doctrina tradicional dejaba todo esto aparte, y solamente lograba explicar eficazmente el fenómeno añadiendo a la relación tributaria, otras relaciones jurídicas conexas o instrumentales. Lo que significa, en sustancia, vaciar, al menos en buena parte, la noción misma de relación jurídica tributaria. Todavía debo mencionar que esta última relación estuvo, al menos originalmente, puesta en relación con la teoría declarativa de la determinación.

Si consideramos el acto administrativo de determinación, podremos observar que es, en general, como se dijo en la lección pasada, un acto enteramente reglado por la ley, que tiene como efecto una preclusión, salvo que el contribuyente lo impugne ante la autoridad administrativa o ante el juez, según uno de los sistemas que veremos

el juez. Por lo tanto, tal acto puede calificarse, adoptando la terminología de la ciencia del proceso civil, como un acto de determinación constitutivo, puesto que agrega a la situación que nace del hecho generador la eficacia de la incontrovertibilidad. De ahí deriva el error de perspectiva por el cual el acto de determinación emitido por la administración viene cualificado, también en vuestro Código, como dotado de carácter declarativo (artículo 116), porque en realidad es constitutivo de una nueva responsabilidad del contribuyente. En efecto, debe establecerse en qué consiste esta eficacia constitutiva que es necesaria para que el mandato del legislador sea completo y operante en el caso concreto.

El acto impositivo, entonces, tiene un efecto constitutivo diferente del que es propio de los actos discrecionales. En todo caso, este efecto impide que la administración emita otro acto impositivo en relación con el mismo sujeto pasivo y el mismo hecho generador, a menos que intente revocar o modificar el acto precedente, en los casos y dentro de los límites en los que lo permiten las legislaciones.

Si el acto falta, el "an" y el "quantum" de la deuda impositiva quedan fijados según la declaración del sujeto pasivo, y esto ha permitido pensar, equivocadamente, que si el acto de determinación existe, no podría considerarse un acto administrativo. La definición de la obligación tributaria, en muchos ordenamientos, se refiere, o al acto admintstrativo, o a la declaración del contribuyente. Si esta última falta, y si la finanza no ejercita sus poderes de iniciativa en los términos de prescripción o de caducidad, según los distintos ordenamientos, no hay nada de nada, aunque se haya verificado el hecho generador.

Todo esto induce a considerar no satisfactoria la tradicional fórmula según la cual la deuda de impuesto nace siempre cuando se verifica el hecho generador, a menos que se distinga, como también se ha hecho, el deber abstracto que nacería del presupuesto, del deber concreto que derivaría en cambio de la declaración o del acto administrativo. Pero también esto me parece simplemente un medio verbal para superar dificultades conceptuales que he ilustrado poco antes y también en la lección pasada. De todos modos, esta doctrina que he mencionado al final constituye la confirmación de la insuficiencia de la noción de relación jurídica de impuesto, dado que la realidad que descende de las distintas normas es mucho más rica de situaciones jurídicas subjetivas, de actos jurídicos del contenido más variado, de poderes y de deberes.

Y precisamente, para dar una explicación orgánica de esta variedad de elementos, parece oportuno hablar de procedimiento tributario, a semejanza de lo que se hizo en relación con el procedimiento administrativo. Con este concepto se ha tratado de dar el sentido del desarrollo dinámico del cumplimiento de una serie de actos de parte de una pluralidad de sujetos, actos que están ligados entre ellos en relación con la unicidad del fin a obtener. Así, se han descrito secuencias diversas de actos, según la disciplina dada por las diversas legislaciones, dependientes de algunas exigencias de carácter técnico financiero.



38. En lo que atañe a Costa Rica (y en algunos casos también para la legislación italiana) debe observarse que respecto a los tributos a que el Código Tributario se refiere, el acto de determinación, de control o emitido de oficio, es sólo eventual, mientras que la declaración del contribuyente adquiere una particular preeminencia, que ameritaría ser profundizada, cosa que por cierto no puedo hacer aquí. Pero debo subrayar que en esta declaración hay no sólo una declaración de verdad no confesoria (es decir, no vinculante para el contribuyente) sino también una declaración de voluntad, aunque no negocial por no ser idónea para producir en todo caso el efecto jurídico de la determinación, sino para suministrar a la administración un elemento para efectuar la determinación del tributo.

En todo caso, aun si se dudara de la utilidad de un concepto general de procedimiento tributario, habría que reconocer, como lo admite aun la doctrina contraria, que existen procedimientos instructivos a través de los cuales la administración controla la declaración del contribuyente, asumiendo medios de prueba mucho más amplios de los que prevé el Código Civil. Verdaderamente, en el artículo 135 y siguiente de vuestro Código, se tiende a encuadrar los poderes instructivos en el ámbito de las figuras tradicionales de las pruebas civiles, pero no sería de la misma opinión en lo que concierne al Derecho italiano, como tampoco respecto de otros derechos europeos. Otro punto a observar es que el procedimiento de control puede terminar sin que la administración esté obligada a emitir ningún acto, cuando no logre ejercitar sus poderes de control o de oficio dentro de los plazos de ley. Pero no creo que este sea un elemento contrario a la adopción de la noción de procedimiento. Precisamente por la característica de la estructura de la norma tributaria.

39. En relación con la formación de la convicción de la administración y a la conmesuración de la base imponible, llamo vuestra atención sobre el artículo 120 del Código, que distingue según sea que la determinación sea realizada "sobre base cierta", el llamado acertamiento analítico, o bien sea efectuada "sobre base presunta". Esta última constituiría la excepción respecto de la regla, pero en uno y otro caso me parece que el acercamiento tiene el carácter constitutivo que he indicado arriba. Antes bien, tal carácter es tal vez todavía más evidente respecto de la segunda hipótesis, de acertamiento presuntivo, en el cual se concede al Fisco una mayor libertad para partir del acto conocido hasta el hecho desconocido. En esta hipótesis se puede dar por ello incluso una notable diferencia entre el contenido de la determinación y la realidad precedente.

Mucho se ha hablado, en la teoría general del derecho tributario, de "impuestos con imposición" e "impuestos sin imposición"; pero en realidad esta es una distinción muy formal, porque hoy, aun los tributos en los cuales no es necesario el acto administrativo previo, pueden prever la eventualidad de un acto de control, de modo que aquella distinción se limita a distinguir dos esquemas de procedimiento tributario, los que por otra parte pueden coincidir en su momento final.

Los problemas que hemos examinado arriba no cambian mucho, porque en todos los casos se plantea la utilidad de un concepto, como es el de procedimiento tributario, que permite identificar y describir los actos realizados por los distintos sujetos, así como sus efectos. Este sería el momento de estudiar precisamente los sujetos y los problemas que a ellos se refieren. Pero se trata de un tema muy amplio, que estudiaremos mañana.

## VII. Los sujetos en el derecho tributario.

40. Como vimos en las dos últimas lecciones, cualquiera que sea el modo de explicar la actuación de las normas tributarias, siempre será necesario hacer referencia a los sujetos activos y pasivos, a los cuales entonces se debe prestar una particular atención.

Como se ha dicho varias veces, sólo el Estado es titular de un poder normativo tributario en vía primaria, es decir, es sujeto activo en este ámbito. Y creo que esto vale también para vuestro Derecho, dada la soberanía de la ley de la cual he hablado en la segunda lección. Pero también recogiendo este último principio se pueden identificar sujetos activos provistos de poder legislativo subprimario reconocido por algunas constituciones, como la italiana, que atribuye la calificación de sujetos del poder legislativo, vinculado al respeto de la ley del Estado, a las Regiones. En el Derecho italiano las municipalidades tienen sólo el poder de acordar e instituir algunos (poquísimos) impuestos, fijados por la ley del Estado, mientras respecto de algunos impuestos cuyo rédito les es destinado en parte, las municipalidades, así como las Regiones, tienen el poder de fijar las alícuotas dentro de límites mínimos y máximos fijados por la ley del Estado. Peculiar es la situación en vuestro país (artículo 14), como se ha visto al comentar el artículo 121, inciso 13, dado el concepto excesivamente amplio de autorización de la Asamblea a las Municipalidades; autorización que, en la praxis constitucional de Costa Rica, se transforma en cambio en una aprobación que por lo tanto presupone un poder en la Municipalidad de instituir el tributo, lo cual es mucho más que un mero poder reglamentario. ver 105

41. En el nivel de poder administrativo de imposición los sujetos principales son los órganos de la administración del Estado a los que se refiere el artículo 105 del Código, así como las administraciones locales, en los casos en que la ley confirma a ellas sus poderes concretos de imposición. En Italia existe la tendencia a considerar al Estado como sujeto activo de la potestad de imposición, incluso para los tributos instituidos por las regiones y por algunos tributos cuyo producto va a las municipalidades.

Sin embargo, en Italia hay una particularidad que debe recordarse porque constituye el único ejemplo en Europa de distinción en el ámbito del poder de imposición, entre la recaudación coactiva a



cargo del deudor que no cumple, y el poder de imposición. Mientras este último es atribuido a los órganos administrativos del Estado, el poder de pretender el pago se atribuye al exactor. Este último es un particular que ejercita una función pública, en ejecución de lo estipulado en un contrato de "exactoría", mediante el cual se obliga a pagar al Estado, en cierta fecha, el importe de los impuestos de acuerdo con lo que indica el rol de contribuyentes, aun en el caso de que no haya recaudado dicho importe. En sustancia, el exactor hace de banquero del Estado, y por tal servicio es remunerado por éste. Es un caso particular de escisión de la subjetividad tributaria, con referencia a los poderes de recaudación atribuidos a un sujeto diverso del Estado. Tenemos algún otro caso en que la ley prevé, por ejemplo en el impuesto sobre espectáculos, que la determinación y la recaudación corresponde a un ente público distinto: la S.I.A.E. (Sociedad Italiana de Autores y Editores) o a un ente privado: la RAI-TV en el caso del impuesto de radiotelevisión.

42.—El tema de los sujetos es además muy importante respecto de los sujetos pasivos, por las muchas particularidades que el Derecho tributario ofrece frente al Derecho civil o administrativo. Partimos del artículo 15 del Código, según el cual "es sujeto pasivo la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable". El artículo 17 establece luego quiénes pueden ser sujetos "obligados por deuda propia", esto es, respecto de los cuales "se verifica el hecho generador de la obligación tributaria". Estos sujetos pueden ser no sólo las personas físicas y las personas jurídicas, según las normas del Código Civil, sino también "los fideicomisos y los demás entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyen calidad de sujeto de derecho", así como también "las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tenga autonomía funcional". La noción de subjetividad tributaria es por lo tanto mucho más extensa que el concepto correspondiente del Derecho Civil, pero también en estos casos se requiere un patrimonio sobre el cual realizar eventualmente la responsabilidad "del sujeto tributario" unificado por la autonomía funcional. Véase también el artículo 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Veamos lo que dice el artículo 33 de la Ley española: se subraya en él, asimismo, que "las entidades carentes de personalidad jurídica" son sujetos pasivos en cuanto "constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición". En sustancia, el presupuesto debe verificarse unitariamente respecto de un complejo de bienes aunque éstos no estén formalmente unificados por la personalidad jurídica.

43.—La situación es actualmente la misma en el Derecho italiano, donde el concepto de sujeto pasivo tributario ha sido extendido poco a poco no sólo a las sociedades personales (sociedades de hecho, sociedad simple, colectiva y en comandita simple), sino también a las asociaciones civiles no reconocidas que son sujetos de derecho también según el Código Civil, aun estando privadas de personalidad jurídica,

sino además a las organizaciones de personas y de bienes sin personalidad jurídica, en relación con las cuales se verifique el hecho generador del tributo de modo unitario y autónomo. De este modo se ha obtenido la máxima extensión del concepto de subjetividad tributaria, en cuanto la noción de "organización" de personas y de bienes es suficientemente elástica aun presuponiendo la noción de unidad económica de la que expresamente hablan vuestro Código Tributario y la Ley española. Sin embargo yo diría que la subjetividad tributaria es más amplia en el derecho italiano de la que han admitido estas dos últimas leyes, porque prescinde de la existencia de un patrimonio, contando el Fisco con que gravará personas físicas que han operado en nombre y por cuenta de estas organizaciones que no tienen personalidad jurídica.

Debo advertir, no obstante, que la noción de subjetividad tributaria puede variar también en el interior de un ordenamiento singular según sea el presupuesto de sus impuestos. Por ejemplo en Italia, las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, privadas de personalidad jurídica, constituyen sujetos pasivos, en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, sólo en lo que concierne a la determinación de la base imponible del tributo. En efecto, este último se aplica sobre el presupuesto, referido unitariamente a dichas sociedades, mientras la consiguiente deuda de impuesto va referida proporcionalmente a sus socios, en relación con las cuotas de cada uno de ellos. Esto está previsto para realizar el principio de la "transparencia" del impuesto personal sobre las rentas de las personas físicas, en cuanto el legislador ha considerado (no sé con cuánta razón) que aquellas sociedades esconden actividades empresariales de sus socios singulares.

Sin embargo las sociedades personales son sujetos pasivos completos, por así decirlo, en relación con el impuesto local sobre la renta, que es determinado por el Estado a cargo de los empresarios y los profesionales. En este segundo caso el presupuesto y la deuda impositiva vienen unitariamente referidos a las sociedades mismas, mientras que a cargo de los socios puede reconocerse sólo una responsabilidad subsidiaria, a falta de bienes sociales. En esta materia recuerdo que el artículo 25 de vuestro Código dispone en cambio la unitariedad del patrimonio de la empresa individual de responsabilidad limitada y el de su propietario.

La calidad de sujeto pasivo tributario viene entonces establecida caso por caso por la ley, y debe estimarse que no son válidos los pactos privados entre las partes en esta materia. Tal indisponibilidad de las situaciones subjetivas tributarias, está prevista expresamente por los artículos 31 y 36 de la Ley española; y también en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano existen reglas particulares relativas a ciertos tributos, de las que se recaba el referido principio de indisponibilidad.

44. Otro aspecto saliente del Derecho tributario está constituido por la ampliación del ámbito de los sujetos pasivos. Este resultado es obtenido por cada legislador nacional, sea ampliando mucho



el concepto tradicional de solidaridad, sea yuxtaponiendo al contribuyente otros sujetos pasivos auxiliares. En Italia el principio general de la solidaridad entre una pluralidad de sujetos pasivos de obligación, está expresado sobre todo por el Código Civil. Pero se estima en general que esta última regla sea a su vez la expresión de un principio mucho más general, y como tal, aplicable en todos los campos del Derecho y, por lo tanto también en el Derecho Tributario. Sin embargo no faltan entre nosotros leyes de impuestos que invocan expresamente este principio en relación con hipótesis que tal vez podrían ofrecer una incertidumbre en su clasificación.

45. En Costa Rica y en España la solidaridad entre varios deudores que se encuentran en una misma relación respecto de un presupuesto de impuesto, viene establecida expresamente en las leyes respectivas (artículo 6 de Costa Rica; artículo 34 Ley española), las cuales no excluyen la posibilidad de que la ley declare la solidaridad respecto de otros casos.

El artículo 16 del Código Tributario enumera los efectos de la solidaridad tributaria. Mientras los varios incisos que componen el artículo son bastante conformes a los principios generales en materia de solidaridad, la letra c) constituye una particular disposición a favor del Fisco. Nuestra Ley, en cambio, no dispone nada sobre la eficacia de la cosa juzgada formada en un juicio entre el Fisco y uno sólo de los sujetos pasivos. El problema es muy grave en Italia porque la existencia de un vínculo de solidaridad no hace necesaria la presencia en el proceso de todos los deudores solidarios (el llamado litisconsorcio necesario: artículo 102 del Código de procedimientos civiles italiano). Por otra parte el artículo 1306 del Código civil italiano dispone que si la sentencia es favorable al deudor que ha sido parte en juicio, despliega sus efectos también a favor de los otros deudores solidarios que no han sido citados en juicio, y que no han intervenido, a menos que dicha sentencia se refiera a una cuestión personal del deudor que ha sido parte en el juicio. En sustancia, en materia de solidaridad, se aplica un viejo principio de Derecho común, según el cual la cosa juzgada se extiende "secundum eventum litis", es decir, según el resultado del juicio. Tal regla se aplica también a los procesos tributarios, sea ante el juez especial que veremos mañana, sea ante el juez ordinario.

46. La jurisprudencia italiana, hasta las recientes sentencias de la Corte Constitucional, ha estimado que la solidaridad tributaria es más intensa de la prevista por el derecho civil, en el sentido de que la sentencia pronunciada entre el Fisco y uno de los deudores solidarios, despliega sus efectos aun en relación con los otros deudores a quienes no había sido notificado el aviso de determinación. Para justificar esta "supersolidaridad" tributaria, la jurisprudencia de Casación aducía una presunción de "representación" de parte del deudor demandado respecto a sus otros codedores solidarios a quienes la determinación ni siquiera se les había notificado.

La Corte Constitucional ha declarado errónea y (de todos modos) ilegítima esta interpretación de la ley vigente, a causa de la vio-

lación del principio de la defensa en juicio, enunciado por el artículo 24 de la Constitución.

Arriba recordaba que, junto a la solidaridad entre sujetos pasivos que se encuentran en la misma relación frente al presupuesto, existen numerosas y variadas formas de solidaridad subsidiaria y dependiente respecto de las deudas tributarias por ejemplo para los síndicos y administradores de las sociedades, para los socios y asociados de entidades no personificadas, para los adquirentes de bienes o de empresas gravados por el impuesto (véanse los artículos 39, 40 y 41 de la Ley española) etc. Antes bien, en el artículo 37, primer apartado, precisa en general esta última Ley que "la ley podrá declarar responsable de la deuda tributaria, junto a los sujetos pasivos, a otras personas solidaria o subsidiariamente".

47. Me parece que los artículos 20 y siguientes del Código de Costa Rica ofrecen un concepto amplio, distinguiendo entre "responsables" y "contribuyentes". El artículo 21 enlista los responsables en dependencia de las funciones ejercitadas por ellos, con referencia al presupuesto de impuesto, con particular consideración a una función pública (tutores y curadores de incapaces, curadores de quiebras, etc.), o de representación legal (padres y representantes legales de entes), o bien voluntaria. Además se consideran responsables, en relación con el tributo correspondiente a la operación gravada (artículo 22, inciso a) los donatarios y legatarios, así como los adquirentes de empresas comerciales y los sucesores del activo y del pasivo de empresas o de entes colectivos. También los artículos 23 y 24 hablan de la responsabilidad de los "agentes de retención y de percepción".

A mi parecer, esta categoría de responsables es demasiado vasta e indiferenciada, en cuanto comprende todos los sujetos que responden frente al Fisco por una deuda ajena. Sin embargo, mientras los sujetos indicados en el artículo 22 (tutores, curadores, parientes, representantes legales y mandatarios) responden con los recursos que administran "o de que dispongan", los sujetos indicados en el artículo 23 "son responsables solidarios". Debe observarse, además, que estos agentes de retención y de percepción constituyen una categoría aparte de la solidaridad tributaria, porque son instrumentos para la recaudación del tributo en algunos pasajes obligados del flujo de rédito destinado a otros sujetos que son los verdaderos contribuyentes. Estos agentes, entonces, están sujetos a deberes formales y sustanciales tributarios, aún si el presupuesto no hace referencia a ellos. De tal modo, los agentes funcionan casi como órganos para la recaudación en provecho del Fisco.

Por lo tanto tengo algunas dudas sobre la utilidad teórica de englobar en una categoría única todos los posibles responsables, pero no puedo por cierto expresar un juicio completo sin conocer todo el desenvolvimiento de las diversas leyes tributarias costarricenses, que son las únicas que pueden justificar otros tipos de clasificación que existen en España y en Italia, a veces con consecuencias prácticas de un cierto relieve. Observo solamente que la responsabilidad fiscal de los tutores y curadores, constituye algo muy diferente, porque está



determinada en razón de la función pública, de la responsabilidad del representante legal o del representante voluntario, en cuanto, en tales casos, se da una relación directa entre estos sujetos y el hecho imponible. Y todavía diferentes me parecen las figuras de los responsables solidarios "por adquisición" (artículo 22), en los que la relación entre el sujeto pasivo adquirente y el Fisco es sucesiva al surgir del hecho impositivo, pero está justificada por el acto de sucesión "inter vivos".

También es distinta la situación de los agentes de retención y de percepción, los cuales se encuentran en una determinada relación con otros sujetos a los que se refiere el hecho imponible. También aquí distinguiría yo según sea que aquella relación dependa de función pública o, como dice el artículo 23, "por razón de su actividad, oficio o profesión". En el primer caso me parece que se puede hablar de responsables sin ninguna especificación, en cuanto aquellos sujetos "intervengan en actos u operaciones en las cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente". En el segundo caso tal vez debería indagarse si la figura de responsable no deba ser mejor profundizada.

48. Según la ley italiana (artículo 64 de la Ley sobre la determinación número 600 de 1973) y según la Ley española (artículo 32) se habla más propiamente de sustitutos del contribuyente. En Italia el "sustituto de impuesto" tiene una gran relevancia práctica, tanto porque hoy son muy frecuentes los casos en que el impuesto debe ser retenido en todo o en parte con ocasión del pago de sumas de dinero a favor del contribuyente que las percibe como rentas de trabajo, de capital o de empresa, como porque el sustituto de impuesto está obligado a dirigirse contra el contribuyente. De tal modo, el patrono debe retener el impuesto cuando paga al trabajador, el cliente debe retener el impuesto cuando paga al profesional, y así deben hacerlo el que paga el dividendo de las acciones o los intereses de la obligación. En todos estos casos el sustituto no puede definirse ciertamente como contribuyente, que es, en efecto el que percibe los réditos, pero está ligado a este último por una relación de derecho privado que, sin embargo, deviene vinculante cuando es transferido al campo del Derecho tributario como base de la responsabilidad del sustituto.

Esta noción de sustituto de impuesto puede parecer algo sutil, pero resulta necesaria, aun del punto de vista constitucional, con referencia a la capacidad contributiva, cuando se aplica el sistema moderno de las llamadas "retenciones a cuenta", sistema adoptado tanto para reducir al mínimo las evasiones fiscales, como para obtener ciertos efectos económicos mediante la segura transferencia de la carga tributaria sobre algunas categorías de sujetos. Bajo el primer punto de vista debemos agregar que para la Administración Financiera es mucho más fácil seguir ante cien patronos el flujo de los réditos de sus trabajadores, y no hacerlo en relación con un millón de contribuyentes. Es por esto que la repetición del sustituto contra el sustituido es ahora obligatoria en Italia.

49. Para completar esta exposición debo ahora aludir a los sucesores del contribuyente, recordando vuestro artículo 19. En Italia, en cambio, el artículo 65 de la Ley sobre la Determinación dispone que "los herederos responden solidariamente de la obligación tributaria cuyo presupuesto se ha verificado anteriormente a la muerte del causante". Por lo tanto, en el Derecho tributario italiano los sucesores del contribuyente tienen una responsabilidad mayor de la prevista por el Código Civil respecto de las otras deudas. En efecto, frente a estos últimos el Código civil italiano sigue la regla que es válida entre vosotros aun en el Derecho tributario, regla que limita la responsabilidad de aquellos sucesores "al monto de la porción hereditaria recibida". Pero si los herederos han aceptado la herencia con beneficio de inventario, responden sólo con los bienes heredados aun en materia tributaria.

Para completar este rápido panorama, recuerdo la importancia de la noción de domicilio fiscal para la individualización territorial del sujeto pasivo. Puede constatare que tanto en Italia como en Costa Rica la noción de domicilio fiscal no coincide con el concepto de domicilio civil, porque tiende a fundarse, respecto de las personas físicas, sobre la noción objetiva de residencia, y para las personas jurídicas, a tener en cuenta el lugar donde se desarrollan ciertas actividades relevantes para la imposición.

50. Para terminar debo recordar que en Italia está por entrar en vigencia la llamada "anágrafe tributaria" que deberá constituir, no sólo una lista precisa de todos los sujetos pasivos, sean contribuyentes o responsables, sino que servirá para recoger, en relación con cada uno de los sujetos pasivos, todos los datos posibles que puedan servir para la determinación de los impuestos.

Para realizar esta empresa fue necesario adquirir aparatos electrónicos apropiados, y preparar los operarios capaces de hacerlas funcionar. Fue necesario además dar a todos los contribuyentes un número de código fiscal, que deberá ser indicado en todo acto jurídicamente relevante, bajo pena de graves sanciones, a cargo de quien omite su indicación, o a cargo de funcionarios o notarios que acepten aquellos actos sin que se precise aquel número.

Así, el cerco se cierra cada vez más en torno del contribuyente que tenga deseos de evadirse. Se hace entonces necesario, para contrarrestar la creciente presión fiscal, un eficiente sistema de tutela del contribuyente, sea en la fase administrativa, sea en la jurisdiccional. Pero de este tema trataremos más ampliamente mañana.

## VIII. La justicia tributaria - El contencioso tributario.

51. Todo sistema jurídico debe ser completado por un adecuado sistema de tutela jurisdiccional. En particular, el ordenamiento tributario debe ofrecer a los sujetos pasivos, tipos de tutela adecuados



para la obtención de la justicia a través del control de los actos de determinación. Algunas constituciones, como la italiana, garantizan la tutela jurisdiccional frente a los actos administrativos, pero tienden además a garantizar la imparcialidad de la acción administrativa, disponiendo, por ejemplo "que los empleados públicos están al servicio de la Nación" (artículo 98, primer apartado) y dando ingreso también a una tutela de carácter administrativo.

Desde un punto de vista práctico podría parecer que la única solución lógica para asegurar la justicia tributaria debería ser la de atribuir todas las controversias fiscales al juez ordinario, que ofrece las mayores garantías de independencia y de preparación técnica. Un examen atento del contencioso tributario demuestra sin embargo que aquella hipótesis no es realizable en la práctica, ya sea por el gran número de causas, ya sea por su naturaleza. En numerosísimos casos la controversia concierne, en efecto, no tanto a si el tributo se debe, sino a cuánto debe pagar el contribuyente. Para resolver estas cuestiones precisa efectuar valoraciones de hecho, es decir, dar una expresión cuantitativa en dinero a determinados hechos imposables.

Como he recordado en el curso de estas lecciones, el acto administrativo tributario es un acto enteramente vinculado por la ley, de modo que podría parecer que el juez ordinario tuviese todas las cualidades para decidir estas controversias. Pero en cambio no es así, pues las cuestiones de valoración que no se resuelven en interpretación de normas de ley, conciernen la aplicación de reglas técnicas ajenas a la experiencia jurídica y que, por lo tanto, el juez ordinario sólo podría resolver recurriendo a peritos, con aumento del costo del proceso.

Es esta una de las razones por las cuales, en algunos países, se ha estimado que deben sustraerse todas las controversias tributarias a la cognición del juez ordinario, o quitar las controversias sobre la valoración del conocimiento de los jueces en general. Además, a nuestros abuelos les parecía que los jueces ordinarios no debían tocar el llamado "mérito" de los actos administrativos discrecionales, por una cierta desconfianza jacobina frente a los jueces mismos. Y tal regla fue extendida, por ejemplo en el ordenamiento italiano, también a las cuestiones de valoración simple de los hechos impositivos, que constituirían, en cierto modo, el mérito del acto tributario.

52. De ahí derivó la necesidad de crear un sistema de orden y de justicia dentro del ámbito de la misma Administración Pública, y así fueron creados órganos especiales de la justicia administrativa, como por ejemplo el Consejo de Estado, que nació como órgano administrativo contencioso, además de consultivo, y que se transformó en órgano jurisdiccional al inicio de este siglo.

Los procesos tributarios quedaron sin embargo fuera de esta tradicional división entre el juez ordinario y los órganos del contencioso administrativo, ya que se consideró, justamente, que las controversias que nacían de la violación de leyes tributarias, daban lugar a cuestiones atinentes a los derechos subjetivos patrimoniales y no a simples intereses legítimos. De ahí derivó que, a diferencia de lo que

ocurrió en Francia, el Consejo de Estado no tiene en Italia, como tampoco hoy los tribunales regionales administrativos, ninguna competencia en materia de impuestos, salvo para cualquier raro caso en el que se discute la legitimidad de algunas decisiones de entes locales que establecen tributos en vía general, o que establecen la disciplina en cualquier otro particular, sin que llegue a existir un acto de determinación contra un contribuyente determinado.

En Italia se ha recurrido, por ello, después de 1870, a la creación de Comisiones Especiales, distritales y provinciales, y de una Comisión Central, que se concebían como órganos del contencioso administrativo. Por lo tanto, además de la defensa administrativa ante las comisiones, se mantuvo la tutela jurisdiccional ordinaria, que tenía lugar ante el Tribunal, la Corte de Apelación y la Corte de Casación.

El sistema era más bien recargado, pero bastante consecuente y lógico, hasta que las propias comisiones, comenzando por la Comisión Central, comenzaron a sostener que eran órganos de jurisdicción especial propiamente dichos. Este movimiento se inició en el año 30 y se llegó así a la reforma del 36 y el 37, en la que dichas comisiones asumieron más decididamente un carácter jurisdiccional, a pesar de que nunca se usó esta palabra, de que los miembros de aquellas comisiones fueron siempre elegidos por la administración financiera, y de que se continuó disponiendo de una ulterior forma de tutela jurisdiccional ante el juez ordinario.

Por lo tanto, tuvimos ante los ojos una transformación del sistema de justicia tributaria, con la tendencia a abolir todo carácter administrativo de la tutela ante las comisiones, a pesar de que éstas continuaron sin una plena independencia institucional del Poder Ejecutivo. Debo recordar a propósito que ilustres autores como Guicciardi y Achille Donato Giannini continuaron sosteniendo que las comisiones seguían siendo órganos administrativos, pese a la opinión contraria de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia.

53. No diré nada sobre las dificultades de explicar este doble orden de jurisdicción, que daba al contribuyente seis buenos grados de juicio, pero conservaban para la cuestión de valoración simple solamente los dos grados de las comisiones. Como quiera que sea, llegamos a la entrada en vigor de la Constitución de 1948, y uno de los problemas que se planteó el Gobierno fue el de determinar si las comisiones eran conformes o no a los nuevos principios constitucionales.

En efecto, por un lado la Constitución afirmaba el principio de la tutela de los derechos subjetivos violados por actos administrativos (artículo 24) por el otro establecía (artículo 102) que "la función jurisdiccional es ejercitada por el juez ordinario instituido y disciplinado por las normas del reglamento judicial", prohibiendo la institución de jueces extraordinarios o especiales. Además el artículo 83 daba relevancia constitucional al Consejo de Estado y a los otros órganos de la justicia administrativa.

Si a esto se agrega que el artículo 6º de las disposiciones transitorias a la Constitución había previsto, para el 1º de enero del 53



“la revisión de los órganos especiales de jurisdicción actualmente existentes, salvo la jurisdicción del Consejo de Estado”, se puede comprender fácilmente las numerosas controversias que surgieron sobre la legitimidad de las comisiones tributarias. Sin embargo, en un primer tiempo la Corte Constitucional prácticamente las rechazó, porque estimó en general que el legislador ordinario mantenía el poder de modificar y revisar dichas comisiones, según el artículo 6º recordado, aun después del vencimiento del término establecido por la Constitución (habíamos llegado entonces a 1957).

De improviso, la Corte Constitucional de 1969 cambió de opinión (creo que por la influencia de su Presidente, que era entonces el ilustre estudioso Aldo M. Sandulli) y decidió que las comisiones tributarias eran ilegítimas porque la mayoría de sus miembros no eran institucionalmente independientes del Poder Ejecutivo, apoyando esta opinión también en la existencia del doble orden de jurisdicción. La tesis acogida por la Corte Constitucional fue, por el contrario, rechazada por la Casación, que continuó estimando legítimas las comisiones como jueces especiales.

54. Frente a este fuerte contraste, en la reciente reforma el legislador tomó una decisión que podría ser certera en línea de principio, pero que fue mal actuada, aunque tal vez habría podido examinar la oportunidad de devolver en todo o en parte las controversias tributarias a los nuevos órganos locales, jurisdiccionales y administrativos, y al Consejo de Estado, así como fue hecho, al menos en parte, en Francia.

El legislador italiano de 1973 ha querido en cambio someter a revisión las comisiones de la vieja ley, dándoles una mayor autonomía funcional y estructural, para conformarlas como órganos de jurisdicción especial, aunque la palabra “jurisdicción” no sea usada nunca. De este modo, el legislador ha acelerado indudablemente el proceso tributario, pues abolió el doble orden de jurisdicción, concentrando todas las controversias ante las comisiones tributarias, y admitiendo sólo un recurso alternativo a la Corte de Apelación contra el pronunciamiento de la Comisión de segundo grado, además del recurso general ante la Corte de Casación.

Aunque este sistema representa una mejora frente al precedente, la doctrina ha expresado ya dudas sobre la legitimidad constitucional de esta reforma, de modo que de nuevo estamos frente a la Corte Constitucional.

55. Excusadme si me he entretenido demasiado en la historia del contencioso tributario italiano, pero creo que puede ofrecer un serio tema de meditación para vosotros también. En Costa Rica existe un sistema de contencioso tributario que dentro de ciertos límites recuerda nuestro viejo sistema, en cuanto está montado sobre el Tribunal Fiscal Administrativo, que es un órgano del Contencioso-Administrativo (artículo 49) y sobre verdaderos juicios ante el juez administrativo. Me parece que el recurso ante el Tribunal Fiscal se configura como un recurso jerárquico impropio, en cuanto este órgano es

distinto de la administración, pero integrado a ella. Además observo que tal Tribunal tiene cierto grado de autonomía funcional que se manifiesta, tanto en la inamovilidad de sus miembros, que sólo pueden ser removidos por las graves causas objetivas indicadas en el artículo 153, Código Tributario, como en una cierta independencia en su funcionamiento. A esta autonomía contribuye mucho también el artículo 154, primer apartado, que permite configurar el procedimiento ante el Tribunal como un proceso muy similar al civil ordinario, lo cual viene confirmado también por los apartados 4º y 6º de ese mismo artículo.

Este Tribunal Fiscal puede constituir el punto de partida de una elaboración legislativa para llegar a la creación de un verdadero juez especial. Pero llegados a este punto debemos preguntar si conviene esta transformación, o si más bien no valga la pena mantener un filtro eficaz de las controversias tributarias, de manera que se las defina en su mayor parte por el Tribunal Fiscal, reservando sólo un pequeño porcentaje de dichas controversias al conocimiento del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo.

56. Desde el punto de vista de la justicia sustancial, puede quedar entonces alguna incertidumbre sobre la mejor vía a seguir a este propósito. Incertidumbre que también yo he tenido ocasión de expresar sobre el ordenamiento italiano, cuando se planteó el problema de conservar o no las viejas comisiones, pero como simples órganos administrativos. Puesto que en Costa Rica, aun si el Tribunal Fiscal se transformara en juez especial, quedarían en sustancia sólo dos grados de jurisdicción de mérito, además del recurso de Casación, me parece que el objetivo de transformar el primer grado ante el Tribunal Fiscal en un verdadero grado de jurisdicción, pueda ser seriamente meditado, para realizar un sistema de justicia tributaria lo más eficiente posible.

57. Entonces, como hemos visto, la elección de la solución que debe darse al contencioso tributario, está condicionada, en cada ordenamiento, además que por los principios del Derecho Constitucional, por la Historia de dicho ordenamiento. Por esta razón no he mencionado el sistema del contencioso tributario que quizás podría ser el mejor, y que es el adoptado por Alemania Federal desde 1919, cuando fue creado un juez tributario, no entendido como juez especial, sino especializado, idóneo para garantizar la plena independencia del Poder Ejecutivo junto a una profunda preparación técnica. Del resto, en el curso de estas lecciones vimos que para la aplicación del Derecho Tributario precisa una amplia y específica preparación jurídica y técnica que en general no pertenece al juez ordinario, civil o administrativo. Desgraciadamente esta es una solución costosa, que no todos los países afrontan voluntariamente, aunque los impuestos constituyen la linfa vital del Estado, y una parte esencial de la actividad administrativa. Muy a menudo el legislador se olvida de que una justicia en la tributación constituye la mejor garantía para el desarrollo armónico, político, económico y social del país.



Con esta lección se concluye mi curso, en el cual me he limitado a tocar muchos puntos que creo esenciales para la teoría general del Derecho Tributario. Quedan muchos otros que merecerían un atento análisis. Por desgracia el tiempo me ha faltado y esta será una válida excusa para viajar nuevamente a Costa Rica y admirar la naturaleza de este bellissimo país, que presenta las maravillas de las montañas suizas o austríacas, junto a la lujuriente vegetación del trópico.

Para concluir mis palabras, debo agradecer de nuevo calurosamente a la Facultad de Derecho, a su Decano Prof. Ortiz, que me ha recibido con tanta simpatía y calor humano, al Prof. Antillón, que ha sabido hacerme superar, mediante su capacidad y tenacidad en el trabajo, las dificultades lingüísticas debidas a mi pobre conocimiento del español.

Un particular agradecimiento va dirigido a los estudiantes, que han tenido la voluntad y la paciencia de seguirme en el no siempre fácil desarrollo de la argumentación, así como a todos los que han querido manifestarme su aprobación siguiendo las lecciones y dirigiéndome numerosas preguntas, que con frecuencia me han permitido profundizar algunos aspectos de la materia tratada.

Vayan al Presidente del Colegio de Abogados mis particulares expresivas gracias, por haberme acogido tan señorialmente. Y a todos un cordial ¡hasta luego!

## "EL DERECHO Y EL DESARROLLO"

Lic. Rodolfo Cerdas



## 1. El desarrollo es una lucha, no una concesión.

La cuestión del desarrollo económico, y las luchas políticas y sociales a él vinculadas, en ámbito nacional e internacional, constituyen ciertamente la cuestión más candente y decisiva de la última mitad del presente siglo.

En el Informe de la Comisión del Desarrollo Internacional, precedida por Lester B. Pearson, se señala cómo "la distancia cada día mayor que media entre los países desarrollados y los países en desarrollo se ha convertido en un problema capital de nuestro tiempo". (1) Y asimismo, cómo a pesar de las esperanzas puestas en la llamada "ayuda internacional para el desarrollo" (que a la larga se ha mostrado como un instrumento de penetración económica y política, gestor de dependencia y atraso), se ha creado un clima en este campo de la ayuda exterior "preñado de desilusiones y desconfianza", todo lo cual ha conducido en definitiva a una crisis. (2)

En el despertar de la lucha internacional de los países del tercer mundo, por alcanzar el desarrollo económico y social independiente, superar el atraso y consolidar una nacionalidad vigorosa y dueña de sus destinos, América Latina ha jugado un papel de primera importancia, aunque con resultados magros a la luz de los hechos concretos del desarrollo de su economía, del mejoramiento social de sus pueblos y del rompimiento de los lazos de dependencia en todos los órdenes.

Efectivamente. Pese a que las potencias aliadas contra el Eje plantearon ya en la Primera Declaración Interaliada de 1941, y en la Carta del Atlántico de ese mismo año, que el fundamento de la paz se vinculaba a que se pudiera disfrutar de una seguridad económica y social; y ratificaron estos conceptos en la Declaración de las Naciones Unidas firmada por 26 países en 1942, en las conferencias de las cuatro Grandes Potencias en el año 1943 en Moscú

(1) El Desarrollo Empresa Común. Informe de la pág. 19 Comisión de Desarrollo Internacional, presidida por Ester B. Pearson. Edit. Tecnicos, Madrid, 1969.

(2) *Ibid.*, pág. 1.



y Teherán, y en 1944 en Dumbarton Oaks y Yalta<sup>(3)</sup>, lo cierto es que la comprensión de todo esto era sumamente limitada.

Cuando en la Carta de las Naciones Unidas se reconoció que los pueblos en ella participantes estaban decididos a promover el progreso y mejorar los niveles de vida dentro de una mayor libertad, a emplear las instituciones internacionales para la promoción del avance económico y social de todos los pueblos, y "lograr la cooperación internacional necesaria para resolver los problemas internacionales de orden económico, social, cultural o de carácter humanitario, y para promover y estimular el respeto a derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión"<sup>(4)</sup>, teóricamente se planteaban los problemas acuciantes de los países coloniales y dependientes.

Pero en la práctica, sin embargo, la concepción de estas tareas difería sustancialmente de la naturaleza real de los problemas planteados a las necesidades del Tercer Mundo.

Esto era así, porque tales labores de desarrollo y mejoramiento se concebían de manera transitoria; y, lo que es no menos importante, más que todo orientados a la reconstrucción y fomento económico de los países destruidos por la conflagración mundial. Pero ya la participación misma de los países semicoloniales y dependientes en el seno de las Naciones Unidas era mayoritaria, y necesariamente sus necesidades tendrían un significado cada vez mayor, especialmente después de que la lucha anticolonialista mundial, con la de los pueblos africanos y asiáticos en primer término, comenzó a dar su cosecha de países nuevos. De los 51 miembros participantes en la creación de la ONU en la Conferencia de San Francisco, sólo entre 10 ó 12 podían ser considerados como desarrollados e industrializados. Los restantes, seriamente afectados por el conflicto a nivel de su situación económica, aunque sus territorios no hubieren sido teatro de las batallas, constituían no sólo una mayoría imponente, sino que dentro de esa mayoría destacaba el conjunto de países latinoamericanos.

En consecuencia, es válido afirmar, como lo hacen Sunkel y Paz, de quienes tomamos estas referencias, que "son los problemas e inquietudes que comienzan a manifestarse en los países subdesarrollados —especialmente en los de América Latina— los que van perfilando la problemática del desarrollo económico y dando nuevo contenido a este concepto, que ahora expresa la preocupación que despierta en ciertos países su dependencia del comercio internacional, en virtud de la especialización en la exportación de materias primas; refleja también las aspiraciones de reafirmación de la independencia política y económica de los nuevos países que han dejado de ser colonias; alude al bajísimo nivel de vida que prevalece en la mayoría de los países y de la población mundial, y a los violentos desniveles

(3) Sunkel, O. y Paz, P. "El subdesarrollo latinoamericano y la Teoría del Desarrollo". Textos del ILPES pág. 17, Siglo XXI Editores. S.A. México, 1970.

(4) *Ibid*, pág. 18.

entre éstos y los de los países industrializados; traduce la convicción de las naciones rezagadas de que el camino para obtener mejores niveles de vida es la industrialización y, en general, la aplicación en la técnica moderna al esfuerzo productivo y al aprovechamiento de recursos ociosos; revela el convencimiento de que la aceleración del ritmo de progreso económico y social requiere cambios en la estructura productiva y un esfuerzo deliberado de la comunidad nacional e internacional para lograr esos fines"<sup>(5)</sup>. Todo lo cual conduce a la conclusión, no por simple y evidente generalmente admitida, que la atención sobre los problemas del desarrollo, la independencia nacional y el mejoramiento social y cultural de los países coloniales, semicoloniales y dependientes, ha sido, es y será, fruto de una larga y compleja lucha en ámbito nacional e internacional, y no concesión graciosa de quienes han constituido su poder y hegemonía mundiales con base precisamente en este estado de cosas, inherente a la existencia misma del sistema que los constituye.

## 2. Teorías y política. El encubrimiento ideológico del subdesarrollo.

Pronto fue posible observar el carácter ideológico y político de ciertos planteamientos vinculados a la explicación teórica del subdesarrollo, su carácter apologetico y al mismo tiempo denigrador de las posibilidades y condiciones de nuestros pueblos. Y nuevamente el colonialismo mental hizo sus estragos especialmente en las clases gobernantes, aunque incidiendo con no menos fuerza en los sectores dominados. Así el subdesarrollo y la explotación nacionales, encontraban en estos modernos teóricos y especialistas en desarrollo económico, los mentores y defensores, "objetivos" por supuesto, del statu quo, y en sus teorías la justificación supuestamente científica que tranquilizaba las conciencias de unos y adormecía y hacía aceptable la dura condición de marginados, subalimentados y explotados, en todo caso, de los más.

Es así como surgen teorías como las del profesor de la Universidad de Florida, Harry Stark, que en un estudio sobre la moderna economía latinoamericana, encuentra como uno de los factores fundamentales el carácter impulsivo y emocional de los latinoamericanos, de cara a la flema anglosajona; sus preferencias por el camino corto, su extremismo y su tendencia a culpar de sus desventuras a las circunstancias, por lo que padecen de una frustración crónica. Son indolentes y dados a largas discusiones que, para el anglosajón, entrañan una pérdida de tiempo.<sup>(6)</sup>

Esta explicación y otras tantas, como por ejemplo la del funcionario del BIRF Robert Garnes, que sitúa el problema en los há-

(5) *Op. cit.*, páginas 21-22.

(6) Harry Stark "Modern Latin America", 1957, págs. 62-71, cit. por Aguilar Alonso en Desarrollo y Desarrollismo, pág. 18 edit. Galerna, 1969, Buenos Aires.



bitos mentales y de conducta, se insertan en lo que se ha clasificado como el tipo de explicaciones basadas en factores no económicos. Porque existen múltiples teorías que se basan en otros elementos para explicar el subdesarrollo: deficiencias en los recursos productivos, círculos viciosos del subdesarrollo, el dualismo y el crecimiento por etapas, imperfecciones del mercado, etc. (7)

Pero la totalidad de estas explicaciones parte de supuestos que no corresponden a la realidad histórica de nuestros pueblos, cortan en su desarrollo y aceptan un punto de llegada que se considera el óptimo e ineludible. Tanto así, que en las concepciones del funcionario político norteamericano W. Rostow se plantea la llamada teoría de las etapas, según la cual la historia del mundo podría dividirse en dos momentos: el período pre-newtoniano y el posterior, con lo que la totalidad de la historia humana anterior al surgimiento del capitalismo, no es más que la prehistoria de su advenimiento. Luego, cada país deberá pasar por cinco etapas: la de las precondiciones del despegue (take-off), la del despegue propiamente dicho, la del impulso hacia la madurez, y la de un alto nivel de consumo masivo de bienes duraderos. Es interesante señalar que Rostow, en un claro afán ideológico de justificar la presencia exógena que marca la existencia del imperialismo, indica que "el caso más general en la historia moderna... es aquel en que el estadio de las precondiciones del despegue no surgió de factores endógenos. Estas invasiones... conmovieron la sociedad tradicional e iniciaron o aceleraron su descomposición; pero a la vez pusieron en juego acciones y sentimientos que iniciaron el proceso a través del cual surgió, de la vieja cultura, una alternativa moderna frente a la sociedad tradicional. (8)

Las tareas que surgen de esta manera de ver las cosas, consisten en alcanzar las etapas por las cuales ya pasaron los países desarrollados; porque tales etapas deberán necesariamente transitarse, y la forma de hacerlo debe seguir la ruta marcada por ellos, especialmente a través de la implementación política que hacen las agencias internacionales dominadas por los principales países capitalistas.

De un modo u otro, se trata de mantener el statu quo, preservar la condición dominante de las clases tradicionalmente detentadoras del poder económico y político, aun aquellas que se sustentan en las perimidas estructuras agrarias que deben ser modificadas por lo que, como moda inevitable ante la presión del movimiento campesino, todos claman por una "Reforma Agraria". El esfuerzo debe dirigirse, según se desprende de un interesante estudio presentado a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, por el Center For International Studies de Cambridge, Massachusetts, a conseguir incluso una reforma agraria con la anuencia y mantenimiento de las viejas clases terratenientes, a quienes se recomienda interesar en el

(7) Para una discusión detallada de las teorías referidas ver, Aguilar Alonso: "Re-futación a Teorías sobre subdesarrollo" en obr. cit. edit. cit. págs. 11-109.

(8) Op. cit. en "Las etapas del Desarrollo Económico", cit. por Aguilar Alonso, en obr. cit. edit. cit. pág. 33.

proceso de modernización, a través del empleo de toda la influencia de los Estados Unidos. (9) Aparte de esto, se dice en el documento, lo que se busca es impulsar que estos países acepten "los principios de una sociedad abierta" (y se manifiesten dispuestos a cooperar en las medidas internacionales de control económico, político y social" (10) Todo lo cual lleva a impulsar no sólo medidas económicas sino de información, orientadas a conformar la imagen de la modernización y la bondad del estilo de vida norteamericano; y la ayuda militar, entre otras, que tiene como objetivo central "contribuir a pro- teger a las sociedades contra la invasión o contra la subversión in- teger a las sociedades contra la invasión o contra la subversión in- terior promovida por una minoría armada con el apoyo de una po- tencia extranjera". (11)

En la práctica, para los países subdesarrollados esto se ha tra- ducido en mayor penetración política, militar y económica; y lo que no es menos importantes, en un apoyo final del statu quo, en la preservación de las viejas oligarquías terratenientes, y en la conser- vación, con un importante apoyo político, militar y económico, de los Estados Unidos, de las políticas que reprimen las presiones populares hacia una transformación social y hacia una reestructuración demo- crática de la sociedad y estado existentes. La modernización que ha habido en estos años, ha sido la de la represión y la tortura; la de la dependencia tecnológica y la del proceso conocido como internacio- nalización del mercado interno, base del nuevo carácter de la de- pendencia.

Los mecanismos internacionales continúan acogotando la ya estrangulada economía de estos países, y las estructuras tradicionales se manifiestan rígidas, ineficientes e incapaces de admitir transforma- ciones significativas. Una gran parte de la población continúa siendo lanzada a la marginación global; el desempleo y el subempleo siguen siendo un mal endémico, y el crecimiento, cuando se da alguno, queda limitado a las viejas clases dominantes.

La situación es tan crítica, que un funcionario internacional como el señor Galo Plaza de la Organización de Estados Americanos, tan poco sospechoso de radicalismo como la institución a la que sirve, ha tenido que denunciar en la VIII Reunión Anual del Consejo Inter- americano Económico y Social, efectuado del 30 de enero al 9 de febrero de 1973, ante los 23 países asistentes a la reunión "que el sistema de cooperación hemisférica se ha quebrantado por medidas lesivas para América Latina adoptadas por Estados Unidos, citando como argumentos los siguientes puntos neurálgicos que han afectado las relaciones entre ellos: inclusión de cláusulas restrictivas a los préstamos y la ayuda de los Estados Unidos a Latinoamérica; demora de Estados Unidos de efectuar nuevas aportaciones al Banco Interameri-

(9) Las Naciones que Surgen. Su desarrollo y la Política de los Estados Unidos. Edit. Por M. Millikar y D. L. M. Blackmer\* pág. 130 F. CE. México, 1961.

(10) K. Pp. cit. obr. cit., pág. 107.

(11) Ibid., pág. 114.



cano de Desarrollo; vacilaciones de Estados Unidos para renovar el convenio mundial del café; posición negativa en cuanto a la participación en el Convenio Mundial del Cacao; dilación del gobierno norteamericano en apoyar el sistema general de preferencias comerciales para los productos de exportación latinoamericanos, señalando a continuación cómo a pesar del relativo crecimiento registrado, "siguen en pie y en muchos casos se han agravado, los problemas relacionados con el desempleo, la distribución del ingreso y la pobreza de las clases marginadas del proceso de desarrollo".<sup>(12)</sup>

En esa misma reunión se suministraron datos bastante significativos de lo que ha venido ocurriendo en América Latina sobre la cuestión del desarrollo. Cifradas sus esperanzas en la Alianza para el Progreso, ya pasada a mejor vida, se señaló que en el decenio de 1961 a 1971, según el proyecto inicial de la Alianza, se debían transferir a la América Latina 20 mil millones de dólares. Sólo llegaron 16.000 millones. América Latina pagó en amortizaciones de préstamos 8.900 millones. Pero el monto de lo remitido a los Estados Unidos fue de 17 mil millones de dólares, si se toman en cuenta los intereses, las regalías y transferencias de utilidades. En conclusión: Estados Unidos se llevó más dinero del que aportó en esa década, y mantiene la propiedad de las inversiones efectuadas. Una demostración más de que América Latina, y el tercer mundo en general, son países exportadores de capital.<sup>(13)</sup>

### 3. Subdesarrollo: una condición inherente al sistema mundial del capitalismo.

Estos clamores por el mal trato a los países subdesarrollados sólo sirven para expresar las ilusiones vanas acerca de las posibilidades de nuestro desarrollo económico-social, basado en la ayuda y soporte de quienes obtienen de esta condición de subdesarrollo y dependencia, su privilegio y hegemonía internacional.

Con varias décadas de lucha por el desarrollo, hay que señalar que los países desarrollados, con sólo el 30% de la población mundial, reciben el 85% del ingreso mundial. Los países subdesarrollados, con el 70% del total de la población mundial, reciben únicamente el 15% del total del ingreso mundial. Entre 1960 y 1970, la brecha entre los países desarrollados y los subdesarrollados, se amplió en un 10%. Para ejemplificar lo anterior, es conveniente señalar que si comparamos el ingreso anual per cápita, bajo una misma tasa de crecimiento, de un 5%, digamos, el aumento anual de ingreso de un habitante de un país desarrollado será de \$ 120 anuales, mientras que

(12) Op. cit. en Revista de Comercio Exterior. Febrero 1973. Vol. XXIII, N° 2, pág. 135.

(13) Cfr. Ibid., pág. 138.

el del habitante de un país subdesarrollado será de sólo \$ 7.00 por año.<sup>(14)</sup>

Como señala este autor, "la tercera parte de la ayuda mencionada en las publicaciones oficiales como "donación", no representa realmente una ayuda gratuita. En realidad, "la donación" que descendió, de 1960 a 1970, de 52% a 32% representa las facilidades de financiamiento otorgadas a los países deudores. Por ejemplo, si un préstamo a 15 años es concedido con un interés anual del 3%, cuando la tasa en el mercado del país prestatario es, digamos, de 10%, y si ese préstamo contiene un período de gracia de 5 años, el elemento "donación" —de acuerdo con la interpretación de las organizaciones internacionales— representa el 43% de ese préstamo".<sup>(15)</sup>

Pero eso no es todo. Está también la cuestión de los préstamos atados, que obligan al país que recibe el préstamo a adquirir las mercancías en el país que lo otorga, sin control alguno sobre precios, calidad, condiciones de transporte, etc., todo lo cual reduce la cantidad real recibida por lo menos en un 20%, sin mencionar la vejación a la dignidad nacional que implican condiciones de esta naturaleza.

Se estima que si se tratara efectivamente de donaciones, ayuda, etc., la deuda externa total de los países subdesarrollados, deducidos los pagos por amortización, no excedería actualmente de 10 mil millones de dólares. Pero de acuerdo con los cálculos del Banco Mundial, la deuda externa de nuestros países en enero de 1970 ascendía a un gran total de \$ 60.000 millones. Todo lo cual hace preguntarse a nuestro mencionado autor si esto no prueba que "los países subdesarrollados tratan a los países en desarrollo con un espíritu de poca sinceridad, para no decir de hipocresía?".<sup>(16)</sup>

Desde luego, la óptica del problema no puede ser otra que la de entender los problemas del atraso y el subdesarrollo como parte de un solo y único proceso histórico.

Se ha dicho en repetidas ocasiones, por la sociología moderna latinoamericana, que desarrollo y subdesarrollo no son sino caras de una misma moneda. Se trata de factores recíprocamente condicionantes que determinaron el desarrollo y florecimiento de unos, y el estancamiento y el subdesarrollo de otros. El surgimiento del desarrollo marca todo un período histórico. Es el período de las Revoluciones Burguesas, de la consolidación del sistema capitalista a escala mundial, y de la formación, inherente a éste, de los grandes imperios coloniales.

La dominación española y portuguesa primero, se vio pronto sustituida, en el caso de América Latina, por la dominación económica inglesa. Posteriormente vino la dependencia de Norteamérica. Y en todos estos casos, los efectos de la misma tuvieron una doble ma-

(14) Angelos Angelopoulos "El mito de la ayuda al Tercer Mundo". Revista de Comercio Exterior, set. 1972, Vol. XXII, N° 9, pág. 862.

(15) Op. cit., loc. cit., pág. 863.

(16) Ibid., pág. 864.



nifestación, no sólo a nivel externo sino también, y principalmente, a nivel interno.

Conformadas nuestras economías como complemento productivo de las economías de los centros metropolitanos, las orientaciones políticas y culturales, siguieron la ruta de los vínculos económicos. La europerización primero, y la norteamericanización después, corrieron parejas con el surgimiento de economías monoproductoras, concentraciones de población, desarrollo de vías de comunicación acordes con las necesidades básicas de la exportación, etc. Todo esto condujo a que las relaciones de dependencia no fueran simplemente una forma externa de vinculación, sino que se constituyeran en un factor decisivo de articulación clasista interno.

De la actividad económica exportadora, y de la forma en que ésta se realiza, así se irá influyendo en la composición clasista de nuestros países. Las clases sociales nacionales, dominantes en cuanto se vinculan con la actividad económica principal, siempre exportadora, irán gestando nuevas actividades y papeles sociales, desarrollando así una diferenciación interna. Pero ésta, siempre y en todo caso, encontró como base para su gestación la actividad exportadora principal. Es por ello que una de las conclusiones principales de la teoría del subdesarrollo y las relaciones de dependencia, radicarán en enfatizar el momento dialéctico que existe entre los dos polos de la relación: el desarrollo-subdesarrollo. Y de otra, el efecto configurador interno, a nivel de la estructura clasista nacional, de tales relaciones dependientes.

Por eso es válido afirmar, como lo hace Theotonio Dos Santos que "la dependencia condiciona una cierta estructura interna que la redefine en función de las posibilidades estructurales de las distintas economías nacionales. En este sentido podemos decir que las economías nacionales si bien no condicionan las relaciones de dependencia en general, delimitan cuáles son sus posibilidades de expansión o, mejor, las redefinen al nivel de su funcionamiento concreto".<sup>(17)</sup>

Las formas de dependencia iniciales fueron básicamente la vinculación del país al mercado internacional a través del café, por ejemplo, la existencia de economías de enclave, de plantación como la United Fruit Company, o minero, como la ALCOA. Es en este cuadro, en que van a consolidarse y desarrollarse las nacionalidades latinoamericanas, como naciones dependientes y subdesarrolladas.

#### 4. Nueva dependencia y la frustración del camino reformista.

Pero el desarrollo ulterior de la economía capitalista, en los grandes centros metropolitanos, pondrá en un estadio nuevo las rela-

(17) Op. cit. en "La Dependencia Político-Económica de América Latina", pág. 183. varios autores, Edit. Siglo XXI S.A. México, 1970.

ciones y vínculos de nuestros países con la economía mundial. Ya no se tratará de la dominación tradicional, sino de la penetración en la estructura productiva misma de nuestros pueblos: el comercio, las finanzas, la industria, etc.<sup>(18)</sup> La formación de los conglomerados, que no sólo ejercen su monopolio a nivel horizontal y vertical, sino que diversifican sus inversiones donde resulten rentables, independientemente de los vínculos existentes o no con su actividad propia, agrega a la potencialidad económica de tales monopolios la ventaja de su diferenciación funcional: se invierte en banano y en pan, en plásticos y en aceites, en transportes y en financieras. Pero también en aceros y electrónica.

A esta diferenciación funcional, en el caso de nuestros países, se suma la ventaja de la diferenciación geográfica: por extensión, las ventajas productivas, comerciales, financieras de una empresa, se extienden a todos los otros países, succionando riqueza y ganancias, exportando capital y experiencias, por toda una área geográfica que hace desaparecer fronteras y soberanías.

Las decisiones últimas, acerca de la tecnología a emplear, la política de empleo, el comercio exterior, la repatriación de utilidades, el pago de regalías, el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, queda fuera del país donde se aplica. Se concentra en el centro metropolitano que reúne los vastos hilos de la madeja multinacional de los grandes conglomerados.

Con ello la posibilidad de desarrollo científico y tecnológico, de aplicación del comercio exterior y competencia en el exterior, de resolución de los graves problemas de empleo y formación de técnicas etc., en una palabra: los aspectos esenciales de la soberanía económica, salen de las fronteras para situarse en el asiento de la casa matriz. Con ello aspectos importantes de la soberanía escapan a nuestros pueblos que se convierten en sujetos pasivos de una política económica trazada fuera de nuestras fronteras, a la luz de otras consideraciones distintas y contradictorias con los intereses nacionales y ajenas a los propósitos nacionales de un desarrollo económico-social independiente y equilibrado.

La industrialización es un proceso acéfalo en cuanto carece de una clase o élite empresarial que la conduzca —una auténtica burguesía industrial— así como de un proletariado orgánico y políticamente capaz de acaudillar un movimiento de cambios estructurales... Lo único integrado, coherente y orgánico, es el proceso de industrialización articulado al poder extranjero, es decir, a esa gigantesca estructura de conglomerados, consorcios e intereses norteamericanos cuyos centros de decisión están por fuera y por encima de América Latina. En esto consiste el más grave riesgo que afronta la economía latinoamericana: en que "su" industrialización llegue a ser una simple

(18) Ferrer Aldo. "La Dependencia Político-Económica de América Latina", pág. 110. Edit. Siglo XXI, México, 1969.



sección territorial y periférica de la industrialización de Estados Unidos". (21)

Si esto resulta cierto para América Latina, el fenómeno resulta agudizado en el caso de nuestros países, donde se dio una integración económica cuya única articulación ha sido la creación de un espacio económico para la libre competencia, simultáneamente monopólica, de los grandes consorcios norteamericanos.

Consecuentemente, la tarea que surge a los ojos de los juristas no es meramente normativa. Se sitúa en un contexto sociológico que dice de una situación internacional compleja y que se inserta no simplemente como un factor externo a nuestras unidades nacionales, sino como un elemento configurador interno. Al mismo tiempo, la estructuración al interior de nuestros países supone una conexión externa, de donde surge una problemática original y compleja: la adecuación interna de las estructuras heredadas de la dependencia, pasa por el rompimiento de la dependencia, pasa por la superación de las estructuras heredadas y gestadas en virtud de aquélla. Se trata, en resumen no de una simple adecuación, de una modernización paulatina que permita mejorar el estado de cosas hasta llegar a crear un orden nuevo. Lo que tienen presente los pueblos latinoamericanos, y nuestro país en general, es concretamente, el rompimiento de ambos términos de la ecuación inter-nacional de dominación y dependencia, de atraso y subdesarrollo. Es decir, lo que está planteado es el problema de la revolución latinoamericana.

##### 5. Costa Rica en Centroamérica. Un caso particular de dependencia.

Reiteradamente se ha señalado que Costa Rica no sólo presenta en su desarrollo histórico-político una evolución diferente al resto de Centroamérica, sino contradictoria con ésta.

Configurada la nacionalidad costarricense con base en un conglomerado de pequeños propietarios-productores (primero con el tabaco y la caña de azúcar; después con el café) las instituciones nacionales fueron impregnándose no sólo de influencias democrático-liberales introducidas al país a través de elementos intelectuales que se nutrieron de ellas en el exterior, sino de una participación popular que reflejaba la estructura base de pequeña propiedad que iba a sustentarlas.

El proceso de formación de nuestra institucionalidad tuvo desde sus comienzos una clara orientación jurídica. La inestabilidad presente a lo largo del siglo 19 no expresaba tanto la inseguridad en el tipo de normas fundamentales que debían regir al país, como la relativa indefinición (por su condición temprana) de las relaciones so-

(21) Antonio García "América Latina: Una industrialización sin Revolución Industrial". Rev. Com. Exterior, abril 1968, pág. 321, Tomo XVIII, N° 4.

ciales generadas con el cultivo del café y las correspondientes estructuras de poder social a ellas inherentes.

La búsqueda constitucional, entonces, no es un intento meramente doctrinario de normas públicas más o menos perfectas, sino de moldes necesariamente transitorios dentro de los cuales se buscaba enmarcar las nuevas relaciones sociales. Estas nuevas relaciones sociales van a conocer diversos momentos, desde los pasos iniciales movidos bajo el gobierno de Braulio Carrillo, hasta la dictadura del General Guardia, pasando por el gobierno y fusilamiento de Mora y el reinado oligárquico de Montealegre y sus brazos militares, Blanco y Salazar, en la década del 60.

Será el General Guardia quien en la Constitución de 1871 (que con modificaciones importantes nos rige hasta la fecha) establecerá la estructura constitucional que reflejará las relaciones sociales y de poder que una producción cafetalera floreciente ya había consolidado en el país. Pero esta Constitución, de la que don Cleto González dirá que "ha tenido más vidas que un gato", no hizo sino plasmar el predominio sociopolítico de un bloque social constituido por los grandes cafetaleros exportadores, y los grandes comerciantes importadores. Manteniendo un inteligente equilibrio, e impulsando una participación restrictiva primero, pero en un proceso de ampliación después, se reconoció la validez de la participación de otros sectores que incluyeron a la pequeña burguesía urbana, a los sectores obreros, y finalmente al elemento campesino.

Esta incorporación, sin embargo, no modificó, como no podía hacerlo, la estructura de poder existente. El bloque agroexportador y comercial-importador, a través de disputas electorales que reflejaron contradicciones a nivel interno de las clases dominantes, continuó con el poder monopolizado. Es de notar, sin embargo, que la forma en que estas clases dominantes ejercieron su dominio, ha tenido una gran importancia en el desarrollo histórico nacional. No quiere decir lo anterior que la dominación de las clases referidas haya dejado de ejercerse en ningún momento. Pero sí quiere decir que se han producido diferencias sustanciales con las características tiránicas y militares que han prevalecido en el resto de Centroamérica. La dominación en Costa Rica se ha dirigido a la conciencia de los individuos. Se ha utilizado para ello desde la educación hasta la prensa, desde el derecho hasta la religión.

Esto no es indiferente. Tiene, por el contrario, una gran importancia. Precisamente por la forma en que se ha ejercido la dominación en Costa Rica, es que ha sido posible ir incorporando modificaciones de gran significación en la estructura institucional del país.

Hasta hoy, esas modificaciones se plantearon dentro del marco del poder fundamental existente. Las modificaciones habidas lejos de alterar ese marco, lo fortalecieron, en la medida en que lo hicieron más funcional y apto para recibir y responder a las presiones provenientes de los sectores laborales.



Con el proceso de integración económica centroamericana, la herencia institucional y demoliberal del país se enfrenta a una crisis profunda.

La dicotomía Costa Rica-Centroamérica ha sido falseada en su base misma, con los procesos integracionistas del istmo. La modernización, promovida desde el exterior, en el momento más agudo de la expansión internacional de la economía, promovida desde el exterior, en el momento más agudo de la expansión internacional de la economía norteamericana, lejos de resolver los problemas del desarrollo económico, del mejoramiento social y del fortalecimiento de la participación democrática, atenta contra ella, en la medida en que impulsan la dependencia estructural, entra en contradicción con la soberanía de cada uno de los países, y consolida en definitiva, las estructuras del atraso y del subdesarrollo. Ciertamente, se han producido importantes modificaciones en la vida económica y social de Costa Rica. El desarrollo industrial ha adquirido un significado en el producto social global, desconocido antes en la historia del país. Su participación en el comercio exterior también es significativa, y muestra una tendencia creciente a alcanzar la participación correspondiente del sector agropecuario.

Sin embargo, lejos de resolver los problemas que supuestamente el impulso industrial integracionista iba a solucionar, más bien los ha complicado, elevando las contradicciones internas y externas a un nuevo nivel.

La creación del Mercomún no podía resolver el carácter atrasado de la estructura agraria nacional. La industrialización sucursalizada, basada en tecnología ajena a las necesidades mismas del desarrollo nacional, y con un predominio indiscutido del capital extranjero, no pudo resolver el problema del empleo, ni el surgimiento de un sector empresarial, auténticamente criollo, capaz de dirigir el proceso de desarrollo económico.

Más bien, las formas de dependencia aumentaron en cantidad y profundidad, haciendo más aguda la cuestión de la viabilidad real de Costa Rica como nación y pueblo independientes y soberanos.

## 6. Mercomún y crisis de poder.

Insertos, pues, en los procesos integracionistas del área, se produjeron importantes modificaciones que necesariamente repercuten en la estructura social y política del país.

Socialmente, además del surgimiento de una clase obrera joven, sin tradiciones de lucha y presionada por las peores formas de distorsión de su conciencia de clase, ha surgido un sector de burguesía nuevo, que hemos llamado burguesía gerencial integracionista, a sueldo directo del capital extranjero, o socia menor de dicho capital. Sus vinculaciones y orientaciones se refieren al área centroamericana y su gestión empresarial coincide con los intereses internacionales que garantizan nuevas formas de dependencia.

El fenómeno llamado de internacionalización del mercado interno, o sea la penetración y absorción del mercado interno por la gran industria monopolista extranjera, el establecimiento de industrias complementarias de la metropolitana, etc., que ha funcionado plenamente en nuestro caso. Lejos de resolver el problema del desarrollo industrial nuestro, independiente, y de nuestra configuración nacional plena y soberana, nos hemos visto arrojados a una nueva forma de dependencia, más profunda y grave, en la medida en que domina prácticamente la totalidad de nuestra vida económica.

Los sectores vinculados a esta nueva forma de dependencia, representan por una parte al capital extranjero en el seno de nuestra nacionalidad, promueven sus intereses y ven como su objetivo la adecuación de los fines e instituciones nacionales a la consecución de aquéllos. De otra, al incrementar su participación en la vida económica nacional, y ganar una posición en la esfera social, buscan y buscarán cada vez más, de manera consciente y organizada, una adecuación política en el poder, que garantice su participación y sus intereses. Y en tercer término, al asumir la representación objetiva de una nueva forma de dependencia, tienden a consagrar una nueva división internacional del trabajo, que coloca en nuestras economías la industria liviana, complementaria de la metropolitana, reservando para ésta los núcleos de la industria fundamental. Con ello la dependencia, las oscilaciones en la demanda, las variaciones de precios y la inestabilidad en el ingreso, las crisis monetarias y fiscales, etc., adquirirán una nueva dimensión y una nueva forma. Pero las causas determinantes del atraso y el subdesarrollo, y en particular la dependencia, permanecerán incólumes, sólo que situadas en un nuevo estado de desarrollo mayor.

Con esto, la vieja institucionalidad nacional está en crisis. El viejo derecho, nacido a la luz de una estructura social y económica que conoció como centro el café y la existencia de la economía de enclave de plantación, también ha entrado en crisis.

La transacción clasista que permitió un desarrollo paulatino y relativamente tranquilo de nuestra nacionalidad, consagró en el país, en ámbito institucional, los logros de la revolución democrático-burguesa, los cuales se proyectaron de manera operante y real, facilitando una incorporación creciente de otros sectores, aunque con las mutilaciones dobles que imponían su naturaleza y condición: las que provenían de su condición clasista y las que provenían de la deformación de su estructura económico-social, dependiente y subdesarrollada.

Ahora la situación se plantea en términos diferentes. No ha habido una adecuación de la base económico-social con los logros de la superestructura jurídico-política. El tipo de desarrollo industrial no sólo no logra (como por lo demás, no podía hacerlo en esta época y en las condiciones internacionales existentes) resolver la contradicción entre una superestructura avanzada y una infraestructura subdesarrollada y deforme, sino que la profundiza y la pone en un nuevo nivel.



Las conquistas democrático-liberales del país, las tradiciones legalistas, etc., se transforman, en las nuevas condiciones, en un foco de inquietud social y política que no empata con las condiciones prevalecientes en el resto del área.

El precio democrático de ciertas instituciones, aparece como alto e injustificado a la luz de las necesidades "técnicas y apolíticas" que se le señalan al Estado como condición para un desarrollo económico armónico y equilibrado, tranquilo y favorable, de las nuevas industrias y empresas, que no son otras que las sucursales y ensambladoras del capital extranjero en nuestra economía.

Esto ha llevado, en un peligroso plano inclinado, a ir poco a poco, cercenando, modificando, sometiendo a una labor corrosiva importantes logros democráticos en nuestro país. La tendencia al fortalecimiento del aparato represivo, a la restricción democrática, etc., se ve condicionado por las presiones internacionales que reiteradamente aparecen en el ámbito centroamericano.

Es claro que no estamos en presencia de un proceso unilineal. Ni tampoco de un fenómeno que no presenta retrocesos y modificaciones. Al fin, se trata de problemas sociales, y muchos aspectos de la institucionalidad que se cuestiona han impregnado profundamente la mentalidad de nuestro pueblo. Pero no por ello la tendencia es menos real y poderosa. El ataque a la institución legislativa, su valoración en términos monetarios; la violación flagrante al derecho de asilo y a las normas constitucionales; la utilización de formas represivas abiertas; el fortalecimiento del aparato represivo del Estado; la modificación y endurecimiento de la legislación penal, etc., forman parte de un solo proceso que tiende a reflejar necesidades reales en la vida del país. Sólo que tales necesidades tienen un destinatario y se insertan en un contexto social concreto, y no en meras cuestiones doctrinarias y técnicas, como algunos parecen creer, cayendo en el viejo error de juristas, de considerar que las normas tienen vida propia, y no guardan sino una lejana correlación con la vida real, siendo así que es ésta la que en definitiva las origina y les da vigencia.

## 7. Transformación revolucionaria del concepto de propiedad. Hacia una reforma agraria.

La abundante producción legislativa nacional muestra claras tendencias contradictorias. De un lado, la tendencia a modernizar nuestra legislación para dinamizarla, adecuarla a condiciones favorables a un desarrollo social y humano independiente que facilite en definitiva una reestructuración democrática moderna y autóctona de la vida nacional. De otro, tendencias que favorecen la penetración y el fortalecimiento de los intereses extranjeros en la economía y sociedad costarricenses. Generalmente, aunque no siempre, esta tendencia encuentra su expresión en la búsqueda de comunes denominadores organizativos y legislativos que nos homogenicen con el resto de

Centroamérica, faciliten la libre movilidad de personal, capital y tecnología, amén de normas comunes, adecuadas a tradiciones jurídicas que no son precisamente las nuestras, pero que hacen sentirse al inversionista extranjero y a sus asesores legales como en casa propia.

Es claro que el país requiere una modernización de sus instituciones jurídicas. Es necesario revisar y someter a crítica las normas existentes, e impulsar legislaciones nuevas, como nuevas son las actividades que están surgiendo en el país.

Pero este proceso legislativo no puede jamás llevarse a efecto, dentro de una auténtica vigilancia de los intereses nacionales, sin situarlo en el contexto de la lucha mundial contra el subdesarrollo y la dependencia, vieja o nueva, y contra toda forma que sustraiga del ámbito de nuestra soberanía, aspectos decisivos para poder seguir hablando de la nacionalidad costarricense como algo real, operante en la actualidad y en un futuro inmediato y viable, como nación y cultura propia e independiente.

No es posible, entonces, ante las tareas del desarrollo, que encuentren tres vertientes claras y definidas de manifestación, continuar en un conservadurismo que paraliza, o entrar en un modernismo que acelera la pérdida de nacionalidad y perspectiva independiente.

Esas tres vertientes que se plantean para nuestro desarrollo, se encuentran claramente situadas a nivel de la economía, a nivel de la vida democrática del país y a nivel de su cultura.

Es necesario transformar profundamente la economía del país, tanto a nivel del desarrollo industrial, en cuanto a metas, materias primas, tecnología y propiedad; como también a nivel de la tenencia de la tierra, donde los viejos conceptos de propiedad privada, que si bien no son ya el clásico "ius utendi et abutendi" de nuestros maestros romanos, acusan leves modificaciones que es preciso profundizar más, mucho más para dar cabida a una presión social que ha convertido en irreal el derecho de propiedad en el agro.

En efecto: el lento crecimiento de la producción agropecuaria en relación al crecimiento de la población, se pone en evidencia al constatar que ésta crece a tasa del 30% en el período intercensal de 1960 a 1970, en tanto que el sector agropecuario lo hace a tasas promedio de 6.1% en el período 1963-1968. Por otra parte, existe una mala utilización de los recursos, en virtud de la política de mantener los bajos salarios y el margen de ganancia alto con poca inversión, lo que conduce a utilizar menos cantidad de mano de obra por manzana, con tasas de desocupación del 13% de la población rural económicamente activa, y utilizando menos del 25% de la superficie de las fincas. Esto, además, se proyectará en el bajo nivel de productividad del sector, por superficie y capital invertido.

Por lo que hace al ingreso, existe una notoria distribución desigual, por la excesiva concentración de la propiedad de la tierra y por la subdivisión de las pequeñas propiedades en minifundios, que agudiza la explotación del campesino en los sistemas de peonaje, aparcería, arrendamientos y esquilmes.



Necesariamente, este bajo nivel de ingreso conduce a una baja capacidad adquisitiva, en términos reales, de la población rural; limita su nivel de vida y restringe el mercado interno que requiere la economía del país para su desarrollo.

Todo esto demuestra la existencia de una injusta y arcaica estructura agraria, la falta de una política clara que integre los diversos sectores de la actividad económica en un proyecto organizado con metas claras y definidas de bien social. Y esto no puede mejorarse, mientras no se modifiquen los hechos reales, consistentes en que el 43% del territorio agrícola del país se encuentra en poder de sólo el 2% de los poseedores (poseedores de fincas con más de 500 hectáreas), en tanto que el 42% de los poseedores solamente cuenta con el 3% de la superficie agrícola y se encuentran, en términos generales, marginados de la técnica, del crédito y los sistemas de comercialización.

En las condiciones sociales actuales del país, es preciso acabar con un acaparamiento especulativo y latifundista de tierras que paraliza la producción, genera desocupación, legitima la violencia y, lo que no es menos importante, cercana nada menos que la cuarta parte del territorio cultivable del país para ponerlo en manos de una compañía extranjera, que lo destina en buena parte, a abandonos y arriendos. No es preciso acudir a los clásicos del socialismo para demostrar lo irracional de este orden de cosas. John Locke sería, con su liberalismo, quien daría importantes elementos doctrinarios para combatir esta situación, y legitimar también como lo hiciera en su época, la utilización de la insurrección contra este régimen injusto de tenencia de la tierra. Aunque es cada vez más claro que no es con la vieja reforma agraria como se resolverá el problema, porque éste no sólo se refiere a repartos de la tierra sino también, y de manera importante, a la participación organizada y efectiva del campesinado en el poder político, a través de la remoción de las condiciones económicas que facilitaron su exclusión del mismo y el monopolio de éste por parte de grupos minoritarios.

En todo caso, surgen importantes aspectos no considerados antes en la vida nacional, porque las necesidades económico-sociales y culturales, no los habían traído a la orden del día.

Es necesario, y ya se han dado importantes pasos en este sentido, impulsar modificaciones legislativas a nivel del derecho privado y el derecho público.

Todas estas modificaciones, sin embargo, reflejarán los diversos intereses que entran en juego. Y es preciso aquí establecer una honda preocupación por los destinos patrios, que no pueden simplemente identificarse con mero crecimiento de índices económicos, sino que requieren una visión global que hable de la viabilidad misma de nuestra nacionalidad como tal.

## 8. Transformar el derecho. Transformar a los juristas.

En consecuencia, hay que decidirse a exigir del derecho y los juristas una posición primero que nada nacional, auténticamente nacional, al servicio exclusivo de los intereses nacionales. La vieja concepción de que el abogado sirve a su cliente, en el caso de los países subdesarrollados debe, al menos éticamente, ser entendida a través de una mediación fundamental: al cliente, pero a la luz de los intereses patrios de soberanía, independencia y mejoramiento socio-económica. El carácter privado, meramente privado, no puede servir de escudo a las maniobras extranjeras que, en aras de objetivos patrimoniales probablemente legítimos desde su perspectiva propia, comprometen seriamente no sólo los intereses materiales y sociales de nuestros países, sino su soberanía e independencia.

Cuando menos, el objetivo central de la legislación nacional debe tender, en lo fundamental, a transformar la dependencia estructural de una interdependencia económica y una liberación efectiva de nuestra economía de los principales centros hegemónicos internacionales. El desarrollo económico y social de Costa Rica, implica reestructurar la vida económica del país para conformar una economía auténticamente nacional, armónicamente articulada, tanto en cuanto sistema económico como en lo referente a desarrollo regional. Urge redefinir, en un sentido de verdadero interés, independencia y soberanía, nuestras relaciones con las empresas multinacionales que se han afincado en nuestra vida económica. Sólo así podremos impulsar un desarrollo acelerado y autosostenido, basado en lo fundamental en las potencialidades internas del país, mediante la formación planificada de una estructura productiva articulada e integrada, tanto sectorial como regionalmente, base para el crecimiento del producto interno y una mayor eficiencia en la utilización de los recursos humanos y naturales.

Pero para ello no sólo hay que transformar la legislación. Es preciso modificar también la actitud de los juristas, en cuanto abogados, jueces, funcionarios públicos, etc. Pero sobre todo, es preciso determinar con criterio científico los problemas socio-jurídicos del país, para recabar la información fundamental necesaria para decidir la legislación que es posible, conveniente y necesario promulgar en aras de la consecución de aquellas metas.

## 9. Una legislación urgente: regulación de inversión extranjera y transferencia de tecnología.

Aparte de la regulación a la inversión extranjera, que nuestro país debe afrontar con seriedad y rapidez, como ya lo han hecho diversos países como Colombia, Perú y México, para citar algunos, es necesario poner particular énfasis en la atención a los problemas de la transmisión tecnológica, relación relativamente oculta que aca-



rea las peores formas de dependencia, tanto por lo explotadoras como por lo obstaculizadoras de un desarrollo ulterior independiente.

Es necesario legislar para:

a) Establecer la inscripción obligatoria de todos los convenios de transferencia tecnológica extranjera a empresas nacionales establecidas en Costa Rica, sean extranjeras o no.

b) Establecer prohibiciones claras y definitivas aplicables a empresas nacionales y extranjeras, de admitir transferencias tecnológicas que impliquen cláusulas contractuales, abiertas u ocultas, restrictivas de las exportaciones, del uso y adopción de tecnología, de adquisición obligatoria de materias primas, etc., de la empresa proveedora de tecnología, así como condiciones de pago, etc.

c) Prohibir el pago de regalías por el uso de marcas comerciales de países extranjeros, que no sólo sustraen divisas al desarrollo, sino que vinculan a nuestros pueblos al prejuicio consumista de los países desarrollados.

d) Prohibir la intervención del proveedor de tecnología en la administración de la empresa compradora.

e) Prohibir la cesión de los desarrollos tecnológicos de ésta a su proveedor.

f) Prohibir la limitación a la investigación tecnológica de las empresas adquirentes de tecnología.

g) Prohibir la obligación de adquirir determinados insumos y materias primas de las empresas proveedoras.

h) Prohibir la restricción al uso de tecnología complementaria de la empresa adquirente.

i) Prohibir la obligación de venta exclusiva al proveedor de tecnología de los bienes producidos por la empresa compradora.

j) Prohibir la obligación de utilizar personal de manera permanente suministrado por el proveedor.

k) Prohibir la limitación de los volúmenes de producción o el establecimiento de los precios de venta en el mercado nacional o extranjero.

l) Prohibir en particular, acuerdos que obliguen a la empresa adquirente de tecnología, a someterse a tribunales extranjeros.

## 10. Algunas conclusiones.

Vivimos, obviamente, en una época de transformación. No es posible resolver los serios problemas económicos, sociales y políticos, nacionales e internacionales, a través de simples normas jurídicas o consejos legales.

Se trata de fuerzas sociales convulsas que no buscan simplemente un nuevo punto de equilibrio, sino de los albores del nacimiento de un orden social nacional e internacional nuevo. En consecuencia, en última instancia, el problema es de poder, y se resolverá por la lucha política. Sin embargo, en un país como el nuestro, con una tradición jurídica de un valor significativo, donde la legalidad ha jugado un papel importante y puede jugarlo en el futuro, está por verse la posibilidad real de sustraer a nuestro pueblo a las inclemencias de la arbitrariedad, la represión y la violencia injustificada. Pero eso dependerá, en última instancia de factores dobles. De una parte, de la capacidad de autotransformación de las instituciones existentes, pero dar cabida a una nueva constitución real que garantice la participación efectiva en el poder y en la vida económico-social del país de sectores hasta ahora relativamente marginados de ella, y permita la supervivencia de nuestra nacionalidad, soberanía e independencia como tales; y de otro la acción organizada y coordinada de todos los grupos interesados en superar la dependencia y el subdesarrollo en objetivos claros y definitivos de alcance nacional.

No quiere decir esto que las contradicciones internas entre los grupos que encuentren sus coincidencias desaparecerán. Quiere decir que cederán en definitiva ante el supremo interés patrio de poner a Costa Rica en una etapa nueva de desarrollo y progreso. El patriotismo no será simplemente patrimonio de unos cuantos, sino expresión profunda de una nacionalidad que se ve acosada por intereses poderosos que pretenden repartirse, en una hegemonía bipolar que no alcanzaron y no podrán alcanzar, ya las diversas partes que integran el mundo.

Las normas y el régimen de derecho, en tales circunstancias nacionales e internacionales, se ven puestos en una tensión máxima, que en otras latitudes ha conducido a un rompimiento prematuro, dando cabida a formas neofacistas de gobierno. Y debemos recordar que la historia nos está demostrando, muy a nuestro pesar, que el facismo tiene gran vitalidad y renace una y otra vez, y que a pesar de los pesares, cobra vida en la derecha pero también amenaza desde la izquierda.

A un país pequeño como el nuestro, parecen acecharle múltiples peligros en ambas laderas de su camino. Cuando se pretende una reestructuración del mercado común centroamericano, para crear una comunidad que sustraerá —según se declara— importantes atribuciones legislativas nacionales para ponerlas en manos de entidades que aunque no lo quieran reconocer, serán supranacionales; cuando los delirantes militares de opereta del resto de Centroamérica impulsan organismos militares supranacionales para justificar una eventual intervención de la vida de Costa Rica; cuando se militariza a la luz de planes continentales a nuestra guardia civil y en medio de actitudes demagógicas se va consolidando un cuerpo inamovible, militarizado, tanto en aquélla como en la guardia rural; cuando se abusa de las facultades que otorga la ley para ir restringiendo las libertades de ciertos grupos o individuos primero, con peligro de



hacerlo a otros después; cuando se viola el derecho de asilo o se apresa a campesinos, se les amarra y se les queman sus ranchos y bienes; cuando todo eso sucede, el espectro del facismo hace su aparición desde la derecha.

Cuando se proclama que la soberanía ha caducado, y que debemos dar campo a una novísima teoría expansionista de que existe algo que se llama soberanía limitada; cuando se aplica la abierta intervención en los asuntos internos de otros países, para cambiar no sólo políticas, sino gobiernos y partidos; cuando se proclama la teoría de la dictadura internacional del proletariado, que se traduce ni más ni menos que en la teoría del sojuzgamiento de los pueblos pequeños y débiles por alguna de las grandes superpotencias; o cuando, finalmente, se proclama una nueva división internacional del trabajo, que nos consagraría a producir azúcar, café y bananos, o cuando más algunos bienes industriales complementarios y esto es aceptado y defendido por fuerzas que representan a escala nacional los fines y objetivos de la política exterior de otras potencias, nos está surgiendo también el peligro desde la izquierda.

La ruta costarricense debe saber soslayar esos peligros. Ni crear un monstruo burocrático, ni permanecer en el limbo de una democracia liberal burguesa que ya jugó su papel histórico y agoniza; ni caer en la puertorriqueñización nacional que garantizaría, en lo político, el establecimiento de un neofacismo encubierto o no con legalidad y constitución.

Nuestra pequeñez, a despecho del escepticismo de algunos, el temor de otros y la desidia de la mayoría, imbuidos sólo de sus intereses personales, puede ser el instrumento que nos permita sustraernos precisamente a esas polarizaciones que estamos viviendo.

Nuestra herencia jurídica, nuestras tradiciones civilistas y democráticos pueden facilitar, aunque no resolver en definitiva, estos problemas. Porque se trata en última instancia, de una cuestión política. Se trata del poder para marcar el rumbo a la nave nacional y enrumbarla no hacia el puerto del neofacismo sino a la superación lógica y natural de nuestro desarrollo histórico; hacia la creación de una Nueva Democracia.

Es posible y necesario, entonces, formular algunas proposiciones concretas de urgencia inmediata para el país. Destaca en primer término la necesidad de constituir una comisión que estudie, analice y elabore un proyecto de regulación de la inversión extranjera en Costa Rica, para adecuar ésta a las necesidades de un desarrollo independiente, autosostenido y afirmativo de nuestra nacionalidad y soberanía económica. En segundo lugar, es preciso formular una legislación que en el mismo sentido de autoafirmación soberana y celo nacional, regule lo referente a la transmisión tecnológica, patentes de invención y utilización de la información científica técnica por nuestro país.

En tercer lugar, es necesario modificar la Constitución Política para dar cabida a un capítulo agrario, que permita la transformación de la estructura agraria del país, no a la luz de los intereses

políticos de agencias internacionales, cuya existencia y función están al servicio del capital y potencias extranjeras, sino atendiendo a los supremos intereses de una Costa Rica que quiere preservarse en su fisonomía e interés nacional.

En cuarto lugar, es necesario garantizar la verdadera participación democrática organizada de los sectores obreros y campesinos y populares en general, tanto en lo que atañe a sus problemas propios y específicos como por lo que hace a los problemas nacionales. Para ello es necesario adecuar, legislativamente, el derecho (ahora formal y limitado a las arbitrariedades del privilegio económico y de una irrestricta propiedad privada) no sólo de sustentar las opiniones sino de expresarlas, rescatando así el momento social del ejercicio privado de la libertad de prensa.

En quinto lugar, impulsar de manera sistemática e institucionalizada la investigación jurídica, especialmente con lo que se refiere a las actividades que realiza, a través de su departamento y personal especializado, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, otorgando una ayuda económica y material sustantiva y facilitando la labor interdisciplinaria con otras ciencias sociales.

Este último punto es básico. El mejoramiento de la legislación, la labor dogmática y doctrinaria, lejos de ceder el paso a otras actividades, debe concebirse complementaria con ellas, y debe entenderse vinculada a los superiores intereses de una investigación que combine el conocimiento de la norma y el sistema, en cuanto tales, con su correlato sociológico que será, en última instancia, el que determine la orientación definitiva de la normatividad que existe ya, o que debe crearse.

Estas son sólo algunas de las labores urgentes que están planteadas. Pero nada de esto tendrá pleno sentido, si no se da el esfuerzo consciente y continuado de transformar tanto las estructuras sociales, políticas y jurídicas como las propias estructuras mentales.

Y si eso es cierto en términos generales, lo es más en cuanto toca a los juristas. Ser conscientes de esto y transformarnos en un importante factor de cambio a la luz de los problemas e intereses concretos que se dan en nuestra sociedad aquí y ahora, es una de las más complejas y difíciles tareas que surgen en nuestra sociedad.

De ello dependerá que el derecho y la profesión de abogado tengan un puesto significativo en el impulso histórico que mueve a nuestros pueblos, o se convierta en un obstáculo más, como ha mostrado serlo en otras latitudes, que les será preciso superar a unas fuerzas sociales desencadenadas que nada ni nadie podrán detener, porque expresan la energía misma de un mundo nuevo que surge, fruto de una necesidad histórica incontrastable.



## "EL SANEAMIENTO ECONOMICO DE LAS EMPRESAS Y PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN FRANCIA"

*Dr. Francisco L. Vargas S.*  
Profesor de la Facultad  
de Derecho. U. C. R.



## INTRODUCCION

La legislación francesa actual sobre el proceso de quiebra y otros procedimientos relacionados con ésta data del año 1967.

La quiebra en Francia, al igual que en los restantes países cuyo sistema jurídico deriva de los principios del Derecho Romano, encuentra en éste sus orígenes, aunque hoy en día el término *Faillite* denomina una realidad o institución distinta, como veremos.

Sabemos que en el antiguo Derecho Romano los acreedores encontraban en protección a sus intereses el procedimiento de la *manus iniectio*, ejecución no sólo sobre los bienes de la persona sino también, y fundamentalmente, sobre esta última: el acreedor reducía al deudor a la condición de esclavo. Sin embargo, con el correr del tiempo se estimó que bastaba para lograr tal protección hacer uso del procedimiento de la *missio in possessionem*; a la vez que el procedimiento llega a ser colectivo: el acreedor que solicita la posesión lo hace por cuenta de todos los acreedores restantes. Todos los bienes que formaban el patrimonio del deudor eran vendidos para responder a las deudas y liberar a los acreedores (*venditio bonorum*): los bienes eran vendidos en conjunto. Pero dados los inconvenientes que presentaba la venta de todos los bienes en esta forma se pensó luego en la venta al detalle (*distractio bonorum*).<sup>(1)</sup> Para entonces aparece el *magister bonorum* o *curator bonorum*, que representará la masa de acreedores.

El período anterior a la declaración de la quiebra en que cabe sospechar que se han realizado actos en fraude o perjuicio de los acreedores, así como la institución del concordato aparecen como etapas de perfeccionamiento en la evolución de la institución, en las inmediaciones del siglo X, en las repúblicas del Norte de Italia.<sup>(2)</sup> Pero

(1) "L'histoire de la faillite n'est qu'une branche de l'histoire générale des voies d'exécution. On peut donc trouver ses origines dans la procedure romaine de la *venditio bonorum* et de la *distractio bonorum*" J. DERRUPE. "Droit Commercial" Libraire Montaigne. BORDEAUX. 1972, pág. 88.

(2) "On trouve les regles de la faillite dans les status des villes italiennes, notamment dans le statut de Gênes de 1498, réformé en 1588, et dans ceux de Florence, de Milan et de Venise. On connaît déjà à cette époque le concordat majoritaire et les nullités de la période suspecte qui sont les traits caractéristiques



al mismo tiempo se nota cómo el carácter represivo de la quiebra se acentúa: todo quebrado es tratado como un criminal, su banco de mercante es roto (banco rotto) de donde se deriva la palabra bancarrota que en la actualidad designa una infracción penal cometida por un quebrado.

El carácter exclusivamente comercial de la quiebra no se presenta en esta época aún en Francia. Al igual que en Roma ella era aplicada también a quienes no ejercían el comercio. No es sino hasta con la aparición del Código de Comercio de 1807 que se considera que llega a adquirir el carácter mercantil puro, no obstante que ya la ordenanza de Luis XIV de marzo de 1673 para algunos acusa esa naturaleza. Hecho relevante para estos últimos es que en 1715 los tribunales de comercio se atribuyeran competencia en esta materia. Sin embargo, la ordenanza de 1673 era aplicable a las personas que no ejercían el comercio y por ello es posible sostener que su carácter mercantil puro desaparece. (3)

El Código Napoleón de comercio regula en forma muy rigurosa las sanciones aplicables al quebrado. Una de las manifestaciones de la severidad con que era tratado el comerciante lo fue la encarcelación obligatoria de éste (4). Para Napoleón, la quiebra podía compararse con una naufragio: en caso de naufragio, decía, lo primero que se hace es detener al capitán que no se ha hundido con su barco, luego se le da la posibilidad de que se defienda y si prueba que cumplió con su deber se le deja en libertad.

Así, perseguido por el fantasma de la quiebra que significaba, además de deshonra y ruina, la encarcelación, el deudor echaba mano de todos los medios posibles para evitar o más bien retardar el desenlace — caso en el cual, cuando se planteaba la quiebra era ya demasiado tarde pues no quedaba nada o casi nada que liquidar—, o llegaba muchas veces a reunir lo poco que le quedaba y huía, o bien recurría por último al suicidio. De ahí que la solución rigurosa en afán de protección de los acreedores redundaba, por el contrario, en su perjuicio.

Por otra parte no se llegó a distinguir los casos en que la quiebra se presentaba, no por manejos fraudulentos, sino por casos fortuitos, en que el comerciante por desgracia caía en ruina por hechos ajenos a su voluntad: no importaba la causa de la quiebra: el rigor era el mismo en todos los casos.

de la procédure de faillite". RIPERT por ROBLOT. "Traité Élémentaire de Droit Commercial". 7<sup>e</sup> Ed. T 2<sup>e</sup>. Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias. Paris. 1973. pág. 551.

(3) "Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, la faillite pouvait s'appliquer aux non-commerçants; avec le Code de commerce, la faillite devient une institution exclusivement commerciale". G. BORD. "Règlement judiciaire et liquidation des biens". Ed. DALLOZ. Paris. 1969. Pág. 1.- Véase también J. DERRUPE. Op. cit. pág. 88.

(4) "Le Code de commerce edicta donc l'incarcération obligatoire des faillis". J. DERRUPE op. cit. pág. 89.- BORD op. cit. pág. 2.

Prentendiendo solucionar este estado de cosas, el legislador francés promulga una ley el 28 de mayo de 1838, ley que establece entre otras cosas la encarcelación facultativa y no obligatoria como anteriormente sucedía, y la posibilidad para el tribunal que la dicta de ponerle fin en cualquier instante (5). Sin embargo, el aspecto infamante de la quiebra y la ausencia de distinción entre el comerciante deshonesto y el comerciante desdichado se mantuvo hasta la aparición de la ley de 4 de marzo de 1889 que instaura al lado de la quiebra la liquidación judicial, de la cual podían beneficiar únicamente los comerciantes que por mala suerte no podían hacer frente a sus obligaciones, a condición de que hicieran en un corto plazo, fijado por la ley misma, la declaración y el depósito del balance contable previstos. Se quería así evitar la prolongación del período de cesación de pagos y la consecuente agravación de la situación económica del deudor.

El avance de la nueva legislación se encuentra en el hecho de la distinción que no hacía la antigua ley y en el régimen creado para los beneficiarios de ella: el comerciante declarado en liquidación judicial, además de no tener la preocupación de la prisión, conservaba la administración de sus bienes, asistido, eso sí por un liquidador de nombramiento del tribunal. (6)

La evolución tendiente a suavizar los rigores que había conocido la ley durante mucho tiempo en contra de los quebrados siguió su marcha, pero desgraciadamente en ese afán se cayó en el extremo opuesto: la indulgencia excesiva. Tanto así que muchos comerciantes en vez de temer la quiebra, la deseaban y provocaban. Fue precisamente a raíz de las crisis económicas que vivió el mundo con la primera guerra, y con los problemas económicos de los años treinta que el legislador intervino para beneficiar a los comerciantes que habían cesado en sus pagos (7). Pero, desde luego, tal estado de cosas en vez de beneficiar el crédito comercial y las relaciones derivadas de la actividad mercantil provocó un desequilibrio peligroso. Y como era lógico, la solución se encontró de nuevo en el rigor y drasticidad.

(5) "La loi du 28 mai 1838 qui remania complètement le livre II du Code de Commerce en adoucissant le régime de la faillite, l'incarcération du débiteur devient facultative et le tribunal qui l'ordonne peut toujours y mettre fin à tout moment". DERRUPE. Op. cit. pág. 89.

(6) "Lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, le débiteur n'est pas comme en cas de faillite, dessaisi de l'administration de ses biens, il reste à la tête de ses affaires, assisté d'un liquidateur désigné par le tribunal pour l'accomplissement de la plupart de ses actes". BORD, op. cit. pág. 2.- DERRUPE op. cit. pág. 89.

(7) "Avant 1914, plusieurs lois (30 décembre 1903, 31 mars 1906, 23 mars 1908) ont facilité la réhabilitation. Primitivement subordonnée au paiement intégral du passif, même au cas de concordat, elle finit par résulter de l'écoulement d'un simple délai; c'est la réhabilitation légale accordée de plein droit au failli au bout de dix ans... Après 1914, deux mesures de caractère temporaire traduisent le même souci d'indulgence... Règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919... Règlement amiable homologué institué en 1937". DERRUPE, op. cit. pág. 89. R. RODIERE. "Droit Commercial" Ed. DALLOZ. Paris, 1972. pág. 234 y sig.



Después de la última guerra mundial aparecen reformas que denotan un mayor rigor en las sanciones derivadas de la quiebra, formas todas que no fueron sino parciales y que no resolvían el problema a la luz de las circunstancias económicas de la época. Una reforma de conjunto se hacía necesaria. Ella se hizo presente con la ordenanza de 20 de mayo de 1955, incorporada por otra ordenanza de 22 de diciembre de 1958 en el Código de Comercio. La reforma fue el fruto de amplia consulta hecha a los medios interesados, judicial y comercial. La quiebra presentará entonces un fuerte carácter represivo.<sup>(8)</sup> El rigor se denotaba en el hecho de la desposesión de los bienes que sufría el deudor, en la liquidación total y sin distinciones de su patrimonio, en la desaparición de la rehabilitación automática, en la pérdida del ejercicio del comercio para toda su vida por parte del deudor, y finalmente en la supresión del concordato en el proceso de liquidación de bienes. A partir de entonces el concordato fue posible sólo en el proceso que se llamó el "arreglo judicial" (*règlement judiciaire*) instituto que a su vez vino a substituir la antigua liquidación de bienes que figuraba al lado de la quiebra —cuyas soluciones eran idénticas— y que, como vimos, existía a favor de los comerciantes que no caían dentro de las prescripciones de la quiebra, es decir, en favor de los comerciantes honestos cuya mala suerte o impericia les había hecho cesar en sus pagos. Dado el caso del arreglo judicial, el comerciante que obtenía su beneficio, podía seguir a la cabeza de sus negocios con la asistencia de un administrador judicial. Sin embargo, el arreglo judicial podía ser convertido en un proceso de quiebra si, durante el desarrollo del juicio de arreglo, el Tribunal llegaba a la convicción de que el comerciante no reunía las condiciones necesarias para su aplicación. La reforma parecía buena, pero de nuevo surgieron críticas: por una parte, en lo que se refiere al procedimiento de arreglo judicial, se observó que con frecuencia el concordato no era ejecutado a causa de la existencia de un pasivo privilegiado que absorbía prácticamente todo el activo<sup>(9)</sup>, o porque los tribunales se contentaban con un arreglo judicial a fin de evitarle al deudor las secuelas de la quiebra, cuando lo que cabía era esta última.<sup>(10)</sup>

(8) "...la faillite se présente comme une élimination définitive du mauvais commerçant". BORD op. cit. pág. 4.

(9) "Si la liquidation ne permettait pas de distributions importantes c'était assez souvent parce que les frais et le passif privilégié absorbaient tout l'actif au détriment des créanciers chirographaires". DERRUPE, op. cit. pág. 91.

(10) "...les tribunaux hésitaient beaucoup à prononcer la faillite en raison de ses incidences sur la personne du débiteur frappé de déchéances civiles et professionnelles. Ils se contentaient du règlement judiciaire; sous le couvert de cette procédure, ils laissaient survivre les affaires à l'actif à peu près nul et ne pouvant espérer aucun redressement. Ainsi était maintenue une entreprise qui n'était pas viable économiquement par le souci de ne pas frapper trop durement ses dirigeants malheureux plus que malhonnêtes. On aboutissait à des concordats illusoire et qui étaient rapidement résolus, mais ces atermoiements n'avaient fait qu'aggraver la situation au détriment des créanciers". DERRUPE op. cit. pág. 91.

Por otra parte, en cuanto a la quiebra, —procedimiento reservado a los comerciantes por faltas graves en la gestión y cuya sanción se imponía— se notó que al ser de aplicación obligatoria en algunos casos, traía como consecuencia el que empresas que mejor dirigidas hubiesen sido útiles en un plano económico, eran liquidadas a causa de ella.<sup>(11)</sup>

Todo lo anterior hizo pensar en una nueva reforma que sometiera los numerosos créditos privilegiados a una mejor publicidad, limitando a su vez su eficacia en caso de quiebra, y que sobre todo, hiciera una mejor distinción entre las medidas de orden patrimonial y las sanciones de orden personal existentes. Bajo estas perspectivas se promulga la ley N° 61-563 de 13 de julio de 1967 que rige actualmente, denominada ley sobre el arreglo judicial, la liquidación de bienes, la quiebra personal y las bancarrotas. Esta ley, sin dar al derecho de quiebra y de arreglo judicial fundamentos distintos, sino una orientación nueva<sup>(12)</sup> tiene como fines instaurar una mejor distinción entre las medidas dichas de orden patrimonial y las sanciones personales; lograr una separación entre el hombre y la empresa y una simplificación de los procedimientos. Por consiguiente se establece que se llegará a eliminar la empresa cuando aparezca indispensable hacerlo sin que los efectos de la liquidación alcancen a sus dirigentes que no han podido evitar la situación económica comprometida, o, por el contrario, sancionar civil y hasta penalmente a éstos cuando se demuestre que no han actuado competente u honestamente, pero salvando a la vez a la empresa que aparece viable, y cuya desaparición acarrearía un trastorno a la economía nacional o regional.<sup>(13)</sup>

A partir de la ley de 1967 los dos procedimientos en vías de la solución de los problemas patrimoniales que se conocen son el arreglo judicial para el caso en que el comerciante pueda proponer un arreglo que el tribunal considere como serio, o, la liquidación de bienes en el caso contrario. Ambos procedimientos, insistimos, son de carácter exclusivamente patrimonial: se trata de salvar o liquidar la empresa. Si se decreta la liquidación judicial es porque se ha demostrado que la empresa no puede subsistir. Ninguna sanción —civil o penal— será conocida en el proceso. Las sanciones civiles serán apli-

(11) "...la faillite éditait dans certains cas obligatoire. Elle entraînait la liquidation de l'entreprise qui demeurerait économiquement viable, mais qui était dirigée par des personnes totalement incompetentes, voire malhonnêtes dont l'élimination du circuit commercial apparaissait comme une nécessité." DERRUPE, op. cit. pág. 91.- BORD, op. cit. pág. 4.

(12) "La loi du 13 juillet 1967 a réalisé cette réforme "non pas tellement en donnant au droit de la faillite et du règlement judiciaire des fondements différents, qu'une orientation nouvelle" (esposé des motifs)" BORD, op. cit. pg. 5.

(13) "Le but primordial fut d'aboutir à une "distinction de l'homme et de l'entreprise". Il a été ainsi exprimé dans l'exposé des motifs du projet gouvernemental "Éliminer les entreprises économiquement condamnés sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité et assurer la survie des entreprises qui peuvent être financièrement redressées, au besoin en écartant leurs dirigeants dont la gestion serait critiquable". J. DERRUPE, op. cit. pág. 93.



cadadas, cuando quepa hacerlo, según los supuestos de la ley, en el procedimiento de "quiebra personal (*faillite personnelle*), y las segundas, es decir, las sanciones penales, serán impuestas eventualmente en un proceso de bancarrota (*banqueroute*).

Así pues, a partir de la reforma en cuestión, los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial no tendrán ningún trasfondo moral; la quiebra personal y la bancarrota estarán desprovistas de toda significación patrimonial. El pronunciamiento de un proceso no influye, en principio, sobre el otro y viceversa. Decimos "en principio", porque, como veremos, la afirmación es válida sólo para la persona jurídica colectiva cuya disociación empresa-dirigentes la ley logra alcanzar, mas no así en el caso del comerciante persona física: decretada la quiebra personal de éste, automáticamente el arreglo judicial que estuviere en trámite debe convertirse en un proceso de liquidación de bienes. El legislador consideró imposible dejar a la cabeza de su actividad al comerciante que era tildado de indigno al imponérsele sanciones civiles o penales. Tal vez el rigor aquí fue extremo, pues si el espíritu de la ley es entre otras cosas, lograr una distinción entre comerciante y empresa, aun en caso del comerciante individual sancionado la empresa podría subsistir controlada o administrada por un órgano designado por el tribunal cuando su conservación aparezca necesaria.

La ley de 1967 pretende además dar una reglamentación más eficaz: la suerte del concordato depende en gran medida de la actitud de los acreedores privilegiados: por ello se obliga a éstos a informar cuál será su proceder frente al deudor, si le otorgarán alguna prórroga o alguna remisión, por ejemplo. Dicha manifestación deberán hacerla antes de la asamblea concordatoria —so pena de incurrir en las sanciones que en adelante se verán— en miras de una mejor ilustración de los acreedores quirografarios.

Otros aspectos de la ley son:

- El plazo máximo del período de sospecha es fijado con precisión por la nueva ley.
- La continuación provisional de la actividad de la empresa en caso de arreglo judicial o de liquidación de bienes es organizada en mejores condiciones.
- El proceso es simplificado: más rápida y fácil verificación de créditos, supresión de las asambleas de acreedores: la única que sobrevive es la asamblea concordatoria en materia de arreglo judicial, pero, como veremos en algunas ocasiones también este tipo de asamblea es suprimido. El curador (*syndic*) junto con otros órganos del proceso deciden sobre la aprobación o improbación de los créditos sin intervención de los acreedores.
- Los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes, así como las sanciones personales establecidas no se aplican sólo a comerciantes individuales o colectivos, sino también

a las personas morales de derecho privado, v.gr. sindicatos, asociaciones o grupos de interés.

Pero si todo lo anterior pareciera bastante, el legislador francés de 1967 no se ha conformado con ello y ha ido más allá: no sólo pretende curar —a través de los procedimientos enumerados— sino también prevenir: una ordenanza de 23 de setiembre de ese año permite a ciertas empresas, —aquellas que presenten un interés regional o nacional, limitación con la que se pretende evitar el uso abusivo del nuevo procedimiento<sup>(14)</sup>— que, estando en una situación económica difícil y no hayan llegado aún a la cesación de pagos, puedan evitar este extremo mediante la aprobación de un plan de saneamiento económico y financiero acompañado de la interrupción de toda acción judicial en su contra.<sup>(15)</sup>

La ordenanza citada en último término es la número 67-820, completada por el decreto número 67-1255 de 31 diciembre de 1967. Ambos han sido la última pieza de la evolución que someramente hemos pretendido relatar, pero serán objeto de un primer lugar en el desarrollo de nuestro trabajo, toda vez que por sus fines lógicamente el procedimiento de saneamiento económico y financiero deberá presentarse primero en tiempo que los otros procedimientos patrimoniales.

Acto seguido nuestro estudio tratará de desarrollar la ley de 13 de julio de 1967 en sus aspectos procedimentales y de fondo. Veremos así el arreglo judicial, la liquidación de bienes, la quiebra personal y la bancarrota, esta última en sus dos aspectos: bancarrota simple y bancarrota fraudulenta.

Trataremos de dar énfasis, en la medida de lo posible, a aquellos aspectos que de acuerdo con nuestro sistema jurídico positivo puedan tener interés, y por sobre todo, trataremos de arribar a la conclusión de que es posible, al menos parcialmente, mediante una legislación adecuada distinguir al empresa del hombre que la dirige; de que es posible establecer una serie de medidas que sean capaces de acomodarse a las más diversas situaciones; de que el aspecto patrimonial y las sanciones personales deben separarse netamente, y de que es posible crear procedimientos que tiendan a evitar la cesación de pagos y sus nefastas consecuencias.

(14) "La lecture du rapport au Président de la République nous enseigne qu'il ne faut pas voir dans ce texte un concordat ayant pour objet de soulager le petit commerce... Il s'agit bien au contraire "d'une procédure spéciale réservée à certaines entreprises dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale". BORD, op. cit. pg. 7.

(15) "...les préoccupations économiques ont eu nettement le pas sur les impératifs de nature juridique. L'idée qu'inspirait l'ordonnance est louable et part d'une vue réaliste des choses... Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle ne sont que des pis aller qui laissent toujours des victimes, lorsque ces procédures interviennent ou lorsque ces sanctions s'appliquent, le mal est déjà plus ou moins profond. Il est donc préférable d'agir plus tôt, à un moment où la situation n'est pas encore compromise et pourra être plus facilement redressée..." DERRUPE op. cit. pag. 92.



## TITULO I

### EL PROCEDIMIENTO DE SANEAMIENTO ECONOMICO Y FINANCIERO DE LAS EMPRESAS Y LA SUSPENSION DE ACCIONES

#### GENERALIDADES

La ordenanza N° 67-820 de 23 setiembre de 1967, tendiente a facilitar el saneamiento económico y financiero de algunas empresas, instaura un procedimiento de suspensión provisional del derecho de los acreedores a perseguir individualmente a la empresa deudora —sociedad mercantil o persona moral de derecho privado no comerciante—, así como la liquidación definitiva y colectiva del pasivo, a condición por una parte, que la empresa tenida en consideración se encuentre en una situación financiera difícil pero no irremediablemente comprometida y cuya desaparición se estime traiga como consecuencia un perjuicio grave a la economía nacional o regional, es decir, al interés general, y, por otra parte, que sea posible evitar el perjuicio dicho en condiciones a la vez compatibles con el interés de los acreedores de ésta. (1)

La aplicación de la ordenanza y del decreto que la complementa suponen además: la ausencia de un estado de cesación de pagos, el cual pretende precisamente evitar mediante los procedimientos creados al efecto (2), y;

— la suspensión del derecho individual de cada acreedor de perseguir a la sociedad deudora en reclamo de lo que le es debido;

(1) Art. 1° de la ordenanza.

(2) "Le but de cette procédure est d'empêcher la cessation des paiements en facilitant, grâce a des sacrifices imposés aux créanciers, le redressement financier de l'entreprise". DERRUPE. op. cit. pag. 93.



- la presentación de un plan de saneamiento económico y financiero de la empresa acompañado de un plan de liquidación colectivo del pasivo;
- la ausencia de un concordato colectivo (3);
- la aplicación de la legislación solamente a determinadas empresas tenidas en consideración;
- la competencia exclusiva de determinados tribunales;
- la existencia de sanciones penales, destinadas a garantizar la sinceridad en la elaboración del plan de saneamiento y el respeto de la igualdad entre acreedores, así como a sancionar el comportamiento del curador y del comisario encargado de la ejecución del plan.

Estos, y algunos otros aspectos más, serán objeto del desarrollo siguiente.

## CAPITULO I

### CONDICIONES DE APLICACION

Como dijimos no toda empresa puede pretender la aplicación de la ordenanza de 23 setiembre 1967 y su correspondiente decreto: hay ciertas condiciones de fondo que deben ser reunidas.

Por otra parte, no todo tribunal es competente para conocer del procedimiento de saneamiento económico y financiero. La competencia en consecuencia es regulada especialmente en sus aspectos relativos a la materia (*ratione materiae*) y al lugar (*ratione loci*). Existen pues también ciertas condiciones de forma que deben cumplirse a efecto de la aplicación de dicho procedimiento.

#### SECCION 1.-Condiciones de fondo.

##### SS 1.-Empresas tenidas en consideración.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1º de la ordenanza dos condiciones debe reunir la empresa: la primera relativa a su situación financiera, la segunda referente al interés nacional o regional que represente.

(3) "...le concordat suppose l'accord des créanciers, alors que les mesures prévues par l'ordonnance peuvent intervenir sans consultation des créanciers". DERRIEN, op. cit. 93. M. JUGLART y B. IPPOLITO. "Droit Commercial" Ed. Montchrestien. PARIS 1974. pág. 430.

#### A.—Situación financiera.

La empresa debe encontrarse en una situación financiera difícil, pero no irremediablemente comprometida. Es decir, primero, que no se encuentre lógicamente en estado de cesación de pagos, caso en el cual deberán aplicarse necesariamente los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes, y segundo, que sea posible, bajo una adecuada administración ponerla a flote en un corto plazo, aún separando de su gestión, si fuera necesario, a alguno o algunos de sus dirigentes, como veremos.

#### B.—Interés nacional o regional.

Debe tratarse en la especie de aquellas empresas cuya desaparición del mundo económico acarree un grave perjuicio para la Nación o para una región determinada, es decir, no se trata de la pequeña empresa sino de la de envergadura, capaz de crear tales problemas si es liquidada. Hay un interés general que se procura proteger. Sin embargo, existiendo a la vez el interés particular de los acreedores las medidas que se tomen deben ser en cierta medida compatibles con éste. (4)

#### SECCION 2.-Condiciones de forma.

##### SS 1.-Competencia.

Las medidas preventivas de la ordenanza no pueden ser decretadas sino por algunos tribunales juzgados aptos para conocer las difíciles cargas que le impone el ordenamiento. La competencia es regulada especialmente en sus dos aspectos: competencia material, competencia territorial.

#### A.—Competencia *ratione materiae*.

Dispone el artículo 2º de la ordenanza que es competente el tribunal de comercio si el deudor es comerciante —persona jurídica individual o persona jurídica colectiva mercantil—, y el tribunal de Grande Instancia, tribunal civil equivalente en nuestro medio a los jueces civiles, si la empresa está organizada en forma de persona moral no comerciante.

Desde luego, para la determinación de la calidad de comerciante habrá que remitirse al Código de Comercio, en cuanto a la

(4) Art. 1º de la ordenanza.— Sobre el alcance de este último aspecto, Ripert por Roblot cita dos sentencias: "La sauvegarde de l'intérêt des créanciers peut être assurée, par exemple, par l'importance du patrimoine qui subsiste (Toulouse, com. 22 novembre 1968, J.C. P. 1969, 2, 15708); ou l'amélioration de la rentabilité attendue d'un effort de réorganisation ou de regroupement (Paris, com. 13 nov. 1968, J.P.C. 1969, 2, 15.800)" op. cit. pág. 865.



persona física se refiere, y en cuanto a las sociedades mercantiles a la ley de 24 de julio de 1966.

Así, es comerciante quien ejerce actos de comercio, en nombre y por cuenta personal haciendo de ello su profesión habitual. (5) Es, por su parte comerciante, por la forma, la sociedad en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple, las sociedades a responsabilidad limitada y las sociedades por acciones, y por su objeto, las sociedades que no habiendo adoptado la forma de una sociedad comercial, ejerzan de hecho una actividad mercantil, por ejemplo las sociedades civiles y los grupos de interés económico que realicen habitualmente actos de comercio. (6)

### B.—Competencia *ratione loci*.

Para la determinación de la competencia territorial el artículo 2º de la ordenanza establece que por decreto deberá fijarse aquella. Así, se ha establecido por aparte, que es competente para conocer de los procedimientos de saneamiento económico de las empresas, el tribunal del lugar en que el deudor tiene su principal establecimiento, o, si se trata de una persona moral, el tribunal del lugar donde ésta tenga su sede, y a efecto de sede en Francia, donde tenga su principal establecimiento. (7)

Sin embargo, el decreto N° 67-1254 de 31 diciembre de 1967 ha establecido como competentes sólo diez tribunales mercantiles y diez tribunales de Grande Instancia en toda Francia, lo que implica que no necesariamente la competencia será determinada en la forma general del decreto N° 1255 de la misma fecha sino en relación con el N° 1254 que limita el número de tribunales, siendo así que en ocasiones el tribunal del domicilio del deudor o del principal establecimiento de éste o de la empresa puede carecer de competencia en razón del territorio para conocer del proceso de saneamiento económico y financiero de una empresa. (8)

La jurisprudencia comercial, anterior a la ordenanza y al decreto, pero aplicable a la materia, entiende por lugar del principal

establecimiento, fijado como atributivo de competencia en caso de persona física, el lugar donde se encuentra el centro real, el centro jurídico y externo de los negocios comerciales del deudor. (9)

Asimismo la jurisprudencia ha estimado que si el domicilio comercial y el domicilio civil son distintos, sólo el primero interesa a los efectos de determinar la competencia territorial (10)

Por otra parte la jurisprudencia también ha considerado que si el comerciante no tiene domicilio fijo, el tribunal competente es el del lugar en donde éste cesó en sus pagos.



A tenor de lo dispuesto por los artículos 4 y siguientes de la ordenanza y 4 y siguientes del decreto N° 67-1255, la acción puede ser iniciada a solicitud del deudor o de los acreedores de éste.

### SECCION 1ª.-Petición del deudor.

Se comprende que el deudor pueda solicitar la aplicación de la ordenanza en estudio, toda vez que su interés por conservar la empresa y evitar la cesación de pagos le autoriza valerse de ella.

Al efecto anterior el deudor deberá dirigir la solicitud correspondiente al tribunal competente exponiendo en ella su situación económica y financiera y presentado a la vez, un plan de saneamiento de la empresa y de liquidación definitiva del pasivo de ésta. (11)

Deberá acompañarse además, debidamente fechados, firmados y certificados sinceros y reales, los documentos que a continuación se enumeran:

- 1.—Balance, cuenta de explotación general, estado de ganancias y pérdidas.
- 2.—Estado de situación.
- 3.—Estado de compromisos fuera del Balance.
- 4.—Estado de créditos y deudas, con sus montos y vencimientos y un estado de activo y pasivo de garantías. (12)

(5) Art. 1º Código de Comercio.

(6) Art. 1º Ley sobre las sociedades mercantiles de 24 julio de 1966.

(7) Art. 1º Decreto N° 67-1255 de 31 diciembre 1967.

(8) "Seuls ont été désignés par le decret N° 67-1254 du 31 décembre 1967 dix tribunaux de commerce et dix tribunaux de Grande Instance, tribunaux importants et povanti auxiliaires disposer d'un corps d'auxiliaires de la justice particulièrement qualifiés: ceux de Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Lille, Limoges, Lyon, Nancy, Paris, Rennes, Toulouse.- A. JAUFFRET. "Manual de Droit Commercial". 14 Ed. Paris. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand-Auzias. 1973. pág. 374. En raison de ces règles particulières le tribunal compétent pour connaître d'une procédure de suspension provisoire des poursuites n'est pas nécessairement le même que celui qui serait compétent pour des pour prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des bien du débiteur". RIPERT por ROBLOT. op. cit. pág. 866.

(9) Paris 14 nov. 1957. D. 1958 277. Cass. com. 15 nov. 1965. J.C.P. 1966 II, N° 14502.

(10) Cass. 11 marzo 1875, 1260. Trib. com. Seine, 16 marzo 1901. Gaz. Trib. 21 abril 1901.

(11) Art. 4 Ordenanza.

(12) Art. 4 Decreto.



Por hecha la solicitud el tribunal debe, previamente a cualquier resolución, comisionar a un funcionario señalado por la ordenanza para que le rinda un informe sobre la situación económica y financiera de la empresa y sobre las perspectivas económicas del saneamiento de ésta.  
(13)

Luego de rendido el informe referido, el presidente del tribunal cita al deudor a su despacho, mediante carta certificada, a fin de oírle, y por verificado tal procedimiento, el asunto pasa a conocimiento del tribunal —los tribunales son colegiados generalmente en Francia.—  
(14)

### SECCION 2ª.-Apertura a solicitud de los acreedores.

Todo acreedor, o grupo de acreedores que representen al menos un quince por ciento del pasivo puede solicitar la apertura del procedimiento, (15) caso en el cual deberán justificar su o sus créditos y precisar su naturaleza y monto. (16)

El procedimiento será en este caso idéntico al señalado en los artículos 5 y 6 de la ordenanza.

Es difícil comprender en cierta medida el interés del acreedor de solicitar la apertura del procedimiento puesto que ello va a implicar para él ciertos sacrificios, y la suspensión momentánea de toda acción contra la empresa deudora. Además, por lo general el estado económico de una empresa es un aspecto contable, difícilmente conocido por quienes no tienen acceso a los libros de aquélla, a menos que se manifieste por su síntoma palpable de la cesación de pagos, caso en el cual el procedimiento en estudio ya no sería de aplicación. Pareciera entonces que el único procedimiento práctico es la gestión por parte del deudor.

### SECCION 3ª.-Apertura de oficio.

La ordenanza y el decreto en estudio prevén la posibilidad de que el Tribunal competente pueda iniciar de oficio los trámites, cuando, conforme reza el artículo 8 del segundo, estime que la situación del deudor es capaz de motivar la apertura de un procedimiento de liquidación colectiva del pasivo.

Al fin anterior, y con el objeto de mejor conocer la situación económica y financiera de la empresa y las perspectivas de un saneamiento de la misma índole, el tribunal comisiona a uno de sus integrantes quien debe rendir un informe sobre todos esos extremos.

(13) Art. 5 Ordenanza.

(14) Arts. 6 Ordenanza y 5 Decreto.

(15) Art. 7 de la Ordenanza.

(16) Art. 6 del Decreto.

Cuando los trámites son iniciados de oficio, el deudor es convocado mediante carta certificada, enviada por la Secretaría del Tribunal con tres días de antelación a la fecha en que se fije la comparecencia de aquél. (17)

Si los acreedores, a nuestro juicio encuentran dificultad para conocer el estado financiero de su deudor, a pesar de que están en contacto con él y su empresa, el Tribunal se verá aún en peores condiciones para apreciar si el proceso de saneamiento y de suspensión de acciones debe ser iniciado de oficio. Podría sin embargo pensarse que un acreedor o grupo de acreedores que no reuniese el 15% del pasivo requerido para estar legitimados a la petición de apertura de su parte ponga en conocimiento del tribunal la situación del deudor para que el tribunal intervenga de oficio y obvie así la imposibilidad que en su contra se presenta.

## CAPITULO III

### DECISION DEL TRIBUNAL SOBRE LA APERTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS

#### SECCION 1ª.-La resolución.

Reunidas las condiciones exigidas por la Ordenanza para la aplicación de los procedimientos de saneamiento económico y financiero y la suspensión de acciones, el tribunal tiene frente a sí la solicitud del deudor en caso de que éste haya intervenido, o en su caso, la del o de los acreedores si hubieran hecho tal gestión. Ninguna de las solicitudes existirá, lógicamente, si los procedimientos hubieran sido iniciados de oficio.

Por aparte y necesariamente, deberá estar agregado el informe del juez comisionado, así como toda otra información y documentación que se haya podido reunir.

Con base en todo lo anterior el Tribunal será capaz de apreciar si la situación económica y financiera de la empresa justifica continuar los procedimientos decretando la suspensión provisional de acciones en contra de la empresa deudora, o si por el contrario, encontrándose ésta en un cese de pagos, sea necesario echar mano de alguno de los procedimientos de liquidación del patrimonio, como lo son el arreglo judicial o la liquidación de bienes, según corresponda, es decir, según que la empresa se encuentre en posibilidad de proponer un concordato serio. En este último supuesto, si el tribunal no es

(17) Art. 7 *ibid.*



competente para conocer de tales procedimientos debe remitir el expediente al tribunal que lo sea a fin de que continúe su instrucción. (18)

La decisión sobre la suspensión de acciones de los acreedores es rendida en presencia del deudor, quien deberá ser convocado a ese efecto por el medio de carta certificada. Igual requisito deberá cumplirse en caso de que el Tribunal decida convertir el proceso en uno de arreglo judicial o de liquidación de bienes. (19)

### SS 1.-Publicidad de la resolución.

Una amplia publicidad de la decisión ha sido prevista: el tribunal está obligado a dirigir inmediatamente un extracto de la decisión al tesorero pagador general presidente de cada una de las comisiones departamentales del domicilio del deudor o de la sede de la empresa. (20)

Asimismo, si el deudor es comerciante, la resolución debe constar en el Registro de Comercio y un extracto deberá ser publicado en un periódico habilitado a recibir anuncios legales en la sede del tribunal. La misma publicidad debe ser hecha en protección a los terceros, en el lugar donde el comerciante tiene sus establecimientos comerciales. (21)

### SS 2.-Recursos contra la decisión.

La ordenanza en estudio establece, en su artículo 40, que la decisión que pronuncia la suspensión provisional de acciones de los acreedores frente a la empresa no tiene recurso alguno.

Por el contrario, las decisiones que no acuerdan tal suspensión pueden ser objeto de apelación, según lo prevé el mismo artículo supracitado. En este caso, el asunto pasa a conocimiento del tribunal superior y la decisión vertida por este último no puede ser objeto de un recurso de casación.

Con la decisión del tribunal —de primera o de última instancia— acaba la primera fase del procedimiento. Dos fases más seguirán en el desarrollo de éste si la resolución acuerda la suspensión de acciones: la primera, que es el período de suspensión mismo, plazo establecido en beneficio de la empresa a fin de que sea preparado un plan de saneamiento económico y financiero de la empresa y de liquidación del pasivo, y la segunda que corresponde a la aprobación del plan presentado y a la liquidación o pago de dicho pasivo. Estas tres fases serán objeto de los capítulos siguientes.

(18) Arts. 10 de la Ordenanza y 10 del Decreto.

(19) Art. 10 Decreto.

(20) Art. 11 *ibid.*

(21) Art. 12 del decreto.

## EL PERIODO DE SUSPENSION PROVISIONAL DE ACCIONES

La decisión que pronuncia el tribunal sobre la apertura de los procedimientos de saneamiento económico y financiero, implica la suspensión provisional, durante tres meses prorrogables por un mes más (22) de toda acción por parte de los acreedores en forma general "es decir, tanto de acreedores quirografarios como privilegiados. (23) Sin embargo los acreedores no son constituidos en una masa como sucede en los procedimientos de arreglo judicial y de liquidación de bienes: se pretende con ello evitar que los acreedores no comprometan el saneamiento de la empresa ejerciendo las acciones en reclamo de sus créditos. Así pues, en adelante ninguna acción podrán intentar, y si ya la hubieren presentado al momento de pronunciarse la resolución en estudio, aquélla será suspendida. (24)

Estudiaremos de seguido los efectos que acarrea la resolución además de los ya apuntados.

### SECCION 1ª.-Efectos de la decisión que aprueba la suspensión provisional de acciones.

La resolución de comentario implica los siguientes efectos:

- 1.—Los intereses legales o contractuales, continúan corriendo pero no son exigibles. (25) En ello difiere de los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial.
- 2.—Los plazos impartidos a los acreedores, bajo pena de vencimiento o de resolución, son suspendidos. (26)
- 3.—Al deudor le será prohibido pagar, total o parcialmente, cualquier crédito nacido con anterioridad a la decisión del tribunal, a no ser que exista autorización expresa del juez-comisario que le asiste. (27)
- 4.—Prohibición también de pagar a sus fiadores que durante el período de suspensión provisional hubieren pagado créditos nacidos anteriormente. (28)

(22) Art. 11 de la ordenanza.

(23) "L'ouverture de la procédure par décision du tribunal entraîne la suspension du droit de poursuite des créanciers. C'est le moratoire judiciaire et forcé. Il est de courte durée, mais il est général". DERRUPE, *op. cit.* pág. 95 M. JUGLART y B. IPPOLITO *op. cit.* pág. 443. La única excepción es la del artículo 22 de la ordenanza: la suspensión no se aplica a los asalariados de la empresa.

(24) "Les créanciers ne sont pas organisés en masse, mais l'administration du patrimoine du débiteur est placée sous la surveillance d'un mandataire de justice ou assurée directement par celui-ci" RIPERT *por* ROBLLOT *op. cit.* pág. 870.

(25) Art. 16, párrafo 2º. Ordenanza.

(26) Art. 16, párrafo 3º de la Ordenanza.

(27) Art. 17, párrafo 1º Ordenanza.

(28) Art. 17 párrafo 2º Ordenanza.



- 5.—Asistencia del curador en los actos de administración del deudor quien conserva la posesión de sus bienes. <sup>(29)</sup>
- 6.—El deudor no puede, si no cuenta con la autorización del juez-comisario que le asiste, hacer ningún acto de disposición extraño a la explotación normal de la empresa, ni consentir ninguna hipoteca o prenda. <sup>(30)</sup>
- 7.—El deudor, o si se trata de una persona moral, todo gerente, administrador, director general, liquidador o dirigente no pueden, durante todo el tiempo que dure la ejecución del plan de saneamiento económico y financiero de la empresa y de liquidación del pasivo, ejercer ningún mandato mercantil, y si lo estuviere ejerciendo a esa fecha, se reputará que el mismo ha finalizado a partir de ésta. <sup>(31)</sup>

### SECCION 2ª- Sanciones frente al deudor y conversión del proceso.

Las sanciones previstas frente a todo pago o todo acto que fuere hecho por el deudor violando las disposiciones de los artículos 17 y 18 de la Ley es la nulidad.

La nulidad dicha no encuentra ni en la ordenanza ni en el decreto ningún procedimiento establecido. Sin embargo, se ha estimado que se trata de una nulidad absoluta. <sup>(32)</sup> En esto difiere también de los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial cuya sanción prevista es la de la inoponibilidad de los actos en cuestión.

En algunas ocasiones, como veremos, la nulidad es acompañada de sanciones penales.

Por aparte, el tribunal puede poner fin a la suspensión provisional en cualquier momento, cuando el deudor por sus actuaciones provoque un estado económico y financiero de la empresa incompatible con las soluciones creadas.

Además, la conversión del proceso en uno de arreglo judicial o de liquidación de bienes puede ser decretada en el instante en que se compruebe la cesación de pagos. <sup>(33)</sup>

### SECCION 3ª- Organización de los procedimientos.

#### SS 1.- Curadores.

Decretada la suspensión provisional de acciones el tribunal debe proceder a nombrar uno o varios curadores, quienes tendrán a

(29) Art. 14 ibid.

(30) Art. 18 ibid.

(31) Art. 39 Ordenanza.

(32) "Il s'agit en principe d'une nullité absolue parce que l'acte critiquable risque de compromettre l'intérêt public qui s'attache au redressement de l'entreprise" RIPERT por ROBLOT op. cit. pág. 874. M. JUAGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 445.

(33) Art. 21 Ordenanza.

su cargo el control del adecuado desarrollo del proceso así como la administración de la empresa.

En la misma resolución son nombrados uno o varios expertos con la misión de asistir a los curadores en sus funciones. <sup>(34)</sup>

Los curadores son escogidos en número que el tribunal considere necesario, sin que exista límite alguno. La forma en que serán escogidos no ha sido regulada. <sup>(35)</sup>

Las atribuciones de los curadores son fijadas por el tribunal. Este puede, entre otras cosas, encargarlos conjunta o separadamente de la vigilancia de las operaciones financieras y comerciales o bien de la asistencia del deudor.

La administración de la empresa podrá ser asegurada por los curadores dentro de los límites fijados por el Tribunal.

Sin embargo, la misión y poderes del curador son determinados en forma provisional, y, en consecuencia, pueden ser modificados de oficio o a solicitud del curador mismo en cualquier momento. <sup>(36)</sup>

Otra de las funciones importantes del curador es la de preparar por sí o asistiendo al deudor, el plan de saneamiento económico y financiero de la empresa y el plan de cancelación del pasivo. Todo dentro del plazo de tres meses fijado para la suspensión, la cual por este hecho se explica como un período preparatorio. <sup>(37)</sup>

La presentación del plan dicho significará el comienzo de la siguiente fase en el desarrollo de los procedimientos en estudio.

#### SS 2.- El Tribunal.

El tribunal no figura dentro del elenco de órganos que la ley contiene necesarios al desarrollo de los procedimientos de saneamiento económico y financiero de las empresas. Sin embargo, el órgano primordial de dichos procedimientos lo es aquél. Las más importantes decisiones, y el nombramiento de los restantes órganos provienen de dicho órgano, y no es posible concebir en esta materia el funcionamiento del instituto de mérito sino bajo la dirección y el control de legalidad y oportunidad de un órgano jurisdiccional. Además, como veremos inmediatamente, un miembro del tribunal asume automáticamente el papel de otro de los órganos esenciales del proceso y será quien asegure la misión propia del tribunal aliviando a éste de dicha carga.

(34) Art. 12 de la Ordenanza.

(35) "Les textes n'indiquent pas comment sont choisis les curateurs... Il est probable que ceux-ci seront choisis par le Tribunal parmi les syndics, sans que cela semble être une obligation". BORD. op. cit. pág. 333.

(36) Art. 13 de la Ordenanza.

(37) Art. 14 de la Ordenanza. "Cette période de moratoire est mise a profit pour établir un plan de redressement de l'entreprise et un plan d'apurement du passif". DERRUPE op. cit. pág. 95. M. JUAGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 446.



### SS 3.- Juez-Comisario.

La designación de este importante órgano del proceso no es hecha expresamente por la resolución que decreta la suspensión de acciones de los acreedores, sino que el Presidente del Tribunal asume ese papel, automáticamente, a partir de la fecha en que es dictada la resolución de mérito, conforme se lo impone el artículo 12 de la Ordenanza.

Las atribuciones del juez comisario aparecen diseminadas a través de la ordenanza y del decreto que regulan la materia. Así, por ejemplo, él será quien designe los expertos encargados de asistir a los curadores;<sup>(38)</sup> hará las observaciones al plan de saneamiento propuesto<sup>(39)</sup>; autorizará los actos de administración que son prohibidos al deudor<sup>(40)</sup>; constatará la falta de presentación del plan de saneamiento<sup>(41)</sup>; solicitará a los entes correspondientes la información necesaria a establecer la situación económica y financiera de la empresa<sup>(42)</sup>; así como todas aquellas otras que correspondan al tribunal, salvo en cuanto hubieren sido atribuidas exclusivamente al conocimiento de éste en su formación integral.

El juez-comisario actúa mediante un tipo de resoluciones especiales que pueden ser objeto de recurso, como veremos.

## CAPITULO V

### LOS PLANES DE SANEAMIENTO ECONOMICO Y FINANCIERO

Los planes de saneamiento económico y financiero junto con los de cancelación del pasivo deben ser preparados en un corto tiempo a fin de que los acreedores sean informados de su contenido y puedan hacer las objeciones que consideren oportunas, luego de lo cual el tribunal se pronuncia sobre su procedencia o improcedencia. En caso de que sean aprobados habrán de dictarse medidas en vista de su ejecución.

#### SECCION 1ª- Plazo de presentación del plan y alcances respecto del deudor.

Al menos un mes antes de la expiración del plazo previsto por el artículo 11, es decir, tres meses prorrogables por un mes más

(38) Art. 12, 2º de la Ordenanza.

(39) Art. 23 ibid.

(40) Arts. 17 y 18 ibid.

(41) Art. 14 del Decreto.

(42) Art. 41 de la Ordenanza.

según el caso, el deudor asistido del curador, o el curador solo si hubiere sido encargado exclusivamente de la administración de la empresa, deberán depositar a la secretaría del tribunal el plan de saneamiento económico y financiero de la empresa acompañado de un plan de pago colectivo del pasivo.<sup>(43)</sup>

Una copia de los planes conteniendo las observaciones del juez-comisario, es decir, del Presidente del tribunal, debe ser adjuntada.

El deudor se encuentra obligado a ejecutar las estipulaciones contenidas en el plan por el hecho de su presentación y su aprobación por parte del Tribunal, cuando hubiere sido él quien lo presentó con la asistencia del curador.

El compromiso nace, en caso de presentación del plan por el curador actuando solo, a partir del momento en que el deudor acepte su contenido.<sup>(44)</sup> En este caso el deudor cuenta con un plazo de ocho días, posteriores a la resolución que aprueba el plan propuesto por el curador, para presentarse a la secretaría del tribunal a aceptarlo.<sup>(45)</sup>

Los textos no señalan la suerte que habrán de correr las obligaciones contraídas por el deudor en la forma en que viene de ser expuesta. Tampoco si los créditos nacidos con posterioridad a la declaratoria de suspensión habrán de ser pagados en forma preferente. En cuanto a estos últimos, como son créditos nacidos indispensablemente a efecto de asegurar la continuación de la explotación de la empresa, se ha estimado que deben ser cubiertos primero que los créditos cuya existencia es anterior a la suspensión judicial, toda vez que aceptar lo contrario sería permitir un enriquecimiento sin causa de los acreedores antiguos.<sup>(46)</sup>

#### SECCION 2ª- Información de los acreedores e intervención de éstos.

Los textos de comentario han organizado una publicidad tendiente a informar los acreedores sobre las proposiciones contenidas

(43) Art. 23 de la Ordenanza.

(44) Art. 26 ibid. "Le plan est un acte unilatéral sous contrôle judiciaire. Il tire sa force obligatoire à la fois d'une déclaration de volonté du débiteur et d'une décision judiciaire. L'engagement précède ou suit, selon le cas, la décision judiciaire. Lorsque le plan est déposé par le curateur la volonté du débiteur exprime alors l'adhésion de celui-ci aux solutions arrêtées par le tribunal sur la proposition du curateur". RIPERT por ROBLLOT op. cit. pág. 877 y sig.

M. JUGART y B. IPPOLITO. op. cit. pág. 451.

(45) Art. 18 decreto.

(46) "Le règlement doit en être effectué, à notre préférence avis par aux créanciers existants lors de l'ouverture de la procédure. Cette solution s'impose, en pratique pour que l'entreprise puisse se procurer les crédits nouveaux nécessaires à son redressement; sur le plan juridique, on peut considérer que les dépenses d'exploitation sont indispensables pour la conservation de l'entreprise, ou encore qu' à défaut de remboursement intégral les créanciers anciens s'enrichiraient sans cause au détriment des créanciers nouveaux". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 874.



en el plan a fin de que intervengan en el momento en que el tribunal se pronuncie sobre la admisión de este último.

La publicidad se encuentra garantizada por el artículo 23 de la ordenanza que establece que, a partir del depósito del plan ante la secretaría del tribunal, todo interesado puede conocer su contenido. Por aparte, y con ese mismo fin, se da aviso a dichos interesados del depósito de las proposiciones del deudor mediante una publicación en un periódico de anuncios legales del radio del tribunal competente o de la sede de la empresa, así como en el Boletín oficial de anuncios comerciales. (47)

Por informados los acreedores éstos pueden intervenir, individualmente, a condición de que representen un quince por ciento del pasivo. Varios acreedores pueden presentar conjuntamente la solicitud cuando por sí solos no alcancen el porcentaje establecido por la ley. (48)

La intervención de los acreedores se realiza mediante declaración hecha ante la secretaría del tribunal.

La fecha y hora de la audiencia en que el asunto será conocido son informadas por el secretario a los acreedores. (49)

No hay que ver en la intervención de los acreedores en materia de saneamiento económico de las empresas el voto de un concordato a la manra en que se presenta en un proceso de arreglo judicial, pues aquí el plan puede ser impuesto por el tribunal contra la voluntad misma de los acreedores, al menos en cuanto a la aprobación de los plazos solicitados por el deudor. (50)

### SECCION 3ª- Contenido del plan.

El plan se descompone en dos partes: una dedicada al proyectado saneamiento económico de la empresa y la otra a la forma en que habrá de cancelarse el pasivo.

En cuanto al primer extremo del plan, es decir, el saneamiento de la empresa, el deudor o el curador, según el caso, deben proponer un proyecto de rescate de la empresa dentro de un período máximo de tres años fijado por el artículo 27 de la ordenanza. Dicho proyecto deberá contener las medidas que se estiman capaces de reorganizar y mejorar la gestión de la empresa. (51)

También el plan debe contener dentro de lo que es su segunda parte, la manera como se pretende pagar el pasivo.

(47) Art. 15 del Decreto.

(48) Art. 25 de la Ordenanza.

(49) Art. 16 del Decreto.

(50) "La différence de rédaction entre les deux propositions de l'article 28 implique que, si le tribunal peut octroyer les délais sollicités par le débiteur contre le gré des créanciers, les remises, par contre, ne peuvent être accordés que par les créanciers". RIPERT por ROBLOT op. cit. pág. 878. M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 450.

(51) "Le plan... expose les mesures... par exemple l'abandon de fabrications non rentables, la fermeture de certains ateliers ou usines..." ROBLOT op. cit. pág. 876.

El mismo plazo de 3 años fija el máximo de tiempo dentro del cual debe ser cubierto el monto total de los débitos. (52)

En cuanto a este extremo del pasivo el plan debe indicar las remisiones o plazos eventualmente acordados por los acreedores, los cuales en todo caso no deben exceder del límite temporal apuntado.

Sin embargo, como se cuestiona BORD, (53) ¿cómo puede el plan indicar las remisiones y posibles plazos concedidos por los acreedores cuando ningún procedimiento de consulta previa a éstos ha sido previsto? Es dable pensar, responde dicho autor, que el legislador lo que quiso decir es que el plan debe contener la solicitud del acreedor de la concesión de plazos y eventualmente de remisiones, como sucede en materia de concordato.

También es imaginable que los curadores convoquen oficiosamente, antes de que el tribunal se pronuncie sobre la suspensión a los acreedores, a fin de intentar conocer su parecer al respecto, como opina ROBLOT. (54)

No obstante, DERRUPE piensa que el artículo de comentario es comprensible si se ve en las remisiones y plazos que dice la ley debe contener el plan, acuerdos que haya obtenido el deudor fuera de juicio e individualmente de cada acreedor. (55) En igual forma se pronuncian M. JUGARR y B. IPPOLITO.

Como quiera que sea, como dijimos, la concesión de remisiones es hecha única y exclusivamente por los acreedores sin que el Tribunal pueda hacerlas por ellos o modificarlas en la forma en que hubiera sido aceptadas.

## CAPITULO VI

### APROBACION DEL PLAN POR EL TRIBUNAL

#### SECCION 1ª- El acuerdo y su publicidad.

El tribunal resolverá lo que proceda sobre el plan presentado en la forma prevista, en audiencia pública, una vez que ha escuchado a los curadores, a los acreedores intervinientes y de nuevo al deudor quien deberá haber sido convocado al efecto por medio de carta certificada. (56)

(52) "En conséquence, lors de son établissement le débiteur doit proposer les mesures qu'il entend prendre pour régler le passif dans un délai qui ne peut excéder trois ans". BORD op. cit. pág. 336. R. RODIERE, op. cit. pág. 360.

(53) BORD, op. cit. pg. 336.

(54) RIPERT por ROBLOT pág. 876 op. cit.

(55) DERRUPE, op. cit. pág. 95 y sig.

(55b) M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 447.

(56) Art. 17 del Decreto.



Los acreedores pueden precisar sus intenciones respecto del deudor y sus objeciones al plan, pero si rehusan las proposiciones contenidas en éste, al no tratarse en la especie de un concordato, como afirmamos, el tribunal es libre de decidir sobre su procedencia o improcedencia. (57)

La aprobación es impartida, en principio, si se estima que el plan es serio y ofrece a la vez, a juicio del Tribunal, garantías suficientes de ejecución.

Acto seguido, si el plan es aprobado, se procede al nombramiento de un comisario encargado de vigilar su ejecución. (58)

El comisario dicho deberá denunciar cualquier falta en la ejecución del plan a efecto de que el tribunal decida lo que corresponda. Por aparte, cada seis meses, dicho comisario debe rendir cuentas al tribunal sobre el desarrollo de las operaciones. (59)

Si en la audiencia lo que se está conociendo es un plan propuesto por el curador en cuya formación consecuentemente no hubiere intervenido el deudor, éste puede, en ese momento, conforme se lo autoriza el artículo 29 de la Ordenanza en estudio, si no lo aceptare en los términos en que estuviere redactado, proponer de inmediato otra solución, que de ser estimada aceptable por el Tribunal será acogida mediante resolución dictada en ese mismo acto. Si, por el contrario, el deudor no aceptare el concordato redactado por el curador, pero a la vez no propusiere uno nuevo o si el que propusiere no fuere aceptado por el tribunal, éste pondrá fin a la suspensión provisional apuntada con las consecuencias derivadas lógicamente de ese hecho: los acreedores podrán perseguir judicialmente al deudor, solicitar, si éste llegare a encontrarse en estado de cesación de pagos, la liquidación de bienes o el arreglo judicial, y si es dable, la aplicación de las sanciones correspondientes.

Como habíamos dicho (supra Capítulo IV, Sección 2ª), el tribunal puede en cualquier momento en el desarrollo del proceso poner fin a la suspensión provisional y convertir el juicio en uno de liquidación de bienes o de arreglo judicial. Esta potestad se encuentra ratificada por el artículo 31 de la ordenanza que establece que, en caso de que el tribunal rechace el plan y por constatada que fuere la cesación de los pagos, deberá pronunciar, de oficio, la conversión aludida.

En la resolución que pronuncia la aceptación del plan el tribunal puede prescribir, a pena de caducidad del plan, que en el plazo por él fijado, se proceda a reemplazar a uno o varios dirigentes de la empresa a quienes estime ser imputables las dificultades económicas de la misma y que crean el riesgo de impedir el saneamiento de la

(57) "...si les créanciers refusent les propositions contenues dans le plan, le Tribunal reste maître de sa décision". BORD. op. cit. pág. 338.

(58) Art. 28 de la Ordenanza.

(59) Art. 36 ibid.

empresa. (60) Se trata en la especie de salvar la empresa a toda costa.

(61) La decisión del tribunal sobre la aprobación del plan dicho es objeto de una publicidad similar a la prevista para la resolución que ordena la suspensión provisional de acciones vista anteriormente: publicación tanto en los registros como en los periódicos y boletín apuntados.

## SECCION 2ª. Modificación y resolución del plan.

La decisión que aprueba el plan puede ser modificada en cualquier momento por el mismo tribunal que la dictó, a solicitud del deudor o en razón del informe del comisario encargado de vigilar la ejecución de aquél. Estas modificaciones se refieren a aquellas que faciliten la ejecución del plan, pero sin que puedan constituir, si se refieren a los plazos de pago, una prolongación de éstos. (62)

El plan puede también ser objeto de una "resolución" como dice la ordenanza (63) cuando los acreedores que representen al menos el 15% del pasivo, así lo soliciten a causa del incumplimiento del deudor en cuanto a las estipulaciones del plan; o cuando el tribunal así lo compruebe podrá también de oficio proceder a la resolución de éste.

Si el proceso es convertido posteriormente en uno de liquidación de bienes o de arreglo judicial a solicitud de algún acreedor o grupo de acreedores, o bien de oficio el plazo del período de sospecha previsto por la ley de 13 de julio de 1967, y al cual nos referiremos más adelante, es aumentado por todo aquel que hubiere durado el procedimiento de suspensión provisional. (64)

## SECCION 3ª. Recursos contra la resolución que aprueba el plan.

### SS 1.- Apelación.

El recurso de apelación cabe contra la resolución que autoriza el plan. Sin embargo, el efecto suspensivo de ésta desaparece, pues la resolución, a pesar de la interposición del recurso, es ejecu-

(60) Art. 32 de la ordenanza. "Le terme dirigeant a été employé à dessein pour atteindre toute personne qui, en droit ou en fait, participe à la gestion de l'entreprise". DERRUPE. op. cit. pág. 96.

(61) La decisión aquí es tomada sin tener en consideración ningún aspecto moral. Simplemente se trata de hacer eficaz el plan de saneamiento.

(62) Art. 37 de la ordenanza.

(63) "On remarque que, san s'arrêter à la nature des institutions le législateur applique au plan, acte unilatéral sous contrôle judiciaire, le principe de la résolution judiciaire qui, d'après la doctrine classique, trouve son fondement dans l'interdépendance des obligations nées d'un même contrat synallagmatique".

(64) PERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 882.  
Art. 38 Ordenanza.



toria. (65) Se trata de evitar que la ejecución del plan se atrase innecesariamente y se malogre el éxito de las soluciones propuestas.

La apelación cabe dentro del plazo de ocho días contados a partir del pronunciamiento de la resolución. (66)

### SS 2.- La "terce opposition"

Un recurso a favor de los terceros, llamado "terce opposition" es posible también dentro del mismo plazo señalado para la apelación. (67)

Por medio de este recurso, todo tercero que sufra un perjuicio con la resolución, a pesar de que no haya sido parte en el juicio, puede intervenir en éste impugnando la resolución. (68)

El plazo de ocho días que cuenta para interponer cualquiera de los recursos apuntados corre a partir de la publicación de la decisión.

### SS 3.-La oposición.

El juez-comisario del proceso, cargo que, como vimos, desempeña el Presidente del Tribunal, actúa mediante resoluciones que pueden ser objeto de un recurso especial denominado "oposición".

Este recurso es también posible dentro de los ocho días posteriores a la fecha de su pronunciamiento, corriendo el plazo dicho a partir de la notificación hecha al deudor y a los acreedores mediante carta certificada. El recurso es presentado ante el tribunal que conoce del proceso de suspensión provisional y de saneamiento. La resolución que este último dicte sobre el particular no tiene recurso alguno. (69)

Finalmente, en caso de que un curador cesare en sus funciones y depositare a la Secretaría del Tribunal las cuentas de las mismas, conforme está previsto por el artículo 23 del Decreto, el deudor puede formular cualquier objeción dentro de un plazo de quince días a partir de la notificación que le deberá ser hecha mediante carta certificada. Dichas objeciones deberán ser hechas ante el tribunal que conoce del asunto.

### SECCION 4ª.- Disposiciones penales.

El título V de la Ordenanza de 23 de setiembre de 1967 contiene tres artículos que regulan el régimen de sanciones previsto en

(65) Arts. 24 y 41 de la Ordenanza.

(66) Art. 41 de la Ordenanza.

(67) Art. 42 ibid.

(68) "La *terce opposition* est une voie de recours ouverte aux personnes lésées ou menacées par un jugement auquel elles n'ont été ni parties ni représentées." J. LARGUIER. "Procédure Civile". 3ª Ed. Ed. DALLOZ. París 1972. pág. 88.

(69) Arts. 45 de la Ordenanza y 22 del Decreto.

aras de la sinceridad del contenido del plan presentado por el deudor, así como medio de crítica a las actuaciones de éste y de los órganos del procedimiento.

Así, vemos cómo se impone prisión de uno a cinco años y multa de diez mil a trescientos mil francos, —equivalentes en la actualidad a veinte mil y seiscientos mil colones, respectivamente— a todo comerciante o dirigente de hecho o de derecho de una persona moral que, con ocasión de un procedimiento de suspensión provisional haya, de mala fe, presentado o hecho presentar una cuenta de explotación general o una cuenta de ganancias y pérdidas, o un balance o estado de créditos y de débitos, o bien un estado de activo y pasivo de privilegios y garantías, inexacto o incompleto. (70)

Además, la prisión de un mes a dos años y multa de diez mil a doscientos mil francos es decretada contra:

1º—Todo comerciante o todo dirigente de hecho o de derecho de una persona moral que, durante el período de suspensión provisional haya, sin autorización del juez-comisario, consentido una hipoteca o un gravamen, o hecho un acto de disposición extraño a la explotación normal de la empresa, o pagado, en todo o en parte una deuda nacida anteriormente a la decisión que pronuncia dicha suspensión.

2º—Todo comerciante o todo dirigente de derecho o de hecho de una persona moral que hubiere efectuado un pago en violación del plan de liquidación colectiva del pasivo o que, en las mismas condiciones hubiere realizado un acto de disposición extraño a la explotación normal de la empresa o un pago en alguna medida irregular.

3º—Toda persona que, durante el período de suspensión provisional o de la ejecución del plan de liquidación del pasivo, y estando enterado de la situación del deudor hubiere celebrado con éste alguno de los actos contemplados en el aparte 2º anterior, o haya recibido un pago irregular. (71)

Se ha previsto también que si el curador fuere encontrado culpable de malversación en su gestión será castigado con las penas previstas en el artículo 408, párrafo 2º del Código Penal.

Por último, las mismas penas serán impuestas al curador o todo comisario encargado de vigilar la ejecución del plan de liquidación del pasivo que, en connivencia con el deudor, omita señalar las viola-

(70) Art. 46 de la Ordenanza.

(71) Art. 47 de la Ordenanza.



ciones cometidas por éste a las prohibiciones y obligaciones resultantes de la decisión que ordena la suspensión provisional o que aprueba el plan de pago del pasivo. (72)

Como se puede apreciar son múltiples las ventajas que presenta este tipo de procedimiento cautelar. La principal de ellas es precisamente evitar la cesación de pagos. Cuando ésta se presenta aquel tipo de procedimiento no es ya posible y será necesario, en este caso, remitirse a los otros procedimientos cuyo análisis iniciamos de seguido.

## TITULO II

### LOS PROCEDIMIENTOS DE LIQUIDACION DE BIENES Y DE ARREGLO JUDICIAL

#### Generalidades.

Frente al incumplimiento del deudor diversas situaciones pueden presentarse en el Derecho francés:

— si se trata de una persona física que no ejerce el comercio, en el supuesto de que ésta no hubiere pagado a varios acreedores, su situación es la siguiente: los acreedores deberán perseguir al deudor mediante la aplicación de embargos y ejecuciones individuales, toda vez que no ha sido previsto un procedimiento colectivo de ejecución en materia civil: (1)

— tratándose de una persona física que ejerce el comercio, de una sociedad mercantil, o bien de una persona jurídica colectiva no comerciante que incurran en cesación de pagos, existen, por el contrario, los procedimientos de arreglo judicial (*règlement judiciaire*) y de liquidación de bienes (*liquidation des biens*).

En este supuesto, la escogencia entre uno u otro procedimiento está dominada por una idea simple: el tribunal pronuncia el arreglo judicial según que considere que el deudor se encuentra en la posibilidad de proponer un concordato serio, y en el caso contrario, decretará la liquidación de bienes. (2)

(1) "La déconfiture n'est pas organisé. Le fait que le débiteur non commerçant ne remplit plus ses engagements n'entraîne, par lui même, presque aucune conséquence". JAUFFRET, op. cit. pág. 312. M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 5.

(2) Art. 7 de la ley. "Le législateur de 1967 a voulu accorder au tribunal une totale liberté de choix dès l'origine afin que les fautes du débiteur n'aient plus d'incidence sur le caractère de la procédure patrimoniale". DERRUPE, op. cit. pág. 108 y sigs.

(72) Art. 48 *ibid.*



La ley N° 67-563 de 13 de julio de 1967, y el Decreto N° 67-1120 de 22 de diciembre del mismo año, que la completa, regulan ambos procedimientos, lo mismo que la quiebra personal (*faillite personnel*) y la bancarrota (*banqueroute*), estableciendo, en cuanto a los dos primeros procesos, condiciones necesarias a la apertura a juicio —objeto del Capítulo I siguiente—, los efectos que acarrearán para el deudor, los dirigentes de la persona moral y los acreedores —que serán vistos en el Capítulo II de este título— y finalmente todo el desarrollo del proceso, mediante la creación de los órganos necesarios, la regulación de las operaciones preparatorias, las diversas soluciones posibles, la conversión del procedimiento de arreglo o pago judicial en uno de liquidación de bienes y los recursos que contra las resoluciones del caso se pueden ejercer —estudio que haremos en el Capítulo III siguiente—.

Antes de iniciar el desarrollo de este título es bueno recordar que el interés de la ley y de su respectivo reglamento, ha sido el lograr una distinción entre la empresa y el hombre que la dirige, así como una separación consecuente entre los procedimientos de orden patrimonial y los destinados a sancionar, civil o penalmente, la actuación de los dirigentes de la empresa.

## CAPITULO I

### CONDICIONES DE APERTURA DE LOS PROCESOS

No existen prácticamente diferencias entre los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial. La similitud se refleja sobre todo en cuanto a las condiciones esenciales que deben reunirse para que el proceso sea iniciado. Tales condiciones son comunes a ambos procedimientos. Lo que determina la aplicación de uno u otro procedimiento simplemente es la posibilidad de que el deudor ponga, a juicio del tribunal, un concordato serio.

Las condiciones son de dos tipos, a saber, de fondo y de forma.

#### SECCION 1ª- Condiciones de fondo.

La liquidación de bienes y el arreglo judicial se aplican a determinados sujetos cuya calidad debe examinar el tribunal. Una vez determinada tal calidad debe constatarse que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos.

#### SS 1.- Calidad del deudor.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 1º de la ley de 13 de julio de 1967, se encuentran obligados a hacer las declaraciones pre-

vistas por la ley, luego de que hayan cesado en sus pagos, todo comerciante y toda persona moral de derecho privado aunque esta última no ejerza el comercio.

#### A.—Personas físicas.

Sólo las personas físicas que ejercen el comercio pueden ser objeto de un proceso de liquidación de bienes o de arreglo judicial. Recordemos que, en tratándose de aquéllas que no ejerzan el comercio, no ha sido organizado un procedimiento de ejecución colectiva.

El tribunal deberá constatar entonces, que el deudor reúne las condiciones exigidas para ser comerciante a la luz de lo dispuesto por el artículo 1º del Código de Comercio, si se trata de persona física, o de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1966. Véase al respecto lo que se dijo en el SS 1, Sección 2ª, Capítulo I, del Título I.—

Sin embargo, a pesar de que, en principio la comercialidad depende de la realización de actos de comercio a título de profesión habitual por cuenta propia, la jurisprudencia se contenta generalmente con la habitualidad y no con la profesionalidad de los mismos.<sup>(3)</sup>

Si el tribunal comprueba que el pretendido comerciante no tiene tal calidad debe rechazar la petición de apertura de cualquiera de los procedimientos en estudio, no por incompetencia, sino por defecto de fondo, según lo ha estimado la casación comercial.<sup>(4)</sup>

Si se demostrara que el deudor es incapaz, se ha estimado que ninguno de los procedimientos que estudiamos podrá ser aplicado.<sup>(5)</sup> Sin embargo, a nuestro juicio, si es posible hacer una separación entre la persona y la empresa, poco o nada debería interesar la primera en tratándose de la aplicación a la segunda de un procedimiento puramente patrimonial como lo es el arreglo judicial o la liquidación de bienes. Veremos más adelante que en otras ocasiones la legislación actual impone soluciones que no son consecuentes con dicho principio de separación.

Pero, por demostrado que la persona era comerciante, la liquidación de bienes o el arreglo judicial pueden ser planteados aún después de la muerte de aquella, si a su deceso se encontraba en estado de cesación de pagos, o después de la exclusión del deudor del registro

(3) "Les tribunaux admettent parfois trop facilement qu'une personne a la qualité de commerçant par cela seul qu'elle fait habituellement des actes de commerce en s'attachant à l'habitude et non à la profession, par exemple pour celui qui fait des spéculations boursières. (Cass. com. 11 nov. 1957. R.D.C. 1948, 695) Cette jurisprudence ne peut être approuvée". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 575.

(4) Cass. com. 28 marzo 1966 R.D.C. 1966, 1010.

(5) "Il faut aussi qu'il ait la capacité d'être commerçant. Par conséquent, le règlement judiciaire ni la liquidation des biens ne peuvent être prononcées à l'égard d'un mineur, même si celui-ci est émancipé, sans être habilité à faire le commerce, ni à l'égard d'un individu interdit ou encore pourvu d'un conseil judiciaire". BORD, op. cit. pág. 17.



de comercio, a condición de que a ese momento se encontrara en estado de cesación de pagos. En cualquiera de estos últimos casos la solicitud habrá de plantearse dentro del año que corre a partir de tales eventos. (6)

#### B.—Personas morales.

Según lo dispone el artículo 1º de la ley de comentario, la liquidación de bienes y el arreglo judicial se aplican a toda persona moral de derecho privado, sea ésta comerciante o no.

Así pues, los procedimientos dichos no son de aplicación exclusiva a los comerciantes. Pero hay que hacer notar que sólo en cuanto a las personas morales se refiere, no así en cuanto a las físicas, como apuntamos más atrás.

Es posible, en consecuencia, demandar la liquidación de bienes o el arreglo judicial de una sociedad mercantil, (7) de una sociedad civil, o de un grupo de interés económico, asociaciones, sindicatos (8) o de cualquier otro grupo, a condición que tenga personalidad moral. (9)

En caso de sociedades disueltas, la aplicación de cualquiera de los procedimientos —liquidación de bienes o arreglo judicial— es dable: de acuerdo con el artículo 391, párrafo 2º de la ley de 24 de julio de 1966 citada, las sociedades disueltas conservan la personalidad moral para los efectos de la liquidación. No se entra a distinguir en tal caso si la cesación de pagos fue anterior o posterior a la disolución. Sin embargo, se considera que debe considerarse aplicable aun cuando haya ocurrido tal hecho cuando la sociedad se encontraba en estado de disolución. (10)

Las sociedades nulas que han funcionado, lo mismo que las sociedades de hecho, al carecer de personalidad no pueden ser declaradas ni en liquidación de bienes ni en arreglo judicial pero los asociados son responsables de las deudas sociales en forma solidaria

(6) Arts. 3 y sigs. de la Ley.

(7) "on a élargi la commercialité des sociétés par la forme. A cet effet la loi du 24 juillet 1966 a déclaré commerciales toutes les sociétés anonymes, en nom collectif o en commandite, et les sociétés à responsabilité limitée". DERRUPE, op. cit. pág. 99.

(8) "Peuvent être mises en liquidation des biens ou en règlement judiciaire toutes personnes morales de droit privé, même non commerçantes. Cela vise les sociétés civiles, mais aussi les groupements d'intérêt communie les associations et syndicats..." DERRUPE op. cit. 100; M. JUGART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 49.

(9) "Il y a bien d'y inclure d'ailleurs, en raison de la generalité" des termes de l'article 1er. de la loi... tous les groupements dotés de la personnalité juridique". M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 48 y sig.

(10) "Elle... a... un certain intérêt parce que la liquidation des biens établit entre les créanciers une union plus complète que la réglementation nouvelle de la liquidation qui résulte de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 581.

y puede hasta decretarse en su contra uno de dichos procedimientos cuando no puedan pagar tales obligaciones. (10 bis).

#### SS 2.-El estado de cesación de pagos.

La segunda condición de fondo exigida para declarar uno u otro proceso es que el deudor haya cesado en sus pagos.

#### A.—Importancia de la cesación de pagos.

El estado de cesación de pagos es importante desde dos puntos de vista: es condición necesaria al inicio de los procedimientos y a la vez fija el comienzo del período de sospecha dentro del cual los actos realizados por el deudor podrán ser declarados inoponibles a la masa de acreedores.

#### B.—Noción.

Ni la ley, ni el decreto que regulan la materia determinan en qué consiste la cesación de pagos. Pertenece, entonces, a los tribunales, determinar cuáles hechos caracterizan ese estado.

La jurisprudencia, así, ha señalado cómo se manifiesta la cesación de pagos: existencia de acciones contra el deudor en reclamo de obligaciones a las cuales éste no ha hecho frente; la presencia de protestos; el cierre del negocio del comerciante; la venta de bienes a vil precio; la existencia de préstamos ruinosos, y otros hechos más que denotan tal estado.

El cese material en los pagos no siempre es exigido. (11)

Se ha distinguido también la cesación de pagos del estado de insolvencia. El deudor puede ser solvente, tener un activo superior a su pasivo, y sin embargo no poder pagar sus compromisos exigibles en un momento determinado. (12)

También es posible que un deudor insolvente esté pagando puntualmente, aunque lo normal sea que la insolvencia acompañe la cesación de pagos. Por ello es necesario determinar en el primer caso, si el estado de cesación de pagos no obedece a una situación pasajera (13) La jurisprudencia tiende a considerar que la cesación material de pagos debe ir acompañada a la vez de una situación económica definitivamente comprometida, es decir, que el deudor no pueda hacer frente a sus obligaciones en forma irremediable. (14)

(10 bis) Jurisprudencia reciente respalda esta afirmación. C. F. PARIS 25 febrero 1972. Nº 525 en colección DALLOZ. 1972.

(11) "...la cessation matérielle des paiements n'est pas toujours exigée: le commerçant qui ne maintient ses paiements que par des moyens frauduleux peut être déclaré en état de cessation des paiements". JAUFFRET, op. cit. pág. 318.

(12) Cas. 15 feb. 1897.

(13) "Les juges doivent donc constater que la cessation des paiements n'est pas due à une gêne passagère, accidentelle, mais à une situation de trésorerie sans issue". DERRUPE, op. cit. pág. 102. R. RODIERE, op. cit. pág. 244.

(14) Cas. com. 15 enero 1965.



Pero también se ha admitido, aun de no existir el cese material en los pagos, el estado de cesación, cuando exista un pasivo exigible frente al cual el activo es insuficiente, siempre y cuando se presente la inexistencia de toda tesorería capaz de asegurar los pagos. (15)

Se justifica entonces que la jurisprudencia haya considerado que no existe cesación de pagos aun cuando el deudor no haya honrado una o varias deudas si su situación económica no se encuentra definitivamente comprometida (16) y que se dé la cesación de pagos aun cuando el deudor no haya hecho frente a una deuda nada más, si su situación económica es irremediable. (17)

También se ha estimado, lo cual es lógico —no así su aplicación por la doctrina y jurisprudencia— que el deudor que rehusa el pago de sus obligaciones no exigibles, o que no son líquidas, o bien que son a término o condicionales, mientras no ocurran los hechos a que están sujetos para serlo, no puede encontrarse en estado de cesación de pagos. (18)

La aplicación que doctrina y jurisprudencia han hecho de ese principio no nos parece acertada: para éstos el deudor que solicita la apertura del procedimiento de arreglo judicial o de liquidación de bienes debe demostrar que su crédito está vencido, como veremos de inmediato.

### C.—Prueba.

Por lo que toca a la prueba del estado de cesación de pagos, corresponde al acreedor que demanda la liquidación judicial o el arreglo judicial. La aplicación dicha por la doctrina y la jurisprudencia cobra pleno vigor en este aspecto: como la prueba de la cesación de pagos debe hacerla el acreedor que presenta la demanda, éste debe comenzar por probar que su crédito no ha sido pagado, pues sólo tiene calidad para demandar cualquiera de los dos procedimientos quien tenga interés, y tal interés jurídico es determinado por la ausencia de pago de su propio crédito. (19) La solución en tales términos no es buena a nuestro juicio, toda vez que el acreedor cuyo crédito no está vencido podría conocer la situación irremediablemente comprometida

(15) Cas. com. 17 abril 1967.

(16) Cas. com. de 5 junio 1950.

(17) Cas. com. de 13 julio 1950.

(18) "...n'est pas en état de cessation des paiements le débiteur qui refuse de payer les dettes qui ne sont ni liquides ni exigibles... ou à qui délais de paiement ont été consentis... ou encore qui refuse de payer des dettes à terme ou conditionnelles, tant que le terme n'est pas survenu ou la condition réalisée, ou des dettes litigieuses à la condition que la contestation soit sérieuse et porte sur l'existence même de la dette. Ainsil la Cour de cassation a estimé qu'une dette est certaine et liquide si elle n'est contestée que dans son montant et non dans son principe (Cas. com. 28 mars 1962). G. BORD, op. cit. pág. 25.

(19) "...le demandeur qualifié pour agir que s'il a un intérêt, c'est-à-dire ici, à la condition qu'il soit créancier impayé". BORD, op. cit. pág. 28. RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 590.

en que se encuentra la empresa, por una parte, y por otra, que uno de los efectos de la declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial es precisamente, como veremos, el vencimiento anticipado de las deudas no exigibles. No se concibe pues cómo dicho acreedor puede encontrarse en una situación de desventaja como la apuntada, pues él mismo, si se prueba que el deudor se encuentra en estado de cese de pagos adquiere la condición exigida.

Ahora bien, cuando es el propio deudor quien plantea la gestión ante el Tribunal, la prueba del estado de cesación de pagos se hace conforme a lo dispuesto por el artículo 4 del decreto, es decir, mediante declaración hecha por éste al secretario del tribunal. (20)

La prueba puede provenir también de la información obtenida por el juez-comisario comisionado al efecto por el tribunal. (21)

### D.—Extensión de la noción de cesación de pagos.

Bien que la noción de cesación de pagos es tan amplia y casi indefinible, una extensión de la misma se presenta en el Derecho francés: se considera que se encuentra en tal estado el deudor que no ha incumplido el pago de ninguna de sus obligaciones gracias a haber logrado procurarse fondos por medios fraudulentos, o simplemente contrarios a la honestidad que debe caracterizar la práctica mercantil, por ejemplo valiéndose de préstamos ruinosos, o verificando daciones en pago, o procediendo a la venta de bienes o del negocio a precios irrisorios. (22)

Desgraciadamente tal extensión no tiene por virtud el permitir el inicio de los procedimientos por demostrado que fuere cualquiera de dichas actuaciones, si no que han sido tomadas en cuenta simplemente para la fijación de la fecha en que el comerciante cesó en sus pagos a efecto de hacer correr a partir de ahí el período de sospecha en que los efectos de la declaratoria de uno u otro procedimiento alcanzarán los actos verificados por el deudor. (23) La solución es criticable pues si se exige el cese material en los pagos en circunstancias como las apuntadas, puede suceder que a la postre, cuando ello ocurra, es porque el deudor ya no cuenta con ningún activo, o cuando su situación se ha agravado a consecuencia de su proceder, siendo lo propio el que los procedimientos se inicien sin retardo alguno en miras a la protección de la integralidad del patrimonio del deudor.

(20) "Toutefois, paveu l'ance du débiteur pourra être retracté en cas d'erreur involontaire (Cas. 11 dec. 1923)." BORD, op. cit. pág. 29.

(21) Art. 9 del Decreto.

(22) "La jurisprudence décide que le commerçant est en état de cessation des paiements lorsqu'il ne parvient à maintenir la situation que par l'emploi de tels procédés". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 590. M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 57. Véase supra nota (11).

(23) "...la jurisprudence ne retient l'emploi de moyens ruineux et frauduleux que pour déterminer la date où se situe la cessation des paiements, exigeant en principe... l'arrêt matériel des paiements pour l'ouverture de la procédure". BORD, op. cit. pág. 27.



No es sino a partir de la ley de 13 de julio de 1967 que en Francia se llegó a establecer en un texto legal que el crédito vencido podría ser de carácter civil o comercial. Anteriormente, el crédito requería ostentar la naturaleza mercantil.<sup>(24)</sup>

La ley en estudio establece en su artículo 2º, párrafo 1º, que el arreglo judicial y la liquidación de bienes pueden ser solicitados por un acreedor "cualquiera que sea la naturaleza de su crédito".

Sin embargo, para algunos tal disposición no ha cambiado el estado de cosas existente anteriormente a la promulgación de la ley vigente.

Así por ejemplo DERRUPE<sup>(25)</sup> estima que el artículo comentado no puede servir de fundamento a la afirmación de que el pasivo que ha dejado de ser pagado puede ser de naturaleza civil, pues para él la misma se refiere al derecho de acción de un acreedor cualquiera. Que aun antes de que existiera tal disposición se admitía que un acreedor civil pudiese solicitar la apertura de los procedimientos a condición de que probara la existencia del pasivo comercial no pagado. Que en uno u otro caso, es decir, en la situación vigente y en la anterior, se ha autorizado al deudor a intervenir a fin de que, iniciado el procedimiento y probado el pasivo mercantil, pudiera luego obtener algún beneficio de ser englobado en el proceso. Que en cuanto al pasivo de las personas morales no comerciantes, el principio de especialidad de su actividad hace que aquél siempre tenga un carácter profesional, cualquiera que sea la naturaleza, civil o comercial, de esa actividad.

En cambio, ROBLOT y RIPERT, JAUFFRET, JUGLART e IPPOLITO y BORD conciben en que a partir de la ley del año 1967 el pasivo puede tener carácter civil. El primero de ellos<sup>(26)</sup> considera que la solución de la ley ha sido formulada de manera torpe, pero que se puede aceptar que al hacer aplicables los procedimientos en estudio a las personas morales de derecho privado no comerciantes, la ley renunció a la tradición que subordinaba la quiebra a la falta de deudas comerciales exclusivamente.

Para BORD,<sup>(27)</sup> el hecho de que la cesación de pagos sea entendida como el resultado de una situación definitivamente comprometida del deudor implica que la distinción entre deuda civil y deuda mercantil no tiene ningún interés. Estima además que el artículo 2º de la ley es claro y suprime toda dificultad.

(24) "Avant 1967, la faillite étant une institution spécifique au droit commercial, la jurisprudence considérait que la cessation des paiements ne pouvait être retenue que si elle se rapportait à des dettes commerciales; le refus de paiement d'une dette civile n'entraînait pas la faillite." RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 588. M. JUGART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 55.

(25) DERRUPE, op. cit. pág. 104.

(26) RIPERT por ROBLOT, op. cit. pg. 588.

(27) BORD, op. cit. pág. 29.

JAUFFRET se pronuncia<sup>(28)</sup> afirmativamente diciendo que la solución generalmente admitida actualmente es la de estimar que la ley de 1967 autoriza a un acreedor civil a instaurar la acción.

En todo caso, aceptar que el acreedor civil no está legitimado para abrir un procedimiento de liquidación de bienes o de arreglo judicial es sumamente peligroso puesto que, por una parte, como hemos visto, el acreedor civil no encuentra un procedimiento concursal que funcione al lado de los procedimientos en estudio para situaciones de incumplimiento de obligaciones civiles y por ende deberá recurrir a la ejecución individual que al fin de cuentas será infructuosa sacrificándose así los acreedores civiles en beneficio de los comerciales, aparte de que también el deudor se cuidará de pagar fundamentalmente sus deudas mercantiles, y por otra parte, que la prenda común de los acreedores, el patrimonio, constituye una unidad frente a la cual no debe haber más distingos que los nacidos de las garantías que hubieren sido consentidas.

La jurisprudencia francesa reciente se ha inclinado por la interpretación dada por la mayoría de los autores citados.<sup>(28 bis)</sup>

## SECCION 2ª.- Condiciones de forma.

El estado de cesación de pagos, para que produzca efectos jurídicos debe haber sido declarado judicialmente a través de un procedimiento cuyo iniciativa puede provenir del deudor mismo, de los acreedores, o bien del tribunal actuando de oficio.

### SS 1.- Necesidad de la declaratoria judicial.

Esta exigencia se explica en la actualidad en el derecho francés como una innovación de la ley de 1967: antiguamente el estado de cesación de pagos producía algunos efectos de la quiebra aún sin declaratoria de parte de un tribunal. Se hablaba entonces de una "quiebra de hecho" o "quiebra virtual". Considerado que el deudor había cesado en sus pagos, aun sin que existiera la declaratoria en cuestión la anulación de un acto hecho después de un virtual cese de pagos era posible.<sup>(29)</sup> Pero, por sobre todo, el fin práctico de tal concepción era el permitir perseguir penalmente el delito de bancarrota de un comerciante cuya quiebra no había sido declarada.<sup>(30)</sup>

(28) JAUFFRET. op. cit. págs. 33 y 317.

(28 bis) Aix, 22 mayo 1969 en J.P.C. 1970, II, 1974 cit. por M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 55.

(29) "...la jurisprudence admettait que l'on puisse annuler un acte fait après cessation des paiements". JAUFFRET. op. cit. pág. 319.

(30) "Elle était indispensable pour l'exercice de l'action publique puisque le ministère public ne pouvait pas poursuivre la déclaration de faillite et que seuls les faillis pouvaient être banqueroutiers". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 593.



Hoy día, el principio de que la existencia de la cesación de pagos no produce por sí solo ningún efecto ha sido consagrado por el artículo 6, párrafo último de la ley en estudio. Dicho artículo indica que en ausencia de resolución judicial ni el arreglo judicial ni la liquidación de bienes resultan del simple hecho de la cesación de pagos.

Sin embargo siempre es posible perseguir penalmente por el delito de bancarrota a un sujeto que no haya sido de previo declarado en estado de cesación de pagos y el hecho de la aplicación de las sanciones derivadas de la bancarrota implica que automáticamente se pronuncie en contra de aquél el procedimiento de liquidación de bienes, como puede verse del artículo 139 de la ley.

### SS 2.- Competencia del tribunal.

Las reglas de competencia son prácticamente las mismas que estudiamos al desarrollar el Título I de este trabajo, excepción hecha de la limitación a diez tribunales civiles y diez tribunales de comercio contenido en el decreto N° 67-1254, la cual es aplicable sólo a los procedimientos de saneamiento económico y financiero establecidos por la ordenanza N° 67-820 de 23 de setiembre de 1967 y su correspondiente decreto.

#### A.—Competencia de atribución.

Será competente el tribunal de comercio cuando el deudor sea comerciante —persona física, sociedad mercantil—, y el tribunal de Grande Instancia cuando los procedimientos sean planteados contra una persona jurídica colectiva no comerciante.<sup>(31)</sup>

#### B.—Competencia territorial.

Territorialmente será competente para conocer de los procedimientos en estudio, el tribunal del radio donde el deudor tenga su principal establecimiento, o si se trata de una persona jurídica colectiva el tribunal de la sede de ésta, y a falta de sede en Francia, aquel donde tenga su principal establecimiento.<sup>(32)</sup>

Estas reglas de competencia, así como las relativas al procedimiento de saneamiento económico y financiero de las empresas vistas son de orden público y en consecuencia las partes no pueden derogarlas, por ejemplo, estableciendo en un contrato que en caso de cesación de pagos será competente un determinado tribunal que resulta ser incompetente por la materia o por el territorio: la prórroga de jurisdicción es imposible.<sup>(33)</sup>

(31) Art. 5 párrafo 1° de la ley.

(32) Art. 1° del Decreto 67-1120 de 22/12/67. Sobre la interpretación y alcances de tal norma véase supra, aparte B del SS, Sección, Capítulo y Título primeros.

(33) "Les règles de compétence territoriales sont d'ordre/public comme les règles de compétence d'attribution (Cass. civ. 29 janv. 1934. D.H. 1934, 194; Paris

En caso de conflicto de competencia, establece el artículo 5, párrafo último, que el tribunal que ha sido primero en conocer de una petición debe resolver todas las medidas provisionales.

### SS 3.-Iniciativa del procedimiento.

El deudor, los acreedores o el tribunal actuando de oficio, pueden, cada uno de ellos, provocar la apertura de los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes.

#### A.—Iniciativa del deudor.

Todo comerciante, o toda persona moral de derecho privado, incluyendo dentro de éstas también a aquellas que no ejerzan el comercio, y que hayan cesado en sus pagos, deberán declarar tal circunstancia al tribunal dentro de los quince días posteriores al cese, a fin de que un procedimiento de arreglo judicial o de liquidación de bienes sea iniciado.<sup>(34)</sup>

#### 1.- Forma y contenido de la declaración.

La declaración deberá ser hecha, según lo dispone el artículo 4 del decreto N° 67-1120 citado ante la secretaría del Tribunal y deberá ser acompañado de los mismos documentos, debidamente fechados y firmados, exigidos a la presentación del procedimiento de saneamiento económico y financiero estudiado, a saber:

- El balance, la cuenta de explotación general, el estado de ganancias y pérdidas así como el estado de los compromisos fuera del balance del último ejercicio económico.
- El estado de situación.
- El estado de compromisos fuera de balance.
- El estado numerado de créditos y de débitos, con indicación de los nombres y domicilios de los acreedores, acompañado de un estado activo y pasivo de las garantías.
- El inventario sumario de los bienes de la empresa.
- La lista de asociados con indicación de su nombre y domicilio en caso de sociedades en las que existan socios responsables solidariamente de las deudas sociales.

En caso de que alguno de los documentos indicados no pudiera ser acompañado, del todo o parcialmente, la declaración debe explicar los motivos que impiden su presentación.

5 nov. 1964, D.S. 1965, 635; 7 dec. 1970 R./DC. 1972, 492) RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 594. Véase también BORD, op. cit. pág. 35.

(34) Art. 1° de la Ley.



La iniciativa por parte del deudor es considerada no sólo un derecho sino también una obligación. <sup>(35)</sup>

## 2.—Sanciones.

Si el comerciante o persona moral no cumple en tiempo con su obligación de declarar su estado de cesación de pagos, incurrirá en sanciones más o menos graves: el tribunal puede pronunciar la quiebra personal o la prohibición de dirigir, administrar o controlar toda empresa, comercial o de otra índole, contra el deudor persona física, o contra los dirigentes de hecho o de derecho de una persona jurídica colectiva, <sup>(36)</sup> la bancarrota simple <sup>(37)</sup> y aun con las mismas penas al presidente, administrador, director general, gerentes o liquidadores, y de manera general a toda persona que directamente o por intermedio de otra persona haya administrado, dirigido o liquidado tal sociedad bajo cubierto, o en lugar de sus representantes legales que en tal calidad hayan actuado de mala fe, si dentro del plazo de quince días señalado por el artículo 1º de la ley no han hecho la declaración del estado de cesación de pagos. <sup>(38)</sup>

## B.—Iniciativa de los acreedores.

Los procedimientos de estudio pueden ser iniciados por un acreedor, cualquiera que sea la naturaleza de su crédito, civil o comercial, según lo prevé el artículo 2º de la ley. No existe aquí la limitación contenida en la ordenanza de 23 de setiembre de 1967 relativa al procedimiento de saneamiento económico y financiero de las empresas, que como recordamos exige que el acreedor o grupo de acreedores que solicitan la apertura de los procedimientos deben representar por lo menos un 15% del monto del pasivo.

## 1.—Calidad.

El acreedor tendrá calidad, ha estimado la jurisprudencia, cuando tenga interés, y éste se manifestará por la ausencia de pago de su propio crédito, el cual deberá ser por ello cierto, exigible y no prescrito, entre otras cosas. Al respecto puede consultarse los apartes B y C del SS 2, Sección 1ª de este capítulo.

El artículo 5 del Decreto obliga, por su parte, al acreedor que gestiona, precisar la naturaleza y monto de su crédito.

(35) "C'est un droit et même un devoir pour le commerçant ou la personne morale de droit privé qui cesse ses paiements d'en faire la déclaration. La prolongation de l'état de cessation de paiements ne peut être que néfaste pour tous". DERRUPE, op. cit. pág. 106.

(36) Art. 108, inciso 2º de la ley.

(37) Art. 128, inciso 3º *ibid.*

(38) Art. 131, inciso 6º *ibid.*

## 2.—Forma de la petición.

La manera como se presenta tal iniciativa es la citación o emplazamiento: el acreedor cita o emplaza al deudor a comparecer ante el tribunal, indicando que su crédito no ha sido pagado.

El acreedor ejerce una acción contra el deudor <sup>(39)</sup> en este caso.

## C.—Apertura de oficio.

La misma disposición que permite a los acreedores entablar la acción, obliga al tribunal a iniciar los trámites de oficio.

Así pues, el tribunal se encuentra obligado a pronunciar, escogiendo entre las dos posibilidades abiertas: el procedimiento de arreglo judicial o el de liquidación de bienes, una vez que tenga conocimiento, por cualquier medio, que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos.

Sin embargo, antes de hacer la declaratoria correspondiente deberá citar y oír al deudor en el plazo fijado al efecto por el mismo tribunal. Por comparecido aquél, éste le informará de los hechos que han provocado la apertura de oficio, y le pide que haga las observaciones que estime pertinentes. De esta manera pues, la defensa del deudor está asegurada. <sup>(40)</sup>

En todo caso, ya sea que los procedimientos se han iniciado a solicitud del deudor, de alguno de los acreedores o de oficio, el Tribunal puede comisionar un juez que recoja toda información que permita establecer el estado de cesación de pagos, así como la situación económica y financiera del deudor, a fin de que se juzgue sin lugar a dudas que el cese en los pagos no se debe a una situación pasajera. Tal potestad, se encuentra contemplada en el artículo 9 del Decreto.

Conclusión lógica derivada de la potestad de actuación de oficio del tribunal es estimar que éste podrá continuar los procedimientos aún en caso de desistimiento del acreedor que ha iniciado la demanda. <sup>(41)</sup>

Otra consecuencia que puede derivarse de tal disposición es que un fallo del tribunal no podrá ser impugnado por haber decretado la liquidación de bienes o el arreglo judicial cuando lo que se ha solicitado es el procedimiento contrario, es decir, por el vicio de *extra petita*.

(39) "...on exige une assignation afin que, dès l'origine, le débiteur soit en mesure de se défendre et que la procédure ait un caractère contradictoire". DERRUPE, op. cit. pág. 106.

(40) Arts. 2, párrafo 2º de la Ley y 6 del Decreto. "Lorsque le tribunal use de cette prérogative, il doit le faire selon les règles qui permettent au débiteur d'assurer utilement sa défense. (Paris, 8 jan. 1968)". BORD, op. cit. pág. 39.

(41) "Il peut se saisir d'office, même si un créancier après avoir assigné désiste de sa demande avant le prononcé du jugement..." BORD, op. cit. pág. 39; M. JUGLARA y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 64.



Se ha llegado a admitir aun que el tribunal que conoce de una demanda judicial en reclamo del pago de una obligación puede, si constata el estado de cesación de pagos y demás condiciones, decretar, si sea el arreglo judicial, sea la liquidación de bienes. (42) Sin embargo, para ello el tribunal, a nuestro juicio debe ser competente en cuanto a la materia, y territorialmente, para conocer de los procedimientos creados por la ley de 13 de julio de 1967, y, en todo caso, por ahora, la legislación vigente se refiere únicamente al caso en que el Tribunal de Grande Instancia conozca de una demanda en pago de un crédito contra una persona moral de derecho privado no comerciante, no así en cuanto a las sociedades mercantiles ni en cuanto a los comerciantes personas físicas. (43)

Por otra parte el tribunal de alzada que conoce en virtud de un recurso de la sentencia que decreta el arreglo judicial o la liquidación de bienes, puede, a su vez, pronunciar de oficio, el primero o la segunda, según se desprende del artículo 8 del Decreto. Tal potestad debe ser entendida en los términos expresados por la disposición citada: el tribunal superior podrá decretar el arreglo judicial o la liquidación de bienes cuando conozca en alzada de otro proceso presentado a un tribunal inferior y nunca hacerlo directamente, sin que haya mediado el previo conocimiento de tal proceso por el inferior, pues lo contrario significaría privar al deudor del doble grado de jurisdicción. (44)

#### SS 4.- La decisión del tribunal.

Vimos que el arreglo judicial o la liquidación de bienes deben ser decretados necesariamente por un tribunal competente a fin de que todos los efectos —que se verán más adelante— derivados del estado de cesación de pagos puedan producirse.

Así, el tribunal procederá, por medio de un juzgamiento, a pronunciar el arreglo judicial o la liquidación de bienes, una vez que haya constatado el estado de cesación de pagos. Tal juzgamiento debe tener un contenido determinado, una forma especial para que produzca todos sus efectos una vez ejecutado.

#### A.—Contenido de la decisión.

De previo, el tribunal deberá examinar si todas las condiciones de fondo y de forma apuntadas han sido reunidas. Fundamentalmente examinar su propia competencia.

(42) "Une dernière question se pose de savoir si le tribunal peut se saisir d'office, sur une assignation en paiement dirigée contre le débiteur. Rien ne permet de s'y opposer dès lors qu'au cours des débats le tribunal a la conviction que le débiteur se trouve en état de cessation des paiements". BORD, op. cit. pág. 40 y sig.; M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 64.

(43) Art. 114 del Decreto.

(44) "...son droit est strictement délimité, et elle ne peut pas prononcer la liquidation des biens si elle connaît de la situation embarrassée du débiteur

— La resolución deberá luego, a tenor de lo dispuesto por el artículo 6 de la ley, fijar provisionalmente la fecha de cesación de pagos, y si tal cosa no fuere posible, se reputará que ésta tuvo lugar en la fecha de la sentencia que la pronuncia. Fijada por el tribunal o reputada como acaecida al momento del pronunciamiento la fecha en cuestión señalará el punto de partida del período de sospecha con las consecuencias derivadas de ello, como veremos en el capítulo siguiente. En todo caso, tal fecha no podrá ser fijada como producida más allá de dieciocho meses antes del fallo, según se verá, y podrá, al ser provisional, modificarse en cualquier momento.

— Uno a tres síndicos serán nombrados en la resolución de comentario. (45)

— También, un juez-comisario encargado de vigilar y acelerar las operaciones y la gestión del proceso entrará en funciones a partir de la decisión de comentario. (46)

— La aposición de sellos puede ser ordenada al mismo tiempo que se pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes. (47)

#### B.—Forma del pronunciamiento.

El tribunal pronuncia su decisión en audiencia pública. La decisión correspondiente debe ser motivada, todo bajo pena de nulidad. (48)

#### C.—Alcances de la decisión.

Situación particular se presenta con la resolución que constata el estado de cesación de pagos y declara el procedimiento de arreglo judicial o de liquidación de bienes: sus alcances desbordan el principio de la relatividad de la cosa juzgada: en esta materia ella produce efectos no sólo respecto de quienes han sido partes en el proceso, sino frente a todo el mundo. (49) De ahí que sea necesario un régimen especial de publicidad a fin de que sea conocida por todos, y que sea permitido el recurso especial que se verá en favor de los terceros, pero en todo caso, a pesar de cualquier recurso, sea éste de

à l'occasion d'une autre instance dont elle est saisie, notamment en vue d'une condamnation au paiement". ROBLOT, op. cit. pág. 601; M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 64.

(45) Art. 9 de la ley y 11 del Decreto. Sobre estos órganos hablaremos más adelante. Véase: infra, Capítulo III.

(46) Art. 8 de la ley y 11 del Decreto.

(47) Art. 19 de la ley.

(48) Art. 10 del Decreto.

(49) "Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens produit effets erga omnes, et s'étend à tout le patrimoine du débiteur. On dit qu'il présente un caractère d'universalité". BORD, op. cit. pág. 43. JAUFRET, op. cit. pág. 321.



los terceros o quienes han sido partes en el juicio, las resoluciones de los procedimientos en estudio son ejecutorias.

A nuestro juicio, la solución apuntada, es decir, la extensión de los efectos de la decisión de comentario a los terceros, es lógica, pues si permitiera a los terceros ignorar la misma, el régimen de inoponibilidades —cuyo estudio haremos más adelante en el párrafo y sección terceros, capítulo II de este título— sería inoperante.

#### D.—Publicidad.

La publicidad organizada es similar a la prevista en caso de saneamiento económico y financiero de las empresas.

Así, dispone el artículo 13 del Decreto N° 67-1120 de 22 diciembre 1967, que la sentencia que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes deberá ser publicada en el Registro de Comercio e inserta mediante extracto en un periódico habilitado para recibir anuncios legales en el radio de acción del tribunal.

A la vez, prevé el artículo de comentario que la misma publicidad debe ser hecha en el lugar donde el deudor tenga sus establecimientos mercantiles. Esta medida nos parece una de las más eficaces, pues de esta manera toda persona que tenga relaciones con la empresa podrá enterarse fácilmente de la realidad de ésta y evitará sorpresas y perjuicios: la simple publicidad registral, aun acompañada de la periodística no bastan. La hecha en los establecimientos del deudor será ostensible y permanente.

Las menciones hechas en el Registro de Comercio son hechas mediante inserción en el Boletín Anuncios Comerciales, en los ocho días posteriores al pronunciamiento de la sentencia. Tal inserción contiene, por una parte, la indicación del deudor, su domicilio o sede social, la indicación de número de matrícula en el Registro de Comercio, la fecha del fallo que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, y por otra, la indicación del número del periódico de anuncios legales donde ha sido publicado el extracto previsto. Finalmente indica el nombre y la dirección del síndico.<sup>(50)</sup>

Por lo que toca a las personas morales de derecho privado que no ejercen el comercio, el artículo 14 de dicho Decreto señala que en caso de pronunciamiento del arreglo judicial o de la liquidación de bienes en su contra, un extracto de la decisión es publicado en un registro abierto a ese efecto en la secretaría de cada tribunal de Gran- de Instancia, indicándose en tal publicación la sede de la empresa.

También, en este caso, mediante extracto se publicará tal resolución en un periódico habilitado para recibir anuncios legales en el lugar o sede del tribunal<sup>(51)</sup> y en el Boletín de anuncios comerciales.<sup>(52)</sup>

(50) Art. 13, párrafo 2° del Decreto.

(51) Párrafo 2°, artículo 14, *ibid.*

(52) Art. 14, párrafo 4°, *ibid.*

#### E.—Ejecución de la decisión.

A pesar de cualquier recurso que hubiere sido ejercido en tiempo contra la decisión que decreta el arreglo judicial o la liquidación de bienes, ésta es posible que sea ejecutada.<sup>(53)</sup>

Oportunamente nos referiremos a los recursos que pueden ser intentados contra la decisión de comentario, así como contra las demás que se den en estos procedimientos.

## CAPITULO II

### EFFECTOS DERIVADOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ARREGLO JUDICIAL Y DE LIQUIDACION DE BIENES

La cesación de pagos por sí sola no acarrea ninguna clase de efectos jurídicos. Estos derivarán, como vimos, de su declaratoria por el tribunal. Ahora bien, cuáles son esos efectos?

Los efectos son diversos, según se trate del deudor, de los acreedores o de los representantes de la empresa, o aún de los terceros, y fundamentalmente del patrimonio del deudor.

La reforma del año 1967 pretende, entre otras cosas, como oportunamente hicimos notar, una distinción entre el aspecto patrimonial y el personal de los procedimientos. Así pues, el arreglo judicial y la liquidación de bienes son, como recordamos, procesos de carácter fundamentalmente patrimonial. El patrimonio del deudor y no la persona de éste será el centro de gravitación del proceso. De ahí las medidas que veremos de desapoderamiento, parcial en el caso de arreglo judicial, total en caso de liquidación de bienes, y los efectos derivados de este desapoderamiento. Ninguna sanción encontraremos, sino cuando estudiemos los procedimientos especiales de quiebra personal y de bancarrota, objeto el Título III.

Por su parte, el papel de los acreedores es reducido a la casi simple producción de su crédito: la única asamblea posible se presentará en caso de arreglo judicial frente a la aprobación del concordato. Fuera de ello el tribunal, y los órganos creados por la ley serán los encargados de verificar los créditos, de realizar el activo, en fin de administrar y liquidar el patrimonio del deudor y de asegurar la protección de aquéllos.

Respecto de los representantes de la sociedad y de sus socios, algunos efectos se harán derivar de la declaratoria de uno u otro proceso, según veremos.

(53) Art. 107 del Decreto.



Finalmente, los terceros deben proceder a reclamar lo que les pertenece en un plazo relativamente corto, fuera del cual la reivindicación no es posible.

### SECCION 1ª.- Efectos frente a la persona del deudor.

En realidad, poco es lo que hay que decir sobre los efectos que el pronunciamiento de cualquiera de los procesos en estudio acarrea a la persona del deudor, ya que, insistimos, ambos son procesos fundamentalmente patrimoniales. Las consecuencias que antiguamente derivan de la declaratoria de quiebra —prisión, pérdida de ciertos derechos, cívicos o profesionales— no existirán en estos procedimientos.

Únicamente encontramos el artículo 110 de la ley de 13 de julio de 1967 que establece que la sentencia que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes acarrea de pleno derecho contra el deudor incapacidad de ejercer una función electiva. Prevé además dicha disposición, que en caso de que el deudor se encuentre ejerciendo una función de esa naturaleza al momento de dicho pronunciamiento, se considerará que ha dimitido. Este efecto es automático, y totalmente desvinculado de todo trasfondo moral. La conducta del deudor puede ser irreprochable y sin embargo dicho efecto le alcanzará.

Las otras consecuencias tienden a asegurar la conservación del patrimonio en interés de la masa de acreedores, y por ello las veremos acto seguido, estudiando los efectos frente al patrimonio del deudor.

#### SS 1.- Efectos sobre el patrimonio del deudor.

Se trata en la especie de impedir que el deudor pueda atentar contra la prenda común de sus acreedores, imponiéndole en adelante la prohibición de disponer de él libremente. Sin embargo, las medidas imaginadas son diversas según se trate de un proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes. Tales medidas serán estudiadas como sigue.

#### SS 2.- La asistencia en caso de arreglo judicial.

Dispone el artículo 14 de la ley de comentario que la sentencia que pronuncia el arreglo judicial produce de pleno derecho, a partir de la fecha de su pronunciamiento, la asistencia obligatoria del deudor por parte del síndico en todos los actos que conciernan la administración y la disposición de sus bienes. Quiere ello decir que el deudor en este caso no pierde la administración ni la disposición de su patrimonio. Simplemente requerirá el concurso del síndico, sin el cual sus actos, a pesar de ser válidos —ya que la asistencia no implica incapacidad del deudor por una parte, y por otra, los bienes le siguen perteneciendo— serán inoponibles a la masa, como veremos.

Los alcances de la asistencia del deudor en esta materia son similares a los efectos que acarrea la declaratoria de liquidación de bienes, pero sus efectos son más limitados. Veremos cuáles son las consecuencias que acarrearán uno y otro.

#### SS 3.- El desapoderamiento en materia de liquidación de bienes.

El fallo que decreta la liquidación de bienes del deudor acarrea para éste la pérdida de la administración y disposición de todos sus bienes, presentes y futuros, que constituyen su patrimonio, son ejercidos durante todo el tiempo que dure la liquidación de bienes por el síndico.<sup>(54)</sup>

Las consecuencias que de seguido enunciaremos son válidas para la asistencia y para el desapoderamiento.

#### SS 4.- Consecuencias de la asistencia y del desapoderamiento.

- 1.—Las medidas en estudio son establecidas en protección del patrimonio del deudor y no acarrearán la incapacidad de éste.<sup>(55)</sup>
- 2.—El deudor no pierde la propiedad de sus bienes, pero tampoco éstos pasan a serlo de los acreedores. Se da una situación análoga a la del embargo.
- 3.—La sanción de los actos cumplidos por el deudor en estado de liquidación de bienes o de arreglo judicial, actuando sólo en el primer caso, sin la asistencia del síndico en el segundo, no son nulos, sino simplemente inoponibles a la masa de acreedores, la cual puede desconocerlos. Estos efectos se refieren a ella y no a los terceros. El acto sigue siendo válido y el contratante podrá perseguir al deudor, una vez finalizados los procedimientos en estudio. Así pues, la asistencia y la representación se analizan como una indisponibilidad de los bienes frente a los acreedores sancionada por su inoponibilidad a éstos.  
En estos casos la situación es simple para los acreedores: basta probar que el acto fue hecho irregularmente por el deudor luego de la declaratoria de arreglo judicial, o bien, realizado dentro del período de sospecha si les para perjuicio. Ninguna otra condición debe ser reunida. Veremos la diferencia con la acción pauliana, más adelante.<sup>(56)</sup>
- 4.—La asistencia o el desapoderamiento afecta todos los bienes del deudor, civiles o comerciales, lo mismo presentes como aquellos

(54) Art. 15 de la ley.

(55) "L'incapable ne peut faire d'actes juridiques valables, et c'est en général pour sa protection que l'incapacité est édictée. Le débiteur au contraire peut faire des actes juridiques et ces actes son inattaquables aussi bien par lui même (voy. Cass. com. 19 mars. 1969. Bull. Cass. 1969, 4, N° 107) que par celui avec lequel il a traité". RIGERT por ROBLOT, op. cit. pág. 684. En el mismo sentido. DERRUPE. op. cit. pág. 111 y sig. BORD. op. cit. pág. 174.

(56) Véase infra, SS 3, Sec. 3ª este capítulo.



que pueda adquirir por cualquier título mientras que se encuentre, sea en estado de liquidación de bienes, sea en estado de arreglo judicial. (57)

- 5.—La asistencia o el desapoderamiento consagran simplemente la transferencia de parte de los poderes de administración y de disposición del deudor a favor de la masa, en la persona del síndico quien ejerce el control o la representación correspondiente.
- 6.—En consecuencia, el deudor puede dedicarse a otra actividad, aun comercial. (58)
- 7.—Los efectos de la asistencia y del desapoderamiento corren a partir del día del pronunciamiento y se mantienen durante todo el tiempo que dure el proceso.
- 8.—El deudor no podrá pagar ningún crédito a partir de tal fecha ni recibir ningún pago, a no ser con la asistencia o a través del síndico.
- 9.—La compensación, analizada en derecho francés como un doble pago, no es posible a partir de la resolución que declara el arreglo judicial o la liquidación de bienes.
- 10.—El deudor requiere asistencia del síndico para demandar y ser demandado en caso de arreglo judicial, y será el síndico solo quien actuará en caso de liquidación de bienes. (59)

#### SS 5.- Excepciones a la asistencia y al desapoderamiento.

- 1.—Actos personales: los actos personales, tales como matrimonio, adopción, reconocimiento, etc., no afectan el patrimonio del deudor y por tanto escapan a las medidas que han sido previstas en su protección, aun si, como por ejemplo, en algunos casos como en el de las acciones en reclamo de un daño moral se produjeren consecuencias patrimoniales. (60)

(57) "En raison de l'unité du patrimoine les procédures atteignent tout l'actif du débiteur". J. DERRUPE, op. cit. pág. 113.

(58) "Les règles édictées dans un cas comme dans l'autre.. n'entraînent pas pour le débiteur l'interdiction d'exercer une nouvelle profession ou une nouvelle activité, même commerciale... le débiteur peut agir seul pour tout ce qui concerne cette nouvelle activité; les biens qu'il acquiert sont frappés par le dessaisissement". J. F. MARTIN. "La pratique du Règlement judiciaire". Ed. J. Delmás et Cie. PARIS. 1972. pág. E6. (En el mismo sentido JAUFFRET, op. cit. pág. 326.

(59) "En cas de règlement judiciaire le débiteur ne peut agir en justice qu'avec l'assistance du syndic: il lui est interdit d'agir seul, même si le syndic refuse d'agir... En cas de liquidation des biens seul le syndic peut agir en justice. De la même manière les tiers ne peuvent agir contre le débiteur seul, en cas de règlement judiciaire et ils doivent agir contre le syndic seul en cas de liquidation des biens... même si les poursuites ont été commencées avant le jugement déclaratif". BORD, op. cit. pág. 180.

(60) "...même si ces actes produisent des conséquences pécuniaires seul le débiteur a la droit d'en décider". DERRUPE, op. cit. pág. 115.

- 2.—Bienes inembargables: los efectos del desapoderamiento no alcanzan los bienes inembargables. El desapoderamiento ha sido analizado en derecho francés como un embargo colectivo y por ende los bienes que no son susceptibles de embargo escapan a él. (61)

- 3.—Escapan a la asistencia o a la representación del síndico el ejercicio de las acciones que el deudor intente en protección a derechos personales o extrapatrimoniales, y como es lógico entender, también las intervenciones que debiere hacer en su defensa en los procesos en estudio. (62)

#### SS 6.- Medidas conservatorias del patrimonio.

A partir del momento en que el síndico entra en funciones se encuentra obligado a realizar una serie de actos que tienden a la conservación del patrimonio del deudor, entre ellos todos los necesarios a conservar los derechos del deudor frente a los deudores de éste, (63) por ejemplo deberá tramitar las inscripciones hipotecarias que no hayan sido hechas por el deudor en garantía de sus créditos. (64)

Se tratará en la especie de evitar que el activo del deudor sea disminuido, mediante el establecimiento de una hipoteca a favor de la masa sobre todos los bienes del deudor susceptibles de ello, tanto de los existentes como de los futuros, inscripción que deberá ser hecha por el síndico. (65)

Pero por sobre todo el síndico deberá proceder a establecer la consistencia del activo, mediante un inventario de los bienes del patrimonio del deudor, levantado en presencia de éste (66) en dos tantos, uno de los cuales es depositado en la secretaría del tribunal y el otro lo conservará él. En la confección del inventario, si el síndico lo considera necesario podrá hacerse ayudar por cualquier persona que él estime conveniente tanto para su redacción como para la evaluación de los objetos en él contenidos, según puede verse del artículo 35 del Decreto. En caso de liquidación de bienes o de arreglo judicial de una persona fallecida, es necesario proceder a hacer el inventario dicho en presencia de los herederos, o éstos al menos habiendo sido debidamente convocados a tal acto mediante carta certificada.

(61) "Par exception échappent au dessaisissement les biens insaisissables; par exception la portion insaisissable de salaires qui pourra toucher le failli s'il trouve un emploi salarié". JAUFFRET, op. cit. pág. 327. En el mismo sentido BORD, op. cit. pág. 176.

(62) "...il n'est pas douteux que le débiteur peut exercer seul les actions ou les voies de recours liées à la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens... Il peut notamment relever appel du jugement déclaratif, provoquer la revocation du syndic, formuler les réclamations sur l'état de vérification des créances, etc." BORD, op. cit. pág. 181.

(63) Art. 16 de la ley.

(64) Art. 16 párrafo 2º ibid.

(65) Art. 17 ibid.

(66) Art. 18 ibid.



El síndico deberá, también, proceder a examinar y a clausurar los libros contables que llevaba el deudor y que éste deberá haberle entregado, dentro de los tres días posteriores a la decisión del tribunal si no se hubiere decretado en la misma la aposición de sellos judiciales, según se ve del artículo 26, párrafo 1º del Decreto. La falta de presentación oportuna de los libros hará incurrir al deudor en las penas de bancarrota simple facultativa del artículo 128 de la ley. Tales libros, junto con otros documentos e informaciones servirán al síndico para establecer un estado de situación en caso de que el deudor no hubiere presentado el balance que la ley le obliga a hacer. (67)

Además, el síndico puede, en cualquier caso, sin el concurso del deudor, proceder a realizar los actos que éste o los representantes sociales hubieren dejado de hacer a fin de proteger el patrimonio, siempre que cuente con autorización del juez comisario. (68)

Por su parte el tribunal, a la hora de pronunciarse sobre la declaratoria de arreglo judicial o de liquidación de bienes puede prescribir la aposición de sellos sobre cajas, carteras, libros, papeles, muebles, efectos, negocios y contadoras del deudor. (69)

La correspondencia del deudor es recibida por el síndico. Será abierta en presencia de aquél si se encontrare presente. Toda carta que tuviere un carácter personal le será restituida al deudor. (70) Sin embargo, nos parece que en caso de arreglo judicial será el deudor directamente quien reciba la correspondencia, sin intervención del síndico, toda vez que el artículo 22 de la ley habla únicamente de "liquidación de bienes".

El deudor puede obtener, por una parte, que los bienes que le sean necesarios a él y a su familia sean excluidos de la aposición de sellos judiciales (71) y por otra, que un socorro económico le sea acordado para él y su familia, en monto fijado por el juez-comisario y extraído del activo. (72) En este último caso, el deudor interesado debe solicitar expresamente la concesión de tal auxilio. Finalmente el deudor también puede lograr que los objetos necesarios a su actividad profesional o a su empresa sean excluidos de la aposición de sellos, cuando la continuación de la explotación ha sido autorizada. (73)

A tenor de lo dispuesto por el artículo 21 de la ley de 13 de julio de 1967, a partir de la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes de una persona moral se encuentran

(67) Art. 27 Decreto.

(68) Art. 14, párrafo 2º Ley. "Il en est ainsi notamment lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de proceder au recouvrement d'effets et créances exigibles, de prendre des objets soumis à dépréciation prochain ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière". BORD, op. cit. pág. 177.

(69) Art. 19 de la ley.

(70) Art. 22 *ibid.*

(71) Art. 20, inciso 1º de la ley.

(72) Art. 23 *ibid.*

(73) Art. 20, inciso 3º *ibid.*

impedidas de ceder las partes o acciones que representen sus derechos sociales los dirigentes de hecho o de derecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, a no ser que cuenten con la autorización del juez-comisario, debiendo depositar, además, sus títulos al portador entre las manos del síndico. Como veremos más adelante, tales personas, si se llegare a determinar que no existe un activo del todo o éste es escaso, podrán en determinadas circunstancias ser responsables de pagar el pasivo so pena de decretarse en su contra la liquidación de bienes.

Se ha dispuesto también que toda persona que se hubiere inmiscuido en la gestión de la persona moral le será declarada por el tribunal la incesibilidad de sus acciones o partes sociales, y podrá también eventualmente ser responsable del pago del pasivo social según lo estudiaremos más adelante, caso en el cual, y como única excepción, los procedimientos en estudio son aplicados, a falta de pago, a una persona física no comerciante. (74)

El síndico, bajo su responsabilidad, asegura la custodia de las acciones que le son entregadas por los dirigentes sociales y a falta de remisión voluntaria por parte de éstos les invita a proceder a su depósito. Un certificado a cambio será entregado a sus propietarios por el síndico a fin de permitirles participar en las asambleas de la persona jurídica colectiva. (75)

## SECCION II.- Disposiciones particulares a las personas morales y a sus dirigentes.

### SS 1.- Dirigentes.

Bien que los efectos de la declaratoria de arreglo judicial o de liquidación de bienes son fundamentalmente de carácter patrimonial, algunos de ellos, limitados a veces, excesivos otras, son producidos frente a los socios y dirigentes de la persona jurídica colectiva.

Así por ejemplo el artículo 110 de la ley establece que los dirigentes sociales, de hecho o de derecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, no serán más, a partir de la resolución que pronuncia uno u otro procedimiento, capaces de ejercer una función electiva, y si se encontraren ejerciéndola se considerará que han dimitido.

Por su parte el artículo 99 de la ley de comentario dispone que en caso de que se llegue a determinar en uno u otro procedimiento una insuficiencia de activo, el tribunal puede decidir, a solicitud del síndico o bien de oficio, que las deudas sociales serán soportadas solidaria o individualmente por todos los sujetos enumerados en el caso anterior del artículo 110.

Se trata en la especie de sancionar la mala gestión de los dirigentes en la época anterior a la declaratoria, imponiéndoles una carga patrimonial además de una sanción cívica.

(74) Art. 21, párrafo 2º *ibid.*

(75) Art. 39 del Decreto.



Tal responsabilidad desaparece una vez que el dirigente hubiere probado que en la gestión de los negocios sociales puso toda la actividad y diligencia necesarias. (76)

En cuanto a los que resultaren responsables y se vieren obligados a pagar la parte fijada por el tribunal conforme lo señala el artículo 99 citado, podrán también ser declarados en estado de liquidación de bienes, o de arreglo judicial, según el caso, si aquéllos no llegaren a pagar tal parte. (77)

Es el único caso en que al arreglo judicial o la liquidación de bienes puede ser aplicada, a una persona física que no ejerce el comercio.

También podrá ser declarado personalmente en arreglo judicial o en liquidación de bienes todo dirigente de hecho o de derecho, aparente u oculto, remunerado o no, que hubiere realizado actos de comercio en un interés personal, pero por intermedio de la persona moral la cual disfrazaba tales actuaciones.

En el mismo caso se encuentra cualquier dirigente dicho cuando hubiere dispuesto de los bienes sociales como si fueran suyos propios, o que hubiera continuado abusivamente, en su propio interés una explotación deficitaria que no podía sino llegar a encontrarse en cesación de pagos.

El anterior es un caso de declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial de dos personas a la vez: la de la persona moral y la del dirigente, ya que, el pasivo será compuesto por los débitos de ambos y el activo por el haber común, siendo tomada en cuenta únicamente para los efectos de la declaratoria la fecha de cesación de pagos de la persona jurídica colectiva.

#### SS 2.- Socios.

Los efectos de la declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial no alcanzan a los socios, a menos que éstos sean ilimitada y solidariamente responsables del pasivo social. Tales socios, sabemos, no existen sino en las sociedades en comandita o en las sociedades en nombre colectivo. (78)

En esos casos la resolución que constata la cesación de pagos de la persona moral produce efectos respecto de todos los socios

(76) Art. 99 párrafo 3º de la Ley.

(77) Art. 100 de la Ley.

(78) Los socios no responsables solidaria e ilimitadamente del pasivo social escapan a las consecuencias de tal declaratoria por dos razones: la primera: su responsabilidad está limitada a su aporte; la segunda: no son comerciantes. Una situación especial se presenta en el caso de personas jurídicas colectivas de derecho privado no comerciantes; todo dirigente o asociado, dice el artículo 96, párrafo 3º de la Ley, es excluido cuando aquéllas no tuvieren un objeto económico ni persigan, ni de hecho ni de derecho, un fin lucrativo. Se trata de evitar que cierto tipo de asociaciones desaparezcan o dejen de ser creadas por temor de las personas que las dirigen o que las constituyen de ser alcanzados por los efectos de una liquidación de bienes o de un arreglo judicial.

que son ilimitada y solidariamente responsables del pasivo social y pronuncia contra cada uno de ellos, sea el arreglo judicial, sea la liquidación de bienes. (79)

Finalmente todas las personas contempladas anteriormente pueden ser también alcanzadas por las sanciones de una quiebra personal o de una bancarrota cuando hubieren actuado de manera tal que su conducta fuere sancionable de una u otra manera, como veremos oportunamente en el título tercero siguiente.

### SECCION III.- Efectos frente a los acreedores.

#### SS 1.- Acreedores quirografarios.

La resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes constituye a los acreedores en una masa representada por el síndico quien será el único que podrá actuar por ella y comprometerla. (80)

La constitución de los acreedores en una masa es la consecuencia de la pérdida de sus derechos individuales frente al deudor, dado el carácter colectivo del proceso, y tiende a asegurar la igualdad entre aquéllos, (81) así como su protección, preservando por aparte el patrimonio.

En su beneficio son transferidos algunos poderes, en la medida en que son perdidos o limitados al deudor, pero será únicamente el síndico quien actuará por ella.

El estado de unión es relativamente inconsistente, toda vez que sólo una asamblea de acreedores existe: la concordataria en materia de arreglo judicial.

#### A.—Naturaleza jurídica de la masa.

La doctrina y la jurisprudencia francesas se han esforzado en decantar los rasgos jurídicos de la masa. No obstante que el acuerdo no es completo entre unos y otros, ambos aceptan la existencia de la personalidad jurídica de ésta. (82)

En apoyo a la afirmación de la existencia de la personalidad jurídica, la doctrina ha echado mano de jurisprudencia que, bien es

(79) Art. 97 de la Ley.

(80) Art. 113, párrafo 1º *ibid.*

(81) "Le but essentiel des procédures est d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers; il faut empêcher que l'un par son acharnement ou son habilité ne soit plus payé qu'autres". BORD, *op. cit.* pág. 97.

(82) "Depuis longtemps la majorité de la doctrine reconnaissait la personnalité morale de la masse des créanciers (Lyon-Caen et Renault, *dés la 2º ed. de leur Traité de droit commercial t. VII, Nº 472; Percerou et Dessertaux, Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2e. ed. t. I, Nº 85, Lacour et Bouteron Nº 2348; Escarra Nº 1546.*" BORD, *op. cit.* pg. 98.



cierto inicialmente en forma incompleta y fragmentaria reconocía a la masa algunos aspectos de tal personalidad jurídica. Entre ellas la que afirma que el síndico actúa a nombre de la masa sin que sea necesario hacer mención en los actos de procedimiento de los nombres de los acreedores ni notificarles a cada uno de éstos tales actos; el hecho de que existan eventualmente créditos a cargo de la masa sin que pueda decirse que cada acreedor en la masa sea deudor de los acreedores de la masa; además le confiere a la masa una hipoteca, cuya inscripción, como hemos visto corresponde al síndico. Por último casación se ha pronunciado en forma expresa sobre la personalidad jurídica de la masa en el año 1956. (83)

Sin embargo, Ripert (84) se manifiesta en contra diciendo que el síndico no es un representante de la masa sino un mandatario judicial; que la masa no tiene un patrimonio propio al no perder el deudor la propiedad de éste, y que aún si se reconociera a la masa la personalidad moral, sus características no permitirían acomodarla en ninguna de las categorías conocidas de sociedades, asociaciones, grupos de interés económico. Para él la masa es una institución original de derecho privado.

La ley de 13 de julio de 1967, así como el decreto que la complementa no toman ningún partido en esta materia en forma expresa. Sin embargo, el artículo 13 párrafo 1º de la Ley, establece que el síndico es el representante de la masa, y que sólo él puede obligarla. En todo caso, la jurisprudencia citada del año 56, como vimos ha aceptado la personalidad jurídica de la masa y es dable pensar que ese estado de cosas se mantendrá actualmente.

### B.—La ley de la igualdad.

Se ha insistido en que uno de los fines primordiales de los procedimientos en estudio es el asegurar la igualdad entre acreedores y evitar que algunos de ellos, gracias a una mayor diligencia logre un beneficio superior al de los otros. De ahí su constitución en una masa y la privación de la posibilidad de, en adelante, perseguir individualmente al deudor. De ahí también que una vez realizado el activo aquéllos sean pagados proporcionalmente.

Pero esta igualdad en realidad no es posible sino entre acreedores quirografarios, toda vez que por tradición y siendo consecuentes con los principios que gobiernan la materia, los acreedores cuyo crédito es preferencial en vista de un privilegio, una prenda o hipoteca, escapan a la composición y alcances de la masa, con algunas limitaciones, eso sí, como veremos.

Se nota pues, cómo se presenta un conflicto de intereses entre acreedores comunes y acreedores privilegiados. Precisamente se ha observado que si se permite indiscriminadamente y sin control la producción de créditos privilegiados los acreedores quirografarios

(83) Cas. comercial de 17 de enero de 1956.

(84) Op. cit. pág. 683 y sigs.

no podrán obtener prácticamente ningún provecho de un procedimiento concursal. Sin embargo, el legislador, si bien es cierto puede imponer ciertas restricciones en esta materia, como veremos las ha impuesto, no puede llegar a suprimir las causas preferenciales entre unos y otros, toda vez que de su existencia, en buen grado depende el funcionamiento de un buen crédito mercantil.

Examinaremos un poco más adelante cada una de estas categorías de acreedores privilegiados.

### C.—Algunos efectos de la declaratoria de arreglo judicial o de liquidación de bienes frente a los acreedores comunes.

Será a partir de la resolución que pronuncia la suspensión de acciones que toda demanda mobiliaria o inmobiliaria de los acreedores quirografarios, cuyo crédito hubiere nacido antes de la misma será suspendida. Se habla de acreedores comunes, quirografarios o "acreedores en la masa" para diferenciarlos de los "acreedores de la masa" cuyo crédito será posterior a la declaratoria de cese de pagos a causa de la autorización de la continuación de la actividad o explotación. Se diferencian de los primeros en que recibirán un pago preferencial. (85) A la vez estos últimos se diferencian de los acreedores fuera de la masa, cuyo crédito también ha nacido con posterioridad a la declaración de liquidación de bienes o liquidación judicial, pero no en virtud de una autorización del tribunal de la continuación de la explotación o actividad, sino en condiciones anormales, es decir, a causa de la actuación irregular del deudor en estado declarado de cesación de pagos: sin el concurso del síndico en caso de arreglo judicial, o solo, en caso de liquidación de bienes. Estos créditos, no importa que éstos ya hubieren sido juzgadas en primeramente dicho, son alcanzados por los efectos de éste, toda vez que no pueden, a pesar de ser válidos, cobrarse judicialmente, mientras que el proceso de liquidación o de arreglo persista. (86)

Las acciones que hubieren sido comenzadas en reclamo de un crédito, no importa que éstos ya hubieren sido juzgados en primer instancia, deberán continuarse contra el deudor asistido del síndico en caso de arreglo judicial, o frente a este último actuando solo, en caso de liquidación de bienes. (87)

Los intereses de todos los créditos comunes cesarán de correr a partir de la resolución que constata la cesación de pagos. (88) Esta

(85) Art. 35 de la ley.

(86) "Ne sont pas soumis à la suspension des poursuites individuelles les créanciers hors de la masse, c'est-à-dire ceux dont le droit est né postérieurement au jugement déclaratif, mais dans de conditions qui n'engagent pas la masse; toutefois leur action est paralysée par l'effet du dessaisissement". MARTIN,

(87) op. cit. pág. F2.

(88) Art. 36 de la ley.

Art. 38 *ibid.*



suspensión tendrá efecto frente a la masa y no frente al deudor quien seguirá siendo obligado por ellos. (89)

El plazo de las obligaciones, tanto comunes como privilegiadas vencerá por el hecho de la declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial. (90) Esta disposición se explica en vías de la igualdad entre acreedores, además de la simplificación de los procedimientos: la existencia de créditos sin vencer entorpecería el proceso. (91)

Finalmente, los acreedores quirografarios se encuentran beneficiados por la existencia de una hipoteca legal derivada de la declaratoria de la liquidación de bienes o del arreglo judicial. (92) Se trata por este medio de conservar el patrimonio del deudor: la inscripción hecha por el síndico hará inoponibles a los acreedores quirografarios las mutaciones de propiedad y las hipotecas que no hubieren sido inscritas oportunamente.

En caso de arreglo judicial la hipoteca tendrá como fin, además del indicado, el asegurar la ejecución del eventual concordato, a pesar de que este pone fin al juicio, según es dispuesto por el artículo 74, párrafo 2º de la ley. En este caso el síndico estará obligado a realizar una nueva inscripción sobre los mismos bienes.

#### D.—Acreedores garantizados con una fianza, o a favor de los cuales el crédito contiene varios codeudores solidarios.

El acreedor cuyo crédito haya sido suscrito, endosado o garantizado solidariamente por dos o más coobligados que han cesado en sus pagos, puede producir su crédito en todas las masas por el valor nominal de su título y participar en las distribuciones hasta su pago total. (93)

Ningún recurso, en razón de los dividendos puede ser ejercido entre los coobligados a menos que la reunión de los dividendos que recobrare el acreedor en cada una de las distribuciones excediere el principal y accesorios, en cuyo caso el excedente en cuestión se devolverá conforme el orden de las obligaciones, a los coobligados que tuvieren a los otros por garantes. (94)

En todo caso, si sólo uno de los coobligados hubiere cesado en sus pagos, el acreedor puede recurrir contra los otros en reclamo de la totalidad de su crédito a pesar de la existencia del proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes, a condición que el

(89) "Cette règle a pour but réaliser l'égalité entre tous les créanciers et permet de faciliter les opérations en fixant uniformément le montant des créances au jour du jugement". BORD, op. cit. pág. 113.

(90) Art. 37 de la ley.

(91) "Le débiteur n'est plus digne, en effet, de la confiance du créancier, et le maintien du terme compliquerait la liquidation". JAUFFRET, op. cit. pág. 336.

(92) Art. 17 de la ley.

(93) Art. 46 de la ley.

(94) Art. 47 *ibid.*

crédito sea exigible, pues el vencimiento operado en contra del deudor por el hecho de tal declaratoria no se comunica a aquéllos, quienes en consecuencia podrán hacer valer la existencia del plazo.

#### SS 2.- Acreedores privilegiados.

Los acreedores con garantía real no forman parte de la masa y por lo tanto su derecho de acción individual es mantenido.

Así, tanto acreedor prendario como acreedor hipotecario podrán perseguir al deudor y hacer rematar judicialmente el bien dado en garantía con cuyo producto se pagarán el principal y accesorios.

Más adelante veremos que el acreedor hipotecario, sin embargo, encuentra ciertas limitaciones en el libre ejercicio de su derecho, limitaciones que ahora simplemente enumeramos: la demanda deberá ser hecha, o continuada, frente al deudor asistido por el síndico en caso de arreglo judicial, y frente al síndico sólo en caso de liquidación de bienes; deberá intentarse la acción dentro de los dos meses posteriores a la notificación de la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, pues de lo contrario será el síndico quien lo hará por él; el síndico puede recuperar el bien dado en garantía pagándole el monto del principal e intereses; deberá el acreedor hipotecario también proceder a informar al tribunal si en caso de que el concordato fuere homologado en el proceso de arreglo judicial estaría o no de acuerdo en conceder alguna prórroga o remisión al deudor. En caso de acreedores hipotecarios de grado inferior, llegado el caso del remate del bien, una vez pagado el acreedor de primer grado no podrán pretender recobrar algo del remanente pues éste es pasado a formar parte del activo repartible entre los acreedores comunes. (95) La falta de producción de su crédito puede acarrearles sanciones, (96) entre ellas la pérdida de su derecho, lo cual es discutible, como veremos.

#### A.—Acreedor prendario.

El acreedor prendario tiene un derecho de garantía que le hace ser pagado de preferencia en su totalidad, principal e intereses debidos hasta el momento de su efectivo pago. Sin embargo, este privilegio se refiere al bien afecto a la garantía y en la medida en que la realización de éste permita el pago de ambos extremos. De lo contrario, el máximo recobrable por el acreedor será el producto de tal bien. El saldo en descubierto según la legislación actual francesa es posible legalizarlo en calidad de crédito común y concurrir al pago del dividendo junto con los acreedores quirografarios. (97) De ahí el interés del acreedor privilegiado de producir su crédito, no

(95) Art. 85 *ibid.*

(96) "...ils doivent produire, c'est-à-dire, déclarer leur créance sous peine de perdre leur droit..." DERRUPE, op. cit. pág. 118. BORD, op. cit. pág. 119.

(97) Art. 87 de la ley.



sólo en miras de su comprobación como es exigido, sino también a efecto de participar eventualmente en la ulterior repartición del activo.

Si por el contrario, una vez realizado el bien, del producto de éste alcanzare para cubrir el principal e intereses y hubiere remanente, éste será entregado al síndico a fin de que forme algún del activo disponible a efecto de ser repartido oportunamente entre los acreedores comunes.

La igualdad entre acreedores no puede ser total, máxime si se trata de acreedores comunes frente a acreedores privilegiados. Sin embargo algunas soluciones pueden ser impuestas tendientes a permitir una más justa distribución del patrimonio entre los acreedores. Así pues, una medida de esta naturaleza es la que permite al síndico recoger el bien dado en prenda y hacerlo formar parte del activo repartible entre acreedores quirografarios, previo pago al deudor privilegiado del principal e intereses. En el mismo orden de ideas, toda vez que cualquier remanente que hubiere formará parte de ese activo, el síndico, si el acreedor privilegiado no procediere a la venta judicial del bien dentro del plazo correspondiente, podrá hacerla él a su nombre previa autorización del juez-comisario.<sup>(98)</sup>

#### B.—Acreedor hipotecario.

Por su parte, el acreedor hipotecario no forma parte de la masa pues la insolvencia de su deudor no le afecta, y, en principio, obtendrá las mismas ventajas que el acreedor prendario, diferenciándose de éste, lógicamente, en cuanto al bien garante, que en este caso será un inmueble.

El acreedor hipotecario deberá proceder a realizar el bien dentro de los dos meses posteriores a la notificación de la resolución que declara el arreglo judicial o la liquidación de bienes, pues de lo contrario, dice el artículo 34 de la ley, el síndico iniciará el procedimiento correspondiente de cobro dentro del mes posterior.

Sin embargo, para poder conservar su derecho, el acreedor hipotecario deberá haber inscrito su hipoteca en el Registro correspondiente antes de la publicación de la decisión del tribunal declarando la liquidación de bienes o el arreglo judicial.<sup>(99)</sup>

En todo caso, tanto acreedor prendario como hipotecario, deberán legalizar sus créditos en el juicio, a fin de determinar el monto y naturaleza del pasivo del deudor, como veremos en el capítulo siguiente sobre la organización de los procedimientos.

Al igual que en el caso del acreedor prendario, la masa tendrá interés en que se proceda lo más rápido posible a rematar el bien dado en garantía, toda vez que, habiendo vencido el crédito privilegiado junto con los comunes su cobro se impone, pero fundamentalmente porque una vez rematado el eventual remanente acrecerá en su beneficio.

(98) Art. 83 *ibid.*

(99) Art. 33 *ibid.*

#### SS 3.- La inoponibilidad de los actos del deudor.

Si el deudor llegare a disponer de sus bienes irregularmente una vez que estuviere en estado de cesación de pagos declarado judicialmente, tal disposición es, no nula, sino inoponible<sup>(100)</sup> a los acreedores, quienes verán de esta manera protegidos sus derechos.

La inoponibilidad también alcanza a los actos que hubiere realizado el deudor dentro del período de sospecha.<sup>(101)</sup> El período de sospecha es conocido en nuestro medio como la "retroacción de los efectos de la Quiebra". La doctrina francesa habla de inoponibilidad y no de nulidad de los actos realizados en este período. En realidad, al menos dentro del sistema francés, no se puede hablar de nulidad toda vez que los actos realizados por el deudor en estado de cesación de pagos son válidos al no ser éste alcanzado por una "incapacidad", y al continuar siendo propietario de sus bienes.

La doctrina francesa ha explicado la inoponibilidad diciendo que por el hecho de la declaratoria del estado de cesación de pagos los acreedores adquieren frente al deudor la calidad de terceros pudiendo de esta manera discutir los actos que éste hubiere realizado en su perjuicio.<sup>(102)</sup>

#### A.—Plazo.

Como vimos oportunamente, al comentar el artículo 6º de la ley de 13 de julio de 1967, el tribunal, en la misma resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, debe fijar provisionalmente la fecha en que el deudor cesó en sus pagos, y si ello no fuere posible se entenderá que tal hecho ocurrió el mismo día de la declaratoria. La misma llega a ser definitiva una vez que sea fijado el estado definitivo de los créditos. Sin embargo, el legislador francés no quiso poner en duda los actos del deudor realizados mucho tiempo atrás del pronunciamiento dicho —como sucedía antiguamente: la fecha era fijada en la medida en que fuera comprobado el momento en que el deudor hubiere cesado en sus pagos, el cual podía ser muy lejano— a fin de no perjudicar el crédito mercantil. De ahí que a la hora de referirse a los actos inoponibles a la masa señala, en su artículo 29 de la ley, que la fecha de cesación de pagos no podrá ser fijada como ocurrida sino al máximo con dieciocho meses de ante-

(100) Véase al respecto Supra SS 4, Sec. I. Capítulo II, este título.

(101) "...il existe... un période où les actes faits par le débiteur sont suspects: il y a à tout lieu de craindre que le débiteur qui a cessé ses paiements, ou qui est sur le point de le faire, ne recoure à des actes nuisibles à ses créanciers ou à certains d'entre eux". JAUFFRET, op. cit. pág. 328.

(102) "Alors qu'en droit civil les créanciers sont obligés de subir les fluctuations du patrimoine et, pour cette raison sont assimilés à des ayants cause universels, la masse, parce que le jugement déclaratif réalise à son profit un commencement d'exécution sur le patrimoine du débiteur acquiert à l'égard de celui-ci la qualité de tiers qui lui permet de discuter ces actes". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 684.



lación. Los actos que hubieren, entonces, ocurrido dentro de ese plazo así fijado, o los posteriores a la declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial que fueren hechos irregularmente, podrán ser declarados inoponibles a la masa.

### B.—La inoponibilidad y la acción pauliana.

La utilidad de la inoponibilidad ha sido cuestionada en muchas ocasiones, alegándose que existe un procedimiento que permite a los acreedores conseguir el mismo fin: la acción pauliana.

Sin embargo la protección ofrecida por la acción pauliana no es suficiente, pues, por una parte, las condiciones de su ejercicio son rigurosas, por ejemplo el demandante debe establecer que el acto atacado ha determinado o aumentado la insolvencia del deudor; probar que el deudor ha realizado el acto con intención de fraude; si el acto es a título oneroso debe probar que el tercero cocontratante ha sido cómplice de tal fraude; y por otra parte, la acción pauliana no permite atacar los pagos realizados por el deudor. En cambio, en cuanto al régimen de la inoponibilidad, bastará la prueba del perjuicio y la de que el acto ha sido realizado, o bien dentro del período de sospecha, o bien posteriormente a la constatación de la cesación de pagos judicialmente, en forma irregular, aun cuando el tercero que pudiese resultar afectado fuere de buena fe.

No obstante, como existe la limitación de los dieciocho meses dicha, plazo máximo del período de sospecha, la acción pauliana servirá para atacar los actos que sí resultaren oponibles a la masa por haber sido realizados fuera de ese período, pero que pueden ser atacables en virtud del fraude y otras circunstancias que rodeen el acto. <sup>(103)</sup>

El artículo 29 de la ley, luego de establecer que la inoponibilidad no puede extenderse a los actos que hubieren sido realizados más allá de los dieciocho meses anteriores a la declaratoria del arreglo judicial o de la liquidación de bienes, enumera cuáles son los actos que no pueden ser opuestos a la masa.

Ahora bien, el legislador francés distingue en dicha enumeración los actos que serán inoponibles de pleno derecho de los que lo serán facultativamente. <sup>(104)</sup>

(103) "Le recours à l'action paulienne devrait être désormais plus fréquent pour atteindre dans la mesure du possible, les actes passés par le débiteur à une époque où il se trouvait manifestement en état de cessation des paiements et qui échappent cependant aux inopposabilités du fait que la date de la cessation des paiements ne peut être légalement antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé du jugement déclaratif". BORD, op. cit. pág. 214.

(104) "Certains inopposibilités sont dites de droit, parce que le tribunal doit pronocer l'inopposabilité à la demande du syndic dès lors que les conditions légales sont réunies. D'autres sont dites facultatives, parce que le tribunal jouit d'un pouvoir d'appréciation". JAUFFRET, op. cit. pág. 328 y sig.

### C.—Actos obligatoriamente inoponibles.

Por constatado que los actos que se enumeran de seguido hubieren sido realizados posteriormente a la cesación de pagos, el tribunal deberá declararlos inoponibles a la masa, puesto que aparecen manifiestamente anormales, sin que exista de parte de aquél, poder discrecional para determinar su procedencia o improcedencia, y aun cuando el tercero que hubiere beneficiado de tales actos fuere de buena fe:

- 1.—Todo acto a título gratuito traslativo de propiedad de bienes muebles e inmuebles, fundamentalmente las constituciones de dote. Se justifica tal disposición porque el deudor no puede hacer liberalidades cuando se encuentra en una situación económica difícil, pues al no haber contraprestación se disminuye aún más su ya empobrecido patrimonio, el cual debe responder por sus deudas. <sup>(105)</sup> Si tales actos se hubieren realizado aun dentro de los seis meses anteriores a la fecha fijada de cesación de pagos serán inoponibles pero facultativamente.
- 2.—Todo contrato conmutativo en el cual las obligaciones del deudor excedan notablemente aquellas de la otra parte. Nótese aquí cómo la lesión influye sobre la determinación de la inoponibilidad. <sup>(106)</sup>
- 3.—Todo pago, cualquiera que hubiere sido su modo, de deudas no vencidas al día de la declaración que constata la cesación de pagos. Por ello, el pago verificado de una deuda no vencida en período de sospecha, a nuestro juicio, no puede ser atacado si antes de la declaratoria del arreglo judicial o de la liquidación de bienes la deuda hubiera llegado a vencer.
- 4.—Todo pago de deudas vencidas hecho de otra manera que en especies, efectos de comercio, giros de cuenta a cuenta o todo otro modo normal de pago. <sup>(107)</sup> Quiere esto decir que es válido el pago hecho en numerario por deudas vencidas, a no ser que el acreedor hubiera conocido el estado de cesación de pagos, caso en el cual el acto podría ser declarado inoponible facultativamente, como veremos.
- 5.—Todo depósito de sumas afectado especialmente en las manos de un tercero en aplicación del artículo 567 del Código de Procedimientos Civiles. Se refiere al depósito en garantía en caso de embargo.

(105) "Aussi, il est unanimement admis que l'opposabilité doit être étendue à toutes les libéralités entre vifs". BORD, op. cit. pág. 193.

(106) "Cette disposition doit être limitée aux contrats commutatifs et ne peut pas être étendue aux contrats aléatoires". BORD, op. cit. pág. 194. RODIERE, op. cit. pág. 272.

(107) "Pour que le paiement soit opposable, il faut en toute hypothèse qu'il ait été effectué volontairement par le débiteur; il n'en est pas ainsi lorsque le paiement est effectué à la diligence d'un créancier qui exécute dans les formes légales une décision pasée en force de chose jugée". BORD, op. cit. pg. 198.



- 6.—Toda hipoteca convencional o judicial, así como la hipoteca legal de los esposos y todo derecho de garantía prendaria constituido sobre los bienes del deudor por deudas anteriormente contraídas. Se trata de asegurar la igualdad entre acreedores, evitando que el deudor beneficie a alguno de éstos confiriéndole una garantía que no había sido contraída en los orígenes de la obligación garantizada.
- 7.—Toda inscripción hecha en aplicación de los artículos 53 y 54 del Código de Procedimientos Civiles. Se refiere a los embargos preventivos.
- 8.—Fuera de la enumeración que viene de ser hecha contenida en el artículo 29 de la ley, existe otro caso de inoponibilidad obligatoria: la del artículo 33 del mismo cuerpo legal. Se trata de las hipotecas, prendas y privilegios inscritos posteriormente a la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, sin que sea a considerar si el documento había sido maliciosamente conservado oculto, o si por el contrario responde a una operación seria en constitución de una garantía de la cual se vería privado el titular. La solución es rigurosa, puesto que, como puede verse, no se exige que la hipoteca legal de los acreedores haya sido inscrita en el Registro correspondiente. Nótese además que el efecto es producido automáticamente por la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, por lo que el tercero podrá haber de buena fe, y al amparo del Registro, contratado con el deudor. Tal solución ha sido criticada en doctrina. <sup>(108)</sup>
- 9.—En lo que respecta a la publicación de las mutaciones de propiedad, la solución es distinta. La ley no ha previsto nada al respecto. Es la jurisprudencia la que ha establecido que la publicación de tales actos será inoponible si es hecha posteriormente a que sea publicada por el síndico la hipoteca que en beneficio de los acreedores se decreta en la misma resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes. <sup>(109)</sup>
- 10.—Son igualmente inoponibles obligatoriamente las obligaciones que nacen de delitos o cuasi delitos cometidos por el deudor con posterioridad a la fecha en que es declarado en liquidación de bienes o en arreglo judicial, así como las que nacen de una disposición legal con posterioridad a tal declaratoria. Sin embargo, las acciones que, aunque iniciadas después del pronunciamiento llegaren a establecer una responsabilidad del deudor por

(108) "La règle n'est pas excellente, car le créancier peut être surpris par la liquidation des biens du débiteur survenue après la signature de l'acte constitutif". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 693.

(109) "On doit admettre que l'inscription de l'hypothèque légale est nécessaire pour défendre la masse contre les aliénations publiées postérieurement au jugement déclaratif (Cass. com. 20 juillet 1965, Gaz. Pal. 1966 1.41. Com. 8 juillet 1970, Bull. cass. 1970, 4, N° 239". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 694.

hechos de tal naturaleza cometidos antes de la declaración en cuestión, serán oponibles a la masa. <sup>(110)</sup>

D.—Actos facultativamente inoponibles.

Los demás actos no contemplados en la enumeración hecha serán inoponibles a la masa en la medida en que el tribunal estime que proceden según las circunstancias del caso. <sup>(111)</sup> El poder de apreciación del tribunal es soberano y sin control. <sup>(112)</sup>

El artículo 31 de la ley se encarga de definir cuáles actos podrán ser declarados inoponibles en los siguientes términos:

*"Los pagos por deudas vencidas efectuados luego de la fecha fijada en aplicación del artículo 29 y los actos a título oneroso cumplidos después de esta misma fecha, pueden ser igualmente declarados inoponibles a la masa, si de la parte de aquellos que hubieran percibido, actuado o tratado con el deudor, hubieren tenido conocimiento de la cesación de pagos".* *Tra-ducción libre del autor).*

Se nota pues que interesa aquí la intención o al menos el que las partes hubieren actuado conociendo el estado del deudor.

El tribunal puede además declarar inoponibles a la masa los actos a título gratuito traslativos de propiedad mobiliaria o inmobiliaria, y fundamentalmente las constituciones de dote, cuando hubieren sido efectuadas en los seis meses precedentes a la fecha de cesación de pagos. <sup>(113)</sup> Se extiende en cierta medida el límite de 18 meses, fijado por el mismo artículo en su párrafo 1º, para alcanzar a juicio del tribunal los actos dichos únicamente.

Sin embargo, la inoponibilidad no se aplica a las remesas de fondos o efectos en cuenta corriente, pues en razón de la indivisibilidad de la cuenta no existe ni crédito ni deuda sino hasta el momento de

(110) "Les obligations naissants de délits ou de quasi-délits commis par le débiteur après le jugement déclaratif sont inopposables à la masse... Toutes les condamnations prononcées après le jugement pour des faits antérieurs sont opposables à la masse... Les obligations légales mises à la charge du débiteur après le jugement déclaratif sont également inopposables à la masse". BORD, op. cit. pág. 179.

(111) "...En eux mêmes ils n'apparaissent pas anormaux, mais ils pourront l'être en raison des circonstances de la cause, de l'esprit des contractants; les tribunaux ont alors un pouvoir d'appréciation pour décider l'inopposabilité". DERRUPE, op. cit. pág. 135. M. JUGLART y B. IPPOLITO, op. cit. pág. 150.

(112) "...le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation sur lequel la Cour de Cassation n'exerce aucun contrôle (Cass. com. 12 mai 1959, D. 1959. 418)". BORD, op. cit. pág. 207.

(113) Art. 29 párrafo último ley. — "...en ce qui concerne les actes à titre gratuit visés par le dernier alinéa de l'art. 29 il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de l'acte ait eu connaissance de la cessation des paiements pour que l'inopposabilité puisse jouer... Cela est normal, puisque légalement dans les six mois qui ont précédé la cessation des paiements celle-ci n'existait pas encore". BORD, op. cit. pág. 204.



la clausura de la misma. (114) Se ha considerado aún que las remesas hechas en el período de sospecha son oponibles a la masa en virtud de ser considerados como un modo normal de pago. (115)

La cuenta corriente, siendo un contrato concluido *intuitu personae* es clausurada de pleno derecho en caso de un pronunciamiento de arreglo judicial o de liquidación de bienes de cualquiera de los dos contratantes. (116) De manera pues, que sólo serán inoponibles en tratándose de una cuenta corriente, los actos realizados con posterioridad a la declaratoria judicial dicha.

#### E.—Ejercicio de las acciones de inoponibilidad.

La inoponibilidad ha sido establecida para mantener o reconstituir el patrimonio del deudor, prenda común de sus acreedores. Es en beneficio de estos últimos que se crea el régimen de las inoponibilidades, pero como los deudores han perdido el derecho al ejercicio individual de acciones, corresponderá al órgano que las representa en juicio —el síndico—, iniciar las acciones correspondientes, (117) ante el mismo tribunal que conoce del proceso de liquidación de bienes o de arreglo judicial, quien será el único competente a declararla. (118)

No habiendo sido establecido en su beneficio el régimen de inoponibilidades, el deudor no podrá prevalerse de ella para escapar posteriormente al cumplimiento de una obligación contraída irregularmente frente a la masa pero válida frente al tercero. Sería inhumano permitirle al deudor aprovecharse de una irregularidad cometida por él mismo.

#### SECCION IV.-Efectos frente a los terceros.

Dijimos que la resolución que constata el estado de cesación de pagos y declara la liquidación de bienes o el arreglo judicial, produce, por excepción a los efectos relativos de la cosa juzgada, efectos frente a todo sujeto, haya sido éste o no parte en el proceso: los

(114) "On peut définir le compte courant comme un contrat par lequel deux personnes en relations d'affaires conviennent de régler l'ensemble des diverses opérations à intervenir entre elles par le voie d'inscriptions, en tant que remises, à un compte unique des créances e dettes devant être affectées pendant toute la durée du compte d'un terme suspensif, de telle manière qu'elles se compenseront globalement à la clôture, seul le solde existant a ce moment pouvant être en définitive exigé. (R. PERCEROU. Rep. Dalloz. dr. com. V<sup>e</sup> Compte courant N<sup>o</sup> 38) citado por BORD, op. cit. pág. 131.

(115) "Les remises en compte courant effectuées par le débiteur en période suspecte sont en principe en dehors du champ d'application de l'inopposabilité de droit, cette operation est considerée par la doctrine comme un moyen normal de paiement (HOUIN, Rép. dr. com. Dalloz V<sup>e</sup>). FAILLITE, Reglement judiciaire, "Nos. 1113 et 1165" citado por Bord. op. cit. pág. 198.

(116) "Le compte coturant est consideré comme un contrat conclu *intuitu personae*", BORD, op. cit. pág. 131.

(117) Art. 13 de la ley.

(118) Arts. 29 y sigs. *ibid.*

terceros no podrán alegar que no han sido partes para desconocer tal pronunciamiento.

No obstante, a fin de evitar mayores injusticias, se permite, además del recurso que se verá, a aquellas personas que pudieran invocar un derecho de propiedad, reivindicar en cualquiera de los procedimientos en estudio, el bien que les pertenezca evitando así que el mismo continúe formando parte del activo a repartir entre los acreedores.

Así, pueden ser reivindicados contra el síndico los efectos de comercio u otros títulos no cubiertos remitidos al deudor por su propietario con el encargo de que aquél efectúe su cobro o lo afecte a un pago determinado. (119)

También podrán ser reivindicadas por su propietario las mercaderías consignadas al deudor, sea para ser vendidas por cuenta de su propietario, sea para ser mantenidas por éste en calidad de depósito, a condición de que las mismas existan en su estado natural, sin que importe para ello el tiempo que tengan de estar consignadas. (120)

Si las mercaderías dichas hubieren sido vendidas por el deudor, su propietario podrá aun reivindicar el precio que no hubiera sido pagado en especie o valores, ni compensado mediante la existencia de una cuenta corriente entre el deudor y el comprador. (121)

La empresa propietaria de equipos que los hubiera librado mediante un contrato de "crédit-bail" o uno de "location-vente" podrá reivindicarlos en caso de liquidación de bienes o de arreglo judicial. (122)

Los contratos de "crédit-bail" y de "location-vente" son dos tipos de venta particular existentes en derecho francés, que tratan de evitar al vendedor los riesgos de la venta de bienes al crédito frente a la posible insolvencia del deudor. El primero de ellos es conocido también por "leasing" y es regulado en la actualidad por una ley de 2 de julio de 1966, la número 66/455 completada por una ordenanza de 28 de setiembre de 1967, la número 67/837.

El contrato de "location-vente" se descompone en dos partes netamente distintas: un contrato de alquiler del bien mediante el pago mensual —o trimestral— de una suma determinada, acompañado de una promesa recíproca de compraventa convenida desde el inicio de la operación. El precio del bien habrá sido pagado con la última mensualidad del alquiler, de manera que la venta opera automáticamente con dicho pago. El arrendatario no está obligado a adquirir el bien,

(119) Art. 64 *ibid.*

(120) Art. 65 *ibid.*

(121) Art. 66 de la ley.

(122) "D'autres cas de revendication se présentent fréquemment, par exemple... une entreprise de "credit-bail" ayant loué des machines, du matériel, les revendiqueront au cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire. Mais pour le crédit-bail il faut que l'opération ait été publiée". JAUFFRET, op. cit. pág. 346.



por lo que en el ínterin puede devolver el bien alquilado. Por su parte el arrendante debe respetar el plazo convenido y al final entregar o traspasar dicho bien. <sup>(123)</sup> Sin embargo, para que el contrato sea válido se requiere que el contrato de venta y el de alquiler sean distintos, es decir que no se trate de disimular una venta a pagos bajo reserva de propiedad. <sup>(124)</sup>

El otro contrato, dicho de "credit-bail" o "leasing" es una operación de alquiler de bienes de equipo, de maquinaria o de bienes inmuebles para uso profesional, especialmente comprados para ser alquilados por empresas que, continuando propietarias de ellos, confieren al arrendante la facultad de comprar todo o parte de los bienes alquilados mediante el pago de un precio convenido, el cual toma en cuenta, al menos parcialmente, los pagos efectuados a título de alquiler. <sup>(125)</sup>

Se diferencia este contrato del anterior en el hecho de la existencia de una promesa de venta y no de una recíproca de compra-venta. <sup>(126)</sup>

Dados los riesgos que tales operaciones representan para los terceros se ha organizado recientemente una publicidad. Cuando se trate de bienes muebles la publicidad será hecha en un registro especial creado al efecto. Cuando, por el contrario, se trata del alquiler de inmuebles ésta será hecha en el registro de propiedad (Bureau des Hypothèques). <sup>(127)</sup>

En cualquiera de estos casos, nos parece, a pesar de que la ley de 13 de julio de 1967 y su reglamento se refieren únicamente a la reivindicación de los bienes alquilados por alguno de los sistemas dichos, si el contrato está próximo a llegar a su término, momento a partir del cual, según la modalidad del mismo, —sea que al momento de pagar la última mensualidad el locatario llegue a ser

(123) "Il s'agit d'un bail assorti d'une promesse synallagmatique de vente. Le propriétaire de la chose au lieu de la vendre à tempérament la donne en location pour un temps déterminé, à l'expiration du bail qui intervient lorsque le montant des loyers versés tend à évaluer le prix de la chose et ses intérêts, la propriété est transférée au locataire par l'exécution de la promesse synallagmatique de vente". ROBINO. "Droit Civil". Ed. Librairie Montaigne. BORDEAUX, 1972, pág. 81.

(124) "La validité de ce contrat est indiscutable si la location et la vente sont réellement distincts, en particulier si le locataire reste entièrement libre de donner son acceptation... définitive à la vente (vol. PARIS 19 janvier 1966, J.C.P. 1966, 2,14865, note Guérin, R.D.C. 1966, 550, obs. Hémar, 9 janv. 1968 R.D.C., 1968, 744 obs Hémar)" RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 389.

(125) Art. 1º Ley Nº 66-455 de 2-7-66 y 1º ordenanza No. 67-837 de 28-9-67.

(126) "...le contrat de crédit-bail s'analyse en une location accompagnée d'une promesse unilatérale de vente, conférant au locataire la faculté d'acheter les biens loués. A la différence de ce qui a lieu dans la location vente, la promesse de vente es unilatérale (elle n'oblige que le bailleur)... le locataire n s'engage en aucune sorte, à acquérir le bien loué... à l'expiration normale du contrat, le locataire peut restituer le matériel, voire passer un nouveau contrat de location". ROBINO, op. cit. págs. 81 y sigs.

(127) Arts. 8 y 10 del decreto 72-665 de 4-7-72.

automáticamente propietario de tales bienes, bien que a ese momento deba pagarse una suma determinada adicional para que el bien sea transferido— el síndico podría escoger entre la continuación del contrato hasta el momento en que los bienes lleguen a formar parte del patrimonio del deudor, o bien, el abandono del mismo, permitiéndose la reivindicación por la empresa propietaria.

En todos estos casos de reivindicación de bienes de terceros, según lo dispone el artículo 59 de la ley, la acción correspondiente deberá ser dirigida contra el síndico dentro del año posterior a la resolución que constata la cesación de pagos.

### CAPITULO III

#### ORGANIZACION DE LOS PROCEDIMIENTOS

Los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial se desarrollan en presencia y mediante una serie de órganos creados al efecto. Aparte del tribunal, cuya importancia es capital toda vez que de su pronunciamiento se desprenden todos los efectos del estado de cesación de pagos, existen otros órganos cuya mención hemos hecho en el desarrollo del presente estudio, sin entrar a analizar concretamente su función. Son ellos, el síndico, el juez-comisario, los contralores y la asamblea de acreedores. Esta última, sólo en caso de arreglo judicial y para efectuar la aprobación del concordato, se presenta.

Dichos órganos estarán encargados de desarrollar y vigilar las operaciones necesarias a la solución de los procedimientos, los cuales a su vez requieren de ciertas operaciones preparatorias, como la constatación del activo y la verificación del pasivo.

En el camino, y antes de llegar a la solución de los procedimientos es posible una clausura anticipada de los mismos por ausencia de activo o por extinción del pasivo, así como una conversión de un tipo de procedimiento en otro, es decir, del arreglo judicial en liquidación de bienes y viceversa.

Finalmente, se llegará a la solución del proceso que tiene sus propias características si se trata de un juicio de liquidación de bienes o uno de arreglo judicial.

Nos referiremos, para concluir este título, a los recursos posibles existentes en materia de arreglo judicial y de liquidación de bienes.

#### SECCION 1ª.- Organos de la liquidación de bienes y del arreglo judicial.

La solicitud de declaratoria de liquidación de bienes o de arreglo judicial, lo mismo cuando el tribunal procede a hacerlo de



oficio, provoca una decisión judicial cuya naturaleza jurídica en el derecho francés es la de sentencia. De ella derivan todos los efectos ya vistos anteriormente.

Antes de llegar a dicha sentencia, lo mismo que posteriormente hasta el momento en que se llegue a la clausura anticipada de los procedimientos, o a la solución de los mismos, una serie de órganos cuyas funciones son precisadas por la legislación en estudio, realizan todos los actos procesales necesarios para llevar a término el proceso y cumplir así las finalidades buscadas por la ley.

Sin embargo, la ley de 13 de julio de 1967, al referirse en su capítulo II a los órganos de la liquidación de bienes y del arreglo judicial no enumera ni al tribunal ni a la asamblea de acreedores. No obstante uno y otro forman parte del proceso, el primero en forma esencial, la segunda en forma muy restringida, como veremos.

### SS 1.- El tribunal.

El órgano más importante de los procedimientos en estudio es el tribunal, a pesar de que a primera vista su papel pareciera limitarse a la simple apertura de los procedimientos y a la declaratoria del estado de cesación de pagos. No obstante, como veremos, sus funciones son múltiples y complejas. Además del nombramiento y revocación de los otros órganos, salvo el de la asamblea de acreedores, el tribunal conoce de toda contestación nacida a raíz de los procedimientos; ejerce por otra parte, y fundamentalmente, sus poderes de "alta tutela" o "alta autoridad".<sup>(128)</sup> De paso, conocerá también de otros procesos que ligados al de arreglo judicial o de liquidación de bienes, escaparían a su competencia material o territorial si fueran planteados no con ocasión de éstos sino independientemente.

Veamos cuáles son las atribuciones que la ley señala como propias al tribunal:

- 1.—El tribunal constata la cesación de pagos y fija provisionalmente la fecha de ésta, pudiendo modificarla en cualquier momento antes del establecimiento definitivo del estado de créditos.<sup>(129)</sup>
- 2.—Convierte el proceso de arreglo judicial en liquidación de bienes si aparece que el deudor no se encuentra en posibilidad de proponer un arreglo judicial, no importa el momento en que ello se revele.<sup>(130)</sup>
- 3.—Decreta la aposición de sellos judiciales.<sup>(131)</sup>

(128) "il est investi des pouvoirs de haute autorité sur l'ensemble des opérations" BORD. op. cit. pág. 77. — "On dit aussi qu'il est l'organe souverain de haute tutelle, car il doit autoriser les actes les plus graves, statuer sur toute difficulté, et souvent en dernier ressort, en tout cas, sous réserve de voies de recours limitées". DERRUPE, op. cit. pág. 147.

(129) Art. 6, párrafo 1º de la ley.

(130) Art. 7, párrafo 2º ibíd.

(131) Art. 19 ibíd.

- 4.—Pronuncia la incesibilidad de acciones y partes sociales de toda persona que se haya inmiscuido en la gestión de la persona jurídica colectiva.<sup>(132)</sup>
- 5.—Prorroga la continuación de la explotación o actividad del deudor antes del vencimiento del primer período de tres meses permitido por el juez-comisario en caso de arreglo judicial.<sup>(133)</sup>
- 6.—Permite directamente, sin la previa autorización del juez-comisario como en el caso anterior, la continuación de la explotación o actividad en caso de liquidación de bienes.<sup>(134)</sup>
- 7.—Autoriza la contratación remunerada del deudor o de los directores sociales a fin de que faciliten la continuación de la explotación en caso de liquidación de bienes.<sup>(135)</sup>
- 8.—Autoriza la conclusión de un contrato de gerencia libre que asegure la actividad o explotación de la empresa, y si fuera del caso decide la resolución del mismo.<sup>(136)</sup>
- 9.—Homologa el concordato una vez aprobado entre acreedores y deudor en caso de arreglo judicial.<sup>(137)</sup>
- 10.—Designa uno a tres comisarios encargados de vigilar la ejecución del concordato.<sup>(138)</sup>
- 11.—Pronuncia la resolución del concordato.<sup>(139)</sup>
- 12.—Decreta la anulación del concordato.<sup>(140)</sup>
- 13.—Convierte el arreglo judicial en un proceso de liquidación de bienes cuando el contrato es anulado o resuelto.<sup>(141)</sup>
- 14.—Homologa el compromiso o la transacción que el síndico realice de las acciones que perjudiquen a la masa, cuando su valor fuere indeterminado o excediere la competencia del tribunal en razón de su monto.<sup>(142)</sup>
- 15.—Autoriza al síndico a vender o a tratar a prorrata el total o parte del activo.<sup>(143)</sup>
- 16.—Pronuncia la clausura de las operaciones por insuficiencia de activo.<sup>(144)</sup>
- 17.—Clausura el proceso, aun de oficio, por ausencia de pasivo.<sup>(145)</sup>

(132) Art. 21, párrafo 2º ibíd.

(133) Art. 24 de la ley.

(134) Art. 25 ibíd.

(135) Art. 26, párrafo 2º Ley.

(136) Art. 27 y sig. Ley.

(137) Art. 72 ibíd.

(138) Art. 73 Ley.

(139) Art. 75 ibíd.

(140) Art. 76 ibíd.

(141) Art. 79 ibíd.

(142) Art. 82 Ley.

(143) Art. 88 Ley.

(144) Art. 91 ibíd.

(145) Art. 93 ibíd.



- 18.—Pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes de los dirigentes a cargo de los cuales ha sido puesto todo o parte del pasivo de una persona moral y no lo hubieren cubierto. <sup>(146)</sup>
- 19.—Decreta la quiebra personal en los casos previstos por ley. <sup>(147)</sup>
- 20.—Nombra un mandatario judicial que ejercerá el derecho de voto de los socios de una persona moral que hayan sido declarados en quiebra personal. <sup>(148)</sup>

## SS 2.- Síndicos.

La profesión de síndico ha sido reglamentada mediante decretos de 20 de mayo de 1955 y de 29 de mayo de 1959. Se distingue en ellos dos tipos de síndicos: aquellos que ejercen a título de profesión exclusiva la sindicatura, y los que eventualmente se encargan de ello.

En la actualidad los síndicos aparecen agrupados en una asociación nacional que, entre otras cosas, vela por su honestidad.

Fundamentalmente, nadie puede ser nombrado por un tribunal para administrar los bienes de otro si no ha sido previamente inscrito en una lista especial que anualmente levanta el Tribunal de Apelaciones correspondiente. <sup>(149)</sup>

Como la ley de 13 de julio de 1967 hizo a partir de su publicación aplicable los procedimientos de liquidación de bienes y de reglamento judicial a las personas morales de derecho privado no comerciantes, un decreto de 18 de julio de 1968 regula el nombramiento por parte de los tribunales de síndicos en estos casos.

El papel del síndico es importante en el desarrollo de los procedimientos de liquidación de bienes o de arreglo judicial: como hemos visto, asiste al deudor en caso de arreglo judicial, y lo representa en el otro caso, y en ambos representa a su vez a la masa. Por ello el síndico aparecerá necesariamente en todos aquellos actos que interesen a la masa o cumplirá por el deudor o junto con él los actos necesarios a la administración de su patrimonio. <sup>(150)</sup>

El síndico es un mandatario judicial. <sup>(151)</sup>

Veremos de seguido, su nombramiento, sus atribuciones y sus responsabilidades.

(146) Art. 100 *ibid.*

(147) Arts. 106, 108 y sigs. Ley.

(148) Art. 111 *ibid.*

(149) Art. 1º, decreto de 20 mayo 1955.

(150) "...il est présent à toutes les opérations concernant l'administration ou la liquidation des biens du débiteur". BORD, *op. cit.* pág. 72.

(151) "Le syndic est un mandataire, et comme il tient son mandat du tribunal, c'est un mandataire de justice". RIPERT por ROBLLOT, *op. cit.* pág. 619.—DERRUPE, *op. cit.* pág. 144.

## A.—Nombramiento y revocación.

Dice el artículo 9 de la ley de 13 de julio de 1967 en relación con el artículo 11 del decreto de 22 de diciembre de 1967, que el juzgamiento que pronuncia la liquidación de bienes o el arreglo judicial designa de uno a tres síndicos que no deben, por una parte, tener ningún lazo de parentesco con el deudor hasta el cuarto grado inclusive, ni ser socio de éste, por otra parte.

En caso de que hubiere sido nombrado más de un síndico, éstos deberán actuar conjuntamente, a menos que el juez-comisario otorgue a uno de ellos el poder de actuar individualmente, caso en el cual el síndico o los síndicos que hubieren recibido tal poder serán los únicos responsables, según se ve del artículo 20 del Decreto de comentario.

En la práctica, a fin de evitar los inconvenientes del ejercicio de la sindicatura por más de un sujeto se prefiere el nombramiento de uno solo.

Corresponde al tribunal efectuar la revocación o sustitución del síndico por proposición del juez-comisario.

## B.—Atribuciones y deberes.

Las atribuciones del síndico derivan de su función, es decir de la asistencia del deudor en caso de arreglo judicial y de la representación suya en caso de liquidación de bienes, así como de la representación de los acreedores en ambos procesos.

Así pues, el síndico:

- 1.—Representa la masa de acreedores, actúa por ella y la compromete. <sup>(152)</sup>
- 2.—Asiste o representa al deudor, según el caso. Puede actuar sólo si un acto necesario a la conservación del patrimonio no es hecho por el deudor o los representantes de la persona moral, sin autorización previa del tribunal; es posible también que proceda al cobro de efectos y créditos exigibles; vende los bienes sujetos a perecer o a depreciarse, o dispendiosos a conservar; intenta o sigue una acción mobiliaria o inmobiliaria. <sup>(153)</sup>
- 3.—Debe informar cada seis meses al Procurador de la República sobre el desarrollo de los procedimientos. <sup>(154)</sup>
- 4.—Está obligado a contar con el parecer de los contralores que se nombren sobre las acciones a intentar o a continuar. <sup>(155)</sup>
- 5.—Ejerce, durante todo el plazo de la liquidación de bienes, los derechos y acciones del deudor concernientes a su patrimonio. <sup>(156)</sup>

(152) Art. 13 de la Ley.

(153) Art. 14 *ibid.*

(154) Art. 10 *ibid.*

(155) Art. 12, párrafo 2º Ley.

(156) Art. 15 *ibid.*



- 6.—Está obligado a realizar todos los actos necesarios a la conservación de los derechos del deudor contra los deudores de éste, así como proceder a requerir las inscripciones hipotecarias que no lo hubieren sido por el deudor. <sup>(157)</sup>
- 7.—Debe inscribir la hipoteca legal derivada de la declaratoria de liquidación de bienes o el arreglo judicial en favor de la masa de acreedores sobre todos los bienes existentes del deudor. Lo mismo deberá hacer con los bienes que éste llegare a adquirir posteriormente por cualquier medio. <sup>(158)</sup>
- 8.—Procede al inventario de los bienes del deudor. <sup>(159)</sup>
- 9.—Deberá recibir la correspondencia del comerciante o de la persona jurídica colectiva en estado de liquidación de bienes, debiendo restituir al deudor o a los dirigentes de ésta la que fuere de carácter personal. <sup>(160)</sup>
- 10.—Debe comunicar al final de cada período autorizado para la continuación de la actividad o explotación, del resultado de la misma al juez-comisario y al Procurador de la República. <sup>(161)</sup>
- 11.—Contrata al deudor o a los representantes de la persona moral a fin de que faciliten la continuación de la explotación previa autorización del juez-comisario. <sup>(162)</sup>
- 12.—Solicita, cuando fuere del caso, la resolución del contrato de gerencia libre. <sup>(163)</sup>
- 13.—Exige la ejecución de contratos que estaban en curso al momento de la declaratoria del estado de cesación de pagos, siempre que en su carácter de representante del deudor, cumpla con la obligación a cargo de éste. <sup>(164)</sup>
- 14.—Debe preparar un estado de créditos, que contenga sus proposiciones sobre la admisión o rechazo de éstos, e indicación de aquellos acreedores que pretendan tener un crédito privilegiado. <sup>(165)</sup>
- 15.—Decide sobre la continuación del contrato de alquiler de los locales de la empresa. <sup>(166)</sup>
- 16.—Procede a la liquidación del activo en caso del proceso de liquidación de bienes, o de conversión del juicio de arreglo judicial. <sup>(167)</sup>
- 17.—Procede solo, a la venta de mercaderías y efectos muebles del deudor, al cobro de crédito, y al pago de las deudas de éste,

- (157) Art. 16 ibíd.  
 (158) Art. 17 ibíd.  
 (159) Art. 18 ibíd.  
 (160) Art. 22 ibíd.  
 (161) Art. 24, párrafo 2º Ley.  
 (162) Art. 26 de la Ley.  
 (163) Art. 28 ibíd.  
 (164) Art. 38 ibíd.  
 (165) Art. 42 ibíd.  
 (166) Art. 52 ibíd.  
 (167) Art. 80 ibíd.

- comprobando al juez-comisario tales pagos en forma que se considere fehaciente y en caso de retardo en el depósito de dineros, deberá pagar intereses sobre tales sumas. <sup>(168)</sup>
- 18.—Puede comprometer y transar acciones, pero contando con la previa autorización del juez-comisario. <sup>(169)</sup>
- 19.—Procede, previa autorización del juez-comisario, a retirar en provecho de la masa la prenda dada por el deudor en garantía de una obligación cualquiera a condición de reembolsar al acreedor prendario el monto del principal y accesorios, o bien, caso de que ello no se justifique, si el acreedor no procede por su parte a la venta del bien común como está obligado a hacerlo dentro de los dos meses posteriores a la declaratoria de la cesación de pagos, procede él a la venta del bien emprendado. <sup>(170)</sup>
- 20.—Procede, dentro de los tres meses a partir de la resolución que pronuncia la liquidación de bienes a la venta de bienes inmuebles dados en hipoteca por el deudor si el acreedor hipotecario se ha resistido a hacerlo dentro del plazo correspondiente. <sup>(171)</sup>
- 21.—Conserva los libros del deudor, así como los papeles y efectos de éste, durante 5 años a partir del día de la rendición de cuentas. <sup>(172)</sup>
- 22.—No puede personalmente, sea directa o indirectamente, adquirir por compra-venta o mediante remate todo o parte del activo mobiliario o inmobiliario del deudor. <sup>(173)</sup>
- 23.—Solicita al tribunal que las deudas de la persona moral sean soportadas en todo o en parte por los dirigentes sociales, cuando aparezca una insuficiente del activo. <sup>(174)</sup>
- 24.—Procede a presentar al juez-comisario un informe sumario sobre la situación aparente del deudor, estableciendo en él las causas y caracteres de tal situación. <sup>(175)</sup>
- 25.—En caso de arreglo judicial requiere al deudor la presentación de las declaraciones que le incumben en materia fiscal y aduanera, así como de Seguridad Social. <sup>(176)</sup>
- 26.—Rinde cuentas al momento de cesar sus funciones en presencia del juez-comisario al nuevo síndico. <sup>(177)</sup>
- 27.—Y, finalmente, deposita las cuentas a la secretaría del tribunal tres meses después de la clausura de las operaciones. <sup>(178)</sup>

- (168) Art. 81 ibíd.  
 (169) Art. 82 ibíd.  
 (170) Art. 83 ibíd.  
 (171) Art. 84 Ley.  
 (172) Art. 90 de la Ley.  
 (173) Art. 95 ibíd.  
 (174) Art. 99 ibíd.  
 (175) Art. 30 del Decreto.  
 (176) Art. 41 ibíd.  
 (177) Art. 24 ibíd.  
 (178) Art. 94 ibíd.



### C.—Responsabilidades.

En el ejercicio de sus funciones el síndico puede incurrir en sanciones de carácter civil, disciplinario<sup>(179)</sup> y hasta penal.

Será responsable civilmente por las faltas frente al deudor, según las reglas del mandato, lo mismo en caso de faltas frente a los acreedores. De las faltas frente a los terceros será responsable según las reglas de la responsabilidad civil.<sup>(180)</sup>

En cuanto a las sanciones penales, éstas son en cierta medida bastante graves: multa y prisión: prisión de dos meses a diez años y multa de tres mil seiscientos a ciento ochenta mil francos.<sup>(181)</sup>

Tales penas le son impuestas cuando fuere culpable de malversación de fondos en su gestión, o cuando hubiere adquirido para sí directamente o por intermedio de otra persona, los bienes que formaban parte del activo del deudor en estado de liquidación de bienes o de arreglo judicial,<sup>(182)</sup> prohibición que vimos, está contemplada en el artículo 95 de la Ley.

### SS 3.- El juez-comisario.

Dispone el artículo 8 de la ley de comentario que el juez-comisario es especialmente encargado de vigilar y de acelerar, bajo la autoridad del tribunal, las operaciones y la gestión del arreglo judicial y de la liquidación de bienes.

A diferencia del síndico, el cargo de juez-comisario no es objeto de una decisión de nombramiento especial. La resolución que decreta el arreglo judicial o la liquidación de bienes hace recaer en forma automática el nombramiento en la persona de su Presidente. No obstante éste puede ser objeto de una substitución por cualquiera otro de sus miembros.

Las funciones del juez-comisario derivan de su obligación de vigilar y acelerar la gestión del proceso. Siendo un miembro del tribunal, un órgano de éste, sus decisiones son dadas mediante resoluciones llamadas "ordenanzas", susceptibles de recurso frente al tribunal.

### A.—Atribuciones.

- 1.—El juez-comisario puede, sea, mediante el reclamo respectivo del deudor o de los acreedores y aun de oficio, proponer la revocación de uno o más síndicos.<sup>(183)</sup>

(179) "Ils peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires". BORD, op. cit. pág. 69.

(180) Arts. 1382 y 1383 Código Civil de gestión, à l'égard du débiteur (voy. Nimes, 3 fevrier 1965, Rev. synd. et adm. jud. 1965, 15).

(181) Art. 408 Código Penal.

(182) Art. 146 de la Ley.

(183) Art. 9 de la Ley.

- 2.—Recibe toda información y la solicita, aun de oficio, necesaria a la administración del arreglo judicial o la liquidación de bienes al Procurador de la República.<sup>(184)</sup>
- 3.—Nombra uno o dos contralores escogidos de entre los acreedores, en cualquier época que ello le parezca conveniente.<sup>(185)</sup>
- 4.—Recoge todo otro elemento de información, además de los señalados en el aparte 2 anterior, que considere útiles, pudiendo entre otras cosas oír al deudor, a los dirigentes sociales, y a sus empleados, a los acreedores y a toda otra persona, tal como al cónyuge o a los herederos conocidos del deudor cuya muerte hubiere ocurrido estando en estado de cesación de pagos. Asimismo puede solicitar la opinión de personas calificadas en materia financiera o técnica.<sup>(186)</sup>
- 5.—Rinde un informe al tribunal de toda contestación nacida del arreglo judicial o de la liquidación de bienes y que sean de su competencia.<sup>(187)</sup>
- 6.—Debe proceder a depositar en la secretaría del tribunal inmediatamente después de pronunciadas sus ordenanzas, las que podrán ser objeto de un recurso conocido por el nombre de "oposición", dentro de los ocho días de su depósito. En tales ordenanzas el juez-comisario debe designar las personas a quienes debe ser la misma notificada.<sup>(188)</sup>
- 7.—No puede formar parte del Tribunal cuando este deba conocer la oposición planteada contra una de sus ordenanzas.<sup>(189)</sup>
- 8.—Determina si, en caso de que e hayan sido nombrados varios síndicos, cuál o cuáles de entre ellos actuarán individualmente o si por el contrario deberán hacerlo conjuntamente.<sup>(190)</sup>
- 9.—Resuelve cualquier reclamación formulada en contra de las operaciones del síndico.<sup>(191)</sup>
- 10.—Presencia la rendición de cuentas del síndico que cesa en sus funciones.<sup>(192)</sup>
- 11.—Determina qué proporción de las sumas recibidas por el síndico serán retenidas por éste a título de gastos y costas, y ordena, cuando fuere necesario, el retiro de fondos.<sup>(193)</sup>
- 12.—Remite al Procurador de la República, con sus observaciones el informe rendido por el síndico sobre la situación aparente del deudor, las causas y caracteres de tal situación.<sup>(194)</sup>

(184) Art. 10, párrafo 2º ibid.

(185) Art. 11, ibid.

(186) Art. 15 del Decreto.

(187) Art. 16 ibid.

(188) Art. 17 del Decreto.

(189) Art. 18 ibid.

(190) Art. 20 ibid.

(191) Art. 22 ibid.

(192) Art. 24 ibid.

(193) Art. 25 ibid.

(194) Art. 30 ibid.



- 13.—Autoriza la continuación de la explotación por un primer período de tres meses, en caso de arreglo judicial. <sup>(195)</sup>
- 14.—También en caso de arreglo judicial, decide, a solicitud del síndico, si el deudor o los dirigentes sociales podrán continuar en la gestión de la empresa, cuando hubiere sido ordenada la continuación de la explotación o la actividad durante el proceso. <sup>(196)</sup>
- 15.—Verifica y fija el estado de créditos con las proposiciones de admisión o rechazo hecho por el síndico. <sup>(197)</sup>
- 16.—Ordena por simple "ordenanza" dentro de los diez días siguientes al pronunciamiento de la liquidación de bienes o del arreglo judicial el pago de salarios de los trabajadores de la empresa, crédito privilegiado, y autoriza al síndico, antes de decidir el pago, entregar a dichos asalariados, a título provisional, una suma igual a un mes de salario. <sup>(198)</sup>
- 17.—Decide si se procede a la verificación de créditos, conforme al informe que el síndico le debe entregar mencionando a título evaluativo el activo disponible o realizable y el pasivo existente. <sup>(199)</sup>
- 18.—Autoriza al síndico a comprometer y a transigir sobre todas las contestaciones que interesen la masa aun sobre aquellas relativas a derechos y acciones mobiliarias del deudor. <sup>(200)</sup>
- 19.—Autoriza al síndico para que proceda a recoger en provecho de la masa la prenda dada por el deudor, previo reembolso al acreedor prendario de lo que le es debido. <sup>(201)</sup>
- 20.—Autoriza al síndico a proceder a la venta de bienes inmuebles dados en garantía cuyo acreedor hipotecario no ha procedido dentro de los dos meses que le fija la ley a realizarlo. <sup>(202)</sup>
- 21.—Procede a constatar la ausencia de proposiciones concordatarias por el deudor en caso de arreglo judicial. <sup>(203)</sup>
- 22.—Convoca por anuncios en los periódicos y mediante cartas certificadas individualmente a los acreedores cuyo crédito hubiere sido admitido en vista de la formación del concordato en caso de arreglo judicial. <sup>(204)</sup>
- 23.—Fija el lugar, día y hora donde habrá de celebrarse la asamblea concordataria la cual presidirá. <sup>(205)</sup>

(195) Art. 24 de la Ley.

(196) Art. 26 ibíd.

(197) Art. 42 de la Ley y 52 del Decreto.

(198) Art. 51 de la Ley.

(199) Art. 57 del Decreto.

(200) Art. 82 de la Ley.

(201) Art. 83 de la Ley.

(202) Art. 84 ibíd.

(203) Art. 60, párrafo 2º del Decreto.

(204) Art. 64 ibíd.

(205) Art. 65 ibíd.

- 24.—Procede a verificar la votación de la asamblea concordataria y levanta acta de lo que allí se decida. <sup>(206)</sup>
- 25.—Antes de que el tribunal proceda a la homologación del concordato, procede a informarle sobre los caracteres del proceso y sobre la admisibilidad del concordato. <sup>(207)</sup>
- 26.—Y, finalmente, una vez que la resolución que homologa el concordato en materia de arreglo judicial, ha sido pasada en fuerza de cosa juzgada, y el síndico le hubiere rendido las cuentas de su actuación, aprobará ésta. <sup>(208)</sup>

#### SS 4.- La asamblea de acreedores.

El rol de los acreedores en materia de arreglo judicial, y con mucho mayor razón en caso de procesos de liquidación de bienes, ha sido reducido en gran medida. La única asamblea que ha sido conservada, insistimos, es la concordataria, y como el concordato sólo puede darse en el proceso de arreglo judicial, será la única ocasión en que los acreedores se reunirán para decidir en este caso, si aceptan o no las condiciones del plan propuesto.

Pero aun en el caso de las decisiones tomadas por la asamblea concordataria, éstas no son definitivas, toda vez que requieren la aprobación por parte del tribunal, aprobación u homologación sin la cual tales acuerdos no llegan a cobrar plena validez.

Fuera de la posibilidad de la asamblea concordataria, con su relativo poder de decisión, la masa de acreedores no tiene ninguna intervención por sí, sino mediante su representante, el síndico.

El papel de la asamblea de acreedores ha sido reducido tanto, que el legislador ni siquiera se preocupó por enumerarlo como órgano de los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes.

La asamblea concordataria es un órgano deliberante que requiere dos tipos de mayoría para aprobar el concordato: una mayoría en número de participantes, y a la vez una mayoría en monto de los créditos: el concordato es establecido por el concurso de la mayoría de votos de los acreedores presentes o representados que sume al menos los dos tercios del total de los créditos. <sup>(209)</sup>

Si bien es cierto la convocación de los acreedores es verificada cuando su domicilio es conocido, mediante carta certificada, <sup>(210)</sup> su voto no puede ser hecho por correspondencia. <sup>(211)</sup>

A la asamblea concurren únicamente los acreedores quirografarios admitidos provisionalmente o en forma definitiva <sup>(212)</sup> y aquellos acreedores privilegiados que hubieren renunciado a su garantía. <sup>(213)</sup>

(206) Art. 66 ibíd.

(207) Art. 71 ibíd.

(208) Art. 75 ibíd.

(209) Art. 70 de la Ley.

(210) Art. 64 del Decreto.

(211) Art. 70, párrafo 3º de la Ley.

(212) Art. 70, párrafo 1º ibíd.

(213) Art. 40, ibíd.



Corresponde al juez-comisario nombrar, en cualquier momento que ello sea necesario, uno o dos contralores escogidos de entre los acreedores, <sup>(214)</sup> a fin de que, bajo su autoridad, verifiquen la contabilidad y el estado de situación presentado por el deudor, así como para que asistan a aquél en su misión de supervisión de las operaciones del síndico. Podrán también demandar cuentas del estado del proceso, así como de los dineros recobrados y de los depósitos hechos. <sup>(215)</sup>

El síndico, como vimos, está obligado a tomar su parecer sobre las acciones a entablar o proseguir sin que haya sido establecida sanción alguna en caso de incumplimiento. <sup>(216)</sup>

Las funciones de contralor, a diferencia de las del síndico, son gratuitas, y deben por su parte ser ejercidas personalmente, siendo responsables por las faltas cometidas cuando éstas fueren graves. <sup>(217)</sup>

La disposición citada al inicio, es decir, el artículo 11, deja ver que el nombramiento de este tipo de órgano no es esencial. Queda a juicio del juez-comisario el nombrado cuando considere que, por la complejidad de las operaciones los acreedores deban ejercer algún control.

Si bien, el nombramiento de los contralores es del resorte exclusivo del juez-comisario, la revocación corresponde al Tribunal cuando aquél así lo propusiera. <sup>(218)</sup>

## SECCION 2ª.- Operaciones preparatorias.

Para llegar a cualquiera de los tipos de solución en uno u otro procedimiento —el concordato o la realización de los bienes— es necesaria toda una serie de actos procesales tendientes, por una parte a constatar el activo y, por la otra, a la verificación del pasivo.

### SS 1.- El activo.

En razón de la unidad del patrimonio todos los bienes, ya sean éstos civiles o mercantiles, muebles o inmuebles, forman lo que se llama el activo. Este será necesario constatarlo, es decir determinar su consistencia. Pero también es necesario efectuar su gestión.

#### A.—Constatación.

La prenda común de los acreedores constituida por el patrimonio del deudor y sobre la cual van a obtener su pago, si no total

(214) Art. 11, *ibid.*

(215) Art. 12, *ibid.*

(216) "Toutefois, l'inobservation de cette disposition n'est assortie d'aucune sanction".

BORD, *op. cit.* pág. 76.

(217) Art. 12, párrafo 3º de la Ley.

(218) Art. 12, párrafo final, *ibid.*

al menos parcial, debe ser establecido en la medida de lo posible, con exactitud. Se procede entonces a su inventario. Pero mientras esto ocurre, si el tribunal lo ha creído conveniente y como medida de precaución puede ordenar la aposición de sellos judiciales sobre los elementos constitutivos de ese activo. Cuando nos referimos a las atribuciones del síndico y de los otros órganos de los procedimientos enunciamos la forma en que se procedía a levantar el inventario y a la aposición de sellos judiciales, de ahí que estimemos innecesario hablar de nuevo de ello.

El inventario levantado puede contener bienes que pertenecen a terceras personas. Como vimos éstas podrán dentro del año siguiente a la constatación judicial de la cesación de pagos reivindicar lo que les pertenece.

La reivindicación es posible que sea ejercida por el cónyuge del deudor en caso de que algún bien de su propiedad fuera incluido dentro del activo del deudor. Sin embargo, el artículo 58 de la ley declara inoponibles a la masa las liberalidades y ventajas matrimoniales consentidas por el deudor a su cónyuge en el momento de su matrimonio o durante éste, si al momento de contraer nupcias era comerciante, o bien llegó a serlo dentro del año posterior.

#### B.—Gestión del activo.

Hecho el inventario de los bienes del deudor, excluidos de éste los bienes que pertenecieran a terceras personas y del cónyuge, el activo estará constituido. Eventualmente formarán parte de éste todos aquellos bienes que fueren atribuidos judicialmente al deudor, así como los que éste llegare a adquirir posteriormente a la declaratoria judicial de cesación de pagos.

Sin embargo, el inventario se verifica en las puertas del juicio. El momento en que todos los bienes integrantes de ese patrimonio serán realizados en caso de liquidación de bienes, se encuentra más o menos distante, corriéndose el riesgo de que los bienes en cuestión perezcan o pierdan su valor. Por otra parte, en tratándose de un proceso de arreglo judicial, la solución normal será precisamente la de que la empresa continúe funcionando, pues como veremos se trata de que una vez ejecutado el concordato el deudor readquiera la dirección de su empresa.

Es necesario, entonces, que se proceda, mientras tanto a continuar la actividad o explotación del caso, previa autorización del juez-comisario o del tribunal, según se trate de un proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes, respectivamente.

Por lo general, será el deudor asistido del síndico en materia de arreglo judicial, y el síndico solo, en caso de liquidación de bienes quienes asegurarán la gestión del patrimonio, pero es posible también que un contrato de gerencia libre sea autorizado.

Tales modalidades en la gestión del patrimonio serán vistas de inmediato.



1.- En caso de arreglo judicial.

El fin fundamental del procedimiento de arreglo judicial es permitir al deudor, mediante la proposición de un concordato serio, escapar a los inconvenientes de la declaratoria de una liquidación de bienes que implicaría la realización de su activo necesariamente de luego, una vez acabado tal proceso por la aceptación del concordato y reiniciar normalmente su actividad o su explotación<sup>(219)</sup> salvando así la empresa.<sup>(220)</sup> Se comprende entonces que la continuación de la actividad o explotación sea normal en este tipo de proceso.

Pero la continuación de la explotación o de la actividad es una eventual fuente de abusos. Además representa un enorme riesgo: debe tomarse en cuenta que generalmente es necesario recurrir al crédito, dándose origen a los créditos de la masa, cuyo pago será preferencial. Con el fin de evitar tales inconvenientes en la medida de lo posible, el legislador francés ha establecido condiciones rigurosas de aplicación.

Si la continuación de la explotación es la regla en materia de arreglo judicial, ella no deriva de pleno derecho de la resolución que pronuncia este proceso luego de constatado el estado de cesación de pagos: el artículo 24 de la ley de comentario establece que la explotación no puede ser continuada si no es con la autorización del juez-comisario y por un período de tres meses o más, pudiendo éste en cualquier momento, aún de oficio, suspender tal autorización según que lo considere conveniente.

Antes del vencimiento del primer período de tres meses autorizado por el juez-comisario, la autorización de prórroga deberá ser hecha, si procediere, por el Tribunal y no por aquél. En este caso será éste quien fije el plazo, en forma discrecional, durante el cual se continuará la explotación, y podrá, también, en cualquier momento, según se lo aconseje su prudencia, retirar la autorización.

El síndico deberá comunicar una vez finalizado cada período autorizado los resultados de la explotación o de la actividad al juez-comisario y al Procurador de la República.<sup>(221)</sup>

Los acreedores serán afectados por la autorización de continuación de la actividad o explotación. Por eso, a nuestro juicio, deberán ser oídos por el Tribunal a fin de que al menos opinen sobre la posible autorización, ya que, también, a pesar de que el síndico deberá

(219) "...le but de cette procédure doit être de replacer le débiteur à la tête de son entreprise après le concordat. Il importe que celui-ci retrouve autant que possible un instrument de travail et une clientèle intacts". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 721.

(220) "...la continuation doit être la règle normale, dans la mesure où le règlement judiciaire tend à conserver l'existence d'une entreprise nécessaire, ou du moins valable sur le plan économique". BORD, op. cit. pág. 183.

(221) Párrafo 2º, artículo 24 de la Ley.

procurar en la medida de lo posible evitar la constitución de créditos, cuyo pago en tal caso sería preferencial, lo normal es que los mismos lleguen a nacer, toda vez que si se declara cualquiera de los procedimientos patrimoniales es porque la empresa ha cesado en sus pagos y por ende su situación económica y financiera no es del todo buena. Sin embargo el legislador no ha previsto ninguna intervención en la autorización de la continuación de la explotación. Simplemente se encuentran disposiciones que les autorizan a intervenir en caso de que el tribunal pretenda retirar la autorización ya dada, lo cual parece dar a entender que la autorización es del resorte exclusivo del tribunal.<sup>(222)</sup>

La autorización de la continuación de la actividad o explotación presenta interés, lógicamente, para el propio deudor. Este como dijimos podrá de esta manera mantener su empresa en funcionamiento y una vez que el proceso acabe recobrará la dirección de la misma. Pero además, al no existir por lo general motivo para impedirlo, y sí razón para hacerlo ya que nadie mejor que él conoce el funcionamiento de su empresa, podrá participar, mediante la remuneración que fije el juez-comisario, en la gestión de la misma.

Lo dicho para el deudor —entendido éste como persona física— es válido para los dirigentes sociales de la persona jurídica colectiva, todo conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la ley. Para ello uno u otros deberán ser de previo expresamente autorizados por el mismo órgano dicho.

La gestión, a nuestra manera de entender las cosas, no debería ser asegurada por el solo deudor, ni aun en este caso de arreglo judicial, pues como vimos para cualquier actuación éste requerirá la asistencia del síndico. Sin embargo, parece ser que la jurisprudencia se pronuncia en sentido contrario.<sup>(223)</sup>

Por lo que toca a los recursos contra las decisiones que dicta el tribunal o el juez-comisario autorizando o no la continuación de la explotación en materia de arreglo judicial, no es posible interponer ninguno toda vez que han sido expresamente excluidos.

2.-Continuación en caso de liquidación de bienes.

En tratándose de la liquidación de bienes, la continuación de la explotación no será autorizada, en cambio, sino excepcionalmente, toda vez que el fin al cual el proceso ha sido destinado es el de suprimir la actividad o empresa que no aparece viable: sus bienes, pues, serán liquidados para cubrir, en la medida en que ello lo per-

(222) Art. 24, párrafo 1º in fine de la ley, y art. 44 del Decreto.

(223) "Le débiteur ou les dirigeants autorisés à participer à la continuation de l'exploitation peuvent accomplir seuls et sans assistance du syndic les actes de gestion courante qui se rattachent à cette exploitation (Cass. req. 28 octobre 1902, 1.515; Caen 31 mai 1963, R.D.C. 1964, 169, Comp. Paris, 12 novembre 1971, Journ. agrées, 1972, 14)". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 723.



mita, los créditos existentes. Pero, como la liquidación aludida no ocurre el mismo día que se presenta la demanda tendiente a la declaración de la liquidación, puesto que es necesario que se desarrolle el proceso hasta que se compruebe que los supuestos legales se dan en la especie, y a fin de conservar, mientras se llega tal momento el valor de los elementos más importantes del activo, podrá autorizarse la continuación de la explotación. Esta no será hecha, además, sino en vista de la posible liquidación y siempre que el interés público y el de los acreedores así lo exija imperiosamente.

El artículo 25 de la ley en estudio establece que la autorización deberá ser necesariamente hecha por el tribunal —el juez-comisario en consecuencia, no podrá hacerla como en caso de arreglo judicial— y por un plazo de tres meses prorrogables, sin que la suma del primer plazo y de las prórrogas pueda exceder de un año, salvo decisión especialmente motivada y por causa grave en casos excepcionales.

La regla general en el caso de autorización de la actividad o explotación en el proceso de liquidación de bienes era la de que sea el síndico quien asegure su gestión. <sup>(224)</sup>

Sin embargo, la participación del deudor o de los dirigentes de la empresa puede presentar interés —el mismo que en el caso de arreglo judicial— pero las condiciones de su participación son más restringidas, ya que es dable pensar que los problemas económicos y financieros de la empresa se deban a una mala o incompetente administración de su parte. No obstante, ello no siempre es así, y por el contrario su intervención podría facilitar la gestión de la empresa. Es por ello que el artículo 26 de la ley decide que en caso de liquidación de bienes el deudor o los dirigentes sociales no pueden ser empleados para facilitar la gestión si no es con la autorización del tribunal y en las condiciones previstas por éste.

A diferencia de lo que ocurre en caso de arreglo judicial, la ley no establece ningún tipo de posibilidad a favor de los acreedores de intervenir en cuanto a la autorización de la continuación de la actividad o explotación. Las mismas razones que autorizan pensar en su participación en caso de arreglo judicial dan pie para hacerlo cuando se trate de un proceso de liquidación de bienes.

En materia de recursos, y por excepción al principio, es posible interponer apelación, oposición o aun recurso de casación, según el caso, contra la decisión dada en primera o segunda instancia respectivamente, que prorroga la continuación de la explotación por más de un año. <sup>(225)</sup> Nótese que no es una intervención contra la autorización

(224) "Dans la liquidation des biens, il appartient en principe au syndic d'exploiter lui-même le fonds, avec l'aide de ses préposés, ou des préposés de l'entreprise, ou éventuellement d'un spécialiste de gestion. Le syndic autorisé à continuer l'exploitation peut accomplir tous les actes nécessaires à cet effet. (Cass. com. 20 décembre 1960. Gaz. Pal. 1961. 1, 234)". BORD, op. cit. pág. 184.

(225) Art. 103 inciso 4º de la Ley.

propriadamente dicha sino contra la prórroga del año autorizado de previo.

### 3.- Continuación de la actividad mediante un contrato de gerencia libre.

Tanto en caso de arreglo judicial, como en el de liquidación de bienes, si es autorizada la continuación de la explotación o de la actividad del deudor, la gestión puede ser asegurada gracias a la conclusión de un contrato de arriendo a un gerente mediante el pago de una participación fija o proporcional. Este tipo de contrato, llamado de "gerencia libre" puede ser la que más interese a los acreedores, ya que limita los riesgos de la explotación, <sup>(226)</sup> riesgos que son asumidos por el gerente libre.

Sin embargo, pareciera difícil, aunque no imposible, que exista un verdadero interés de parte de tales terceros a hacerse cargo de una empresa insana. No obstante ello, la posibilidad ha sido prevista y reglamentada. El artículo 27 de la ley, establece que, aun cuando el contrato de arrendamiento de local lo prohíba, el tribunal puede autorizar la conclusión de un contrato de gerencia libre, a condición de que se den suficientes garantías por el gerente libre y de que éste no sea dependiente del deudor. Se trata en la especie de proteger, por una parte el interés de los acreedores exigiendo al gerente garantías bastantes, y por otra, de evitar que el deudor continúe, "interposición manu", ejerciendo su actividad.

### SS 3.- El pasivo.

Así como el activo debe ser constatado, el pasivo debe ser verificado: es indispensable establecer la existencia y regularidad, así como la naturaleza de los créditos.

A nuestro juicio, a pesar de que como vimos ello se discute, tanto créditos civiles como mercantiles deben figurar en el pasivo a pagar.

#### A.—Producción de créditos.

Los acreedores, cualquiera que sea la naturaleza de su crédito deben producir sus créditos entre las manos del síndico. Producir significa en este caso indicar la existencia, el monto y la causa del crédito, <sup>(227)</sup> advirtiéndose que cualquier declaración falsa es sancionada penalmente. <sup>(228)</sup>

(226) "La mise en location gerence du fonds du débiteur est certainement la solution qui présente le moins d'aléas pour la masse, du moins si le locataire gerente présente toutes les garanties désirables". BORD, op. cit. pág. 187.

(227) "Les créanciers doivent produire leur créance, c'est-à-dire, qu'ils doivent indiquer l'existence, le montant et la cause de leur créance". DERRUIPE, op. cit. pág. 158.

(228) Art. 143, inciso 2º de la Ley.



El plazo de producción es de quince días a partir de la resolución que declara el arreglo judicial o la liquidación de bienes. Sin embargo, si algún acreedor no la hiciera en tal plazo, pero apareciere inscrito en los libros de la empresa, es de nuevo advertido de hacerlo, mediante carta certificada y publicación en el Boletín oficial de anuncios. En este último caso, estos acreedores deberán producir a más tardar dentro de los quince días posteriores a la publicación<sup>(229)</sup> so pena de no poder participar en las reparticiones según el momento, o de perder su derecho, como veremos.

Por su parte, los acreedores prendarios o hipotecarios que hubieren publicado su garantía deberán ser advertidos personalmente, o si se hubieren presentado antes al proceso, lo serán en el domicilio elegido al efecto, de que deben también dentro del plazo correspondiente producir sus créditos.<sup>(230)</sup>

El plazo de quince días fijado para producir es aumentado de otro igual en favor de los acreedores residentes fuera de la Francia metropolitana.<sup>(231)</sup>

### 1.- Acreedores obligados a la legalización.

A contar de la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, todos los acreedores deben producir sus créditos. Al decir todos los acreedores quiere decirse tanto acreedores comunes como privilegiados.<sup>(232)</sup>

La producción será hecha entre las manos del síndico quien los verifica oportunamente, según lo dispone el artículo 40 de la ley de comentario.

La razón de exigir a los acreedores privilegiados la producción de sus créditos es la de que es necesaria la constatación de su existencia y su regularidad, así como la determinación de la naturaleza del pasivo.<sup>(233)</sup> Además, se explica en caso de arreglo judicial por el hecho de que los acreedores privilegiados deben ser requeridos si conceden plazos o remisiones al deudor, de lo cual depende el éxito, en cierta medida, del posible concordato, si éste fuere homologado. Tal manifestación deberán hacerla dentro de los tres meses posteriores al depósito de las proposiciones concordatarias hechas por el deudor.

El artículo 41 de la ley en estudio, dispone que a falta de producción en los plazos fijados, el acreedor que no hubiere legalizado

(229) Art. 47 del Decreto.

(230) Art. 40 de la ley.

(231) Art. 47, párrafo último del Decreto.

(232) "Sous l'empire du droit antérieur, on considèrait que seuls les créanciers chirographaires ou bénéficiaires d'un privilège général étaient tenus de produire parce que l'on admettait généralement que cette obligation était liée à l'appartenance à la masse". BORD. op. cit. pág. 115.

(233) Más adelante veremos que ello es importante, porque los procedimientos se simplifican cuando se determina que el activo será consumido por el pasivo privilegiado.

su crédito no será admitido a las reparticiones de dividendos a menos que el tribunal les levante la sanción de que han sido objeto, cuando establecieron que su incumplimiento no ha sido voluntario. En este caso podrán concurrir a la distribución de dividendos futuros,<sup>(234)</sup> en tratándose de liquidación de bienes.

En caso de arreglo judicial, y a falta de producción antes del último vencimiento concordatorio, y salvo una cláusula que prevea el pago de los créditos cuando el deudor viniere a mejor fortuna, los créditos son extintos.<sup>(235)</sup>

Por su parte el artículo 71 de la ley establece que el acreedor cuyo pago ha sido asegurado con una garantía real y que regularmente advertido de suscribir la declaración del artículo 69, es decir, si en caso de homologación del concordato estaría de acuerdo en conferir algún plazo o remisión, no lo hubiere hecho, a pesar de que conserva el beneficio de su garantía, si el concordato, debidamente homologado por el tribunal, estableciere alguna remisión o plazo se encontrarán sujetos a tal decisión.

Las disposiciones que vienen de ser comentadas, a nuestro parecer no regulan con claridad el régimen de sanciones frente a los acreedores prendarios e hipotecarios. A una primera lectura sería dable pensar que si tales acreedores no legalizaren sus créditos en el plazo debido éstos no serán pagados en caso de liquidación de bienes, y su crédito será extinguido en caso de arreglo judicial.<sup>(236)</sup>

La solución en tales términos no nos parece aceptable. La doctrina al respecto se encuentra dividida en Francia.<sup>(237)</sup>

A pesar de que la ley obliga a todo acreedor a producir sus créditos en los plazos fijados, en cuanto a los acreedores privilegiados el fin de tal legalización es permitir el determinar por una parte la naturaleza del pasivo y por la otra la de constatar la existencia y regularidad del título, pero tales fines, creemos, pueden ser logrados por otros medios previstos por la misma ley. Si no, veamos:

La naturaleza del pasivo es determinable por la publicidad a que están sometidos los créditos privilegiados. Estos serán oponibles, como vimos, a la masa, en la medida en que fueren publicados con antelación a la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, como se desprende de la interpretación a contrario sensu del artículo 33 de la ley. Un simple estudio de los registros correspondientes podrá determinar su existencia.

Por aparte, el artículo 35 siguiente establece que el arreglo judicial o la liquidación de bienes suspende toda acción individual

(234) Art. 41, párrafo 1º Ley.

(235) Art. 41, párrafo 2º *ibid.*

(236) Art. 41, párrafos 1º y 2º de la Ley.

(237) "Les créanciers ayant une sûreté spéciale (hypothèque, nantissement ou privilège spécial) doivent produire, c'est-à-dire, déclarer leur créance sous peine de perdre leur droit." DERRUPE, op. cit. pág. 118. JUGLART e IPPOLITO, op. cit. pág. 302.—"L'obligation de produire est dénuée de sanctions à l'égard des créanciers privilégiés ou titulaires d'une sûreté spéciale." BORD, op. cit. pág. 119 y sig. RODIERE, op. cit. pág. 263.



tanto sobre muebles como sobre inmuebles de los acreedores cuyos créditos nacidos antes de la resolución que constata la cesación de pagos no hubiere sido garantizada por un privilegio especial, una prenda o una hipoteca de dichos bienes. Es decir, los acreedores privilegiados en general, escapan a la suspensión de acciones impuesta a los acreedores comunes y no forman parte de la masa, pudiendo individualmente perseguir el cobro de su crédito, principal e intereses en la medida en que el bien afecto lo permita, toda vez que los intereses siguen corriendo hasta el momento del efectivo pago. <sup>(238)</sup>

Las únicas limitaciones que encontramos en caso de acreedores privilegiados es la de tener que proceder a ejercitar sus acciones en un plazo relativamente corto —dos meses, <sup>(239)</sup> y esto únicamente en materia de liquidación de bienes— pues de lo contrario la acción será intentada por el síndico, y la de que este último puede retirar en beneficio de la masa, pagando el monto del crédito y sus accesorios, el bien dado en garantía. <sup>(240)</sup>

En la acción de cobro del crédito privilegiado se deberá comprobar la regularidad del título ante el mismo tribunal que conoce del proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes como se ha dispuesto debe hacerse. Así pues, el segundo fin perseguido con la legalización se cumple de esta manera.

A nuestra manera de ver las cosas, en consecuencia, las disposiciones criticadas son aplicables únicamente a los acreedores quirografarios.

Aceptar que los acreedores privilegiados están sujetos a las mismas sanciones que los acreedores comunes es cuestionar la misma razón de existencia de los créditos reales.

La única manera aceptable de comprender las disposiciones de comentario es entendiéndolas referidas a los acreedores privilegiados en el tanto en que la legalización debe ser hecha por ellos en miras al cobro de una porción de su crédito que no hubiere sido pagado íntegramente con el producto de la realización del bien dado en garantía, supuesto frente al cual ellos lo hacen no como acreedores privilegiados, sino como acreedores comunes, conforme les autoriza el artículo 87, de la ley, que a la letra dice: "Los acreedores privilegiados o hipotecarios no cubiertos con el precio de los inmuebles, concurren con los acreedores quirografarios por lo que les es debido".

### B.—Verificación de los créditos.

El procedimiento de verificación y de admisión de créditos es el medio mediante el cual el pasivo es constatado y la existencia

(238) Art. 39 de la Ley.

(239) Art. 84 *ibid.*

(240) Art. 83 de la Ley. Esta norma, aunque dictada frente al deudor prendario, nos parece aplicable al caso de crédito hipotecario. La misma razón existe en uno u otro caso: recuperar el bien, que puede ser elemento importante del activo.

y regularidad de los créditos determinada. El sistema tiene la particularidad que es el síndico con la asistencia de los contralores —cuando éstos hayan sido nombrados— y del juez-comisario, quienes están encargados de tal procedimiento. Los acreedores no son convocados a opinar sobre la admisión o rechazo de los créditos legalizados. Su participación se limita a la producción de su crédito, lo cual alijera los trámites.

En el momento de la verificación el deudor, debidamente convocado al efecto, puede comparecer si lo desea. <sup>(241)</sup>

La verificación de los créditos debe ser hecha dentro de los tres meses posteriores a la resolución que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes, <sup>(242)</sup> es decir que hay un plazo para la presentación y un plazo para la verificación de los créditos.

Si el crédito fuere rechazado, en todo o en parte, el síndico así lo comunica al acreedor afectado mediante carta certificada, precisando el motivo de su rechazo a fin de que éste proceda, en el plazo de ocho días, a dar sus explicaciones escritas o verbales al juez-comisario quien podrá admitir el crédito provisionalmente por el monto que determine. <sup>(243)</sup>

Una vez que el síndico ha verificado los créditos de la manera que viene de ser dicha, rendirá un informe al juez-comisario, informe en el que deben ser contenidas sus proposiciones sobre la admisión o el rechazo de los créditos. El informe en cuestión, refrendado por el juez-comisario es depositado en la secretaría del tribunal, luego de lo cual se considera definitivo. <sup>(244)</sup>

Cualquier reclamo sobre la determinación del estado definitivo de los créditos fijado como viene de ser dicho, debe ser llevado o planteado ante el tribunal.

Finalmente, resuelta por el tribunal cualquier contestación que en el sentido últimamente dicho se hubiere presentado, el proceso se encuentra listo para su solución.

### C.—Procedimiento simplificado de liquidación de bienes.

El legislador ha imaginado una simplificación de los procedimientos en el caso de liquidación de bienes cuando apareciere que el producto de la realización de los bienes que forman el activo del deudor será completamente consumido por concepto de costas y gastos así como en el pago de las obligaciones privilegiadas. <sup>(245)</sup>

(241) Art. 48 del Decreto.

(242) "Cette disposition ne comporte aucune sanction mais traduit la nécessité de ne pas laisser se prolonger inutilement la procédure. Les chances de succès de relèvement des entreprises en règlement judiciaire comme les conditions de réalisation des éléments d'actif en cas de liquidation de biens en dépendent".

(243) BORD, op. cit. pág. 122.

(244) Art. 48 Ley y 50 del Decreto.

(245) Art. 42 de la Ley.

Art. 45 de la Ley.



En este caso se suprime el procedimiento de verificación del pasivo común. Es decir que el procedimiento de producción será hecho pero la fase de verificación se deja de lado, a condición de que no se trate de una persona jurídica colectiva en la que los dirigentes sociales deban ser obligados, conforme lo dispone el artículo 99 de la misma ley, a asumir total o parcialmente el pasivo de la misma, caso en el cual se continúan los procedimientos contra éstos y la persona moral conjuntamente.

### SECCION 3ª- Clausura de los procedimientos de liquidación de bienes.

Sucede a veces que los procedimientos de liquidación judicial son clausurados antes de llegar a su última fase, la de su solución. Ello ocurre cuando no existe activo —clausura por insuficiencia de activo— o bien, cuando se extingue el pasivo —clausura por extinción del pasivo. La primera de ellas no es más que una suspensión de las operaciones; la otra hace que definitivamente el proceso sea terminado.

#### SS 1.- Clausura por insuficiencia de activo.

Cuando el tribunal ha pronunciado la liquidación de bienes de un deudor determinado es porque ha estimado que éste no se encontraba en posibilidad de proponer un concordato serio. Ello ha ocurrido fundamentalmente a causa de la situación económica del deudor. Ahora bien, no es raro llegar a encontrar que los procedimientos de liquidación de bienes carecen de interés toda vez que en el momento en que se han planteado, o posteriormente, el activo del deudor no responde por ser exiguo o inexistente, siendo probable que lo poco que haya sea consumido a la postre por los gastos y costas del procedimiento de liquidación.<sup>(246)</sup>

En este caso sería preferible permitir que alguno o algunos de los deudores logran algún beneficio mediante las ejecuciones individuales que pudieran ejercer.

La clausura de los procedimientos por insuficiencia de activo ha sido prevista sólo en caso de que se presente en un proceso de liquidación de bienes, pues si se presentare en un juicio de arreglo judicial sería necesario proceder previamente a la conversión de éste en uno de liquidación de bienes.

La insuficiencia se puede presentar desde el inicio del proceso o en cualquier momento de éste. Así, si el curso de las operaciones de la liquidación de bienes es detenido por falta de activo el tribunal puede pronunciar, en cualquier época que ello sea, y aun de oficio, la clausura de los procedimientos.<sup>(247)</sup>

(246) "...il est inutile de poursuivre la procédure et d'engager de nouveaux frais. Personne d'ailleurs ne tient à le faire, et surtout pas le syndic qui risque d'engager des frais dont il ne serait pas payé". DERRUPE, op. cit. pág. 161.

(247) Art. 91, párrafo 1º de la Ley.

Tal resolución hace que cada acreedor recobre el ejercicio individual de sus acciones, para cuyo caso puede obtener el título ejecutivo necesario si su crédito ha sido verificado y admitido en los procedimientos, título que le es expedido mediante ordenanza del presidente del tribunal.<sup>(248)</sup>

Sin embargo, el pronunciamiento en cuestión no tiene la virtud sino de suspender provisionalmente los procedimientos: el desapoderamiento continúa; la masa no es disuelta; el síndico permanece en su cargo y es responsable a partir del día de la resolución que decreta la clausura y hasta por cinco años de los libros, papeles y efectos que le hubiere entregado el deudor.<sup>(249)</sup> En consecuencia, la decisión puede ser reformada a todo instante a solicitud del deudor o de cualquier otro interesado, previa justificación de que los fondos necesarios a los gastos de las operaciones han sido entregados al síndico.<sup>(250)</sup>

La clausura por insuficiencia de activo ha sido criticada por los riesgos que presenta para los terceros que traten eventualmente con el deudor con posterioridad al pronunciamiento de clausura, pues el desapoderamiento se mantiene por todo el tiempo de la suspensión y hasta que no se arribe a una solución definitiva.<sup>(251)</sup>

#### SS 2.- Clausura de las operaciones por extinción del pasivo.

Carece de interés también, lógicamente esta vez en forma definitiva, la continuación de los procedimientos cuando el pasivo, durante la tramitación del proceso llegare a extinguirse. Los acreedores, en cuyo interés existen tales procedimientos habrán desaparecido del proceso y éste no podrá proseguirse sin su concurso.<sup>(252)</sup> Ello denota el trasfondo meramente patrimonial de los procedimientos. De ahí que el tribunal pronunciará, aun de oficio, la clausura de los procedimientos cuando no exista más pasivo exigible o cuando el síndico disponga del numerario suficiente.<sup>(253)</sup>

(248) Arts. 91, párrafo 2º y 90 de la Ley.

(249) Art. 91, párrafo último ibid.

(250) Art. 92 ibid.

(251) "Le caractère limité et provisoire de cette clôture est sans doute rationnel. Mais il ne faut pas dissimuler qu'il y a là la source de situations éminemment dangereuses pour ceux qui traitent avec le débiteur en ayant perdu de vue ou ignoré la procédure dont il avait été l'objet et qui n'est en somme que suspendue. Les biens acquis par lui sont atteints par le dessaisissement et leur aliénéation est inopposable aux créanciers". DERRUPE, op. cit. pág. 162.

(252) "Il peut arriver qu'au cours de la procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, le débiteur par exemple avec le concours de parents ou d'amis, parvienne à réunir les fonds nécessaires pour désintéresser tous les créanciers. Il paraît inutile de poursuivre des opérations qui n'ont plus d'intérêt pour les créanciers". JAUFFRET. op. cit. pág. 366 y sig.

(253) Art. 93 de la ley, —La loi subordonne la clôture au règlement du passif exigible, cette précision semble inutile puisque par l'effet du jugement déclaratif toutes les dettes du débiteur deviennent exigibles". BORD, op. cit. pág. 271.



Se ha tratado de facilitar una clausura de este tipo a fin de evitar de esta manera hacer más gravosa la situación del deudor y por ello se establece que los acreedores no podrán exigir más de tres años de intereses a la tasa legal a partir de la resolución que constata la cesación de pagos. <sup>(254)</sup>

Al no existir más la razón de ser de los procedimientos, éstos serán definitivamente clausurados <sup>(255)</sup> y en consecuencia el deudor será restablecido en todos sus derechos, y cualquier caducidad o privación de derechos que hubiere sufrido le será levantada. <sup>(256)</sup>

La clausura no podrá producirse, eso sí, sino cuando el estado definitivo de los créditos fuere fijado, momento a partir del cual podrá saberse el monto del pasivo. <sup>(257)</sup>

#### SECCION 4ª.- Conversión de los procedimientos.

La conversión se produce únicamente, según la ley en el sentido del proceso de arreglo judicial al proceso de liquidación de bienes en tres casos que se dirán. No obstante, a nuestro juicio es dable pensar que la conversión de la liquidación de bienes en un proceso de arreglo judicial, es decir, el caso contrario al previsto por la ley, puede presentarse, cuando habiéndose iniciado aquélla porque el deudor no podía proponer un concordato serio, llegare posteriormente a estar en condición de hacerlo por haber vuelto a mejor fortuna.

##### SS 1.- Casos de la conversión.

Todos los casos de conversión señalados por la ley son obligatorios. Son ellos:

- 1.—Cuando aparezca que el deudor no se encuentra más en posibilidad de proponer un concordato serio. <sup>(258)</sup>
- 2.—Si el deudor no propone o no obtiene el concordato, o si éste una vez aprobado es resuelto o anulado. <sup>(259)</sup>
- 3.—Cuando la persona física se encuentra en la imposibilidad de continuar su actividad en razón de las sanciones que le son impuestas, por ejemplo en un proceso de quiebra personal o de bancarrota.

(254) Art. 93, párrafo 2º de la Ley.

(255) "...la clôture pour extinction du passif met fin définitivement à la procédure." JAUFFRET, op. cit. pág. 367.

(256) Art. 113 de la Ley.

(257) "...il demeure que cete clôture ne peut intervenir qu'après l'arrêt définitif de l'état des créances car ce n'est qu'à ce moment que l'on peut s'assurer que tout le passif a été payé". DERRUPE, op. cit. pág. 162. BORD, op. cit. pág. 271.

(258) Art. 7, párrafo 2º de la Ley.

(259) Art. 79, párrafo 1º ibid.

<sup>(260)</sup> La crítica a esta última disposición la hicimos anteriormente. Simplemente digamos una vez más que el legislador francés no fue en este caso consecuente con su principio de separación entre la persona y la empresa. Las sanciones a personas no deberían trascender al campo patrimonial: se trata en un caso de castigar al deudor y en otro de salvar a la empresa.

##### SS 2.- Efectos de la conversión.

La resolución de conversión que ocurre necesariamente en el curso de un proceso de arreglo judicial, según la ley, no hace que un proceso acabe y otro enteramente comience: el proceso antiguo continúa, acomodándose a la naturaleza del nuevo. Ningún efecto retroactivo se produce.

A partir de la conversión, en consecuencia, el deudor pierde la posesión de sus bienes; la representación del síndico aparece; y finalmente el activo es liquidado oportunamente.

Así pues, los efectos de la resolución que convierte el proceso son los de la decisión que declara la liquidación de bienes.

#### SECCION 5ª.- Solución de los procedimientos.

Dos soluciones son las únicas posibles: una solución de entendimiento: el concordato; una solución de ejecución: la realización de los bienes. Cada una de ellas es propia de uno u otro proceso. Así el concordato es posible sólo en caso de arreglo judicial; la realización en el proceso de liquidación de bienes.

El concordato consiste en el acuerdo entre el deudor y el acreedor o acreedores. La realización en la venta de los bienes del deudor y la repartición de su producto proporcionalmente entre los acreedores.

##### SS 1.- El concordato.

Como hemos visto, el tribunal en el proceso de arreglo judicial decreta éste cuando el deudor se encuentra en la posibilidad de proponer un concordato serio. En consecuencia, el objetivo al cual debe tender el proceso es al de llegar a la aprobación de tal concordato.

El concordato es un entendimiento, un acuerdo o contrato que se lleva a cabo entre el deudor y sus acreedores, que tiende generalmente al restablecimiento del deudor a la cabeza de sus negocios, y al pago, al menos parcial, del pasivo según la forma convenida. <sup>(261)</sup>

(260) Art. 79, párrafo 2º ibid.

(261) "Le concordat est une convention conclue entre le débiteur en règlement judiciaire et ses créanciers, soumise à l'homologation du tribunal, par laquelle le débiteur s'engage à payer ses créanciers immédiatement ou à terme, en tout ou en partie, sous conditions d'être libéré envers eux et remis à la tête de ses affaires". DERRUPE, op. cit. pág. 164. BORD, op. cit. pág. 253.



Tal convención o acuerdo presenta la particularidad de poder ser aceptada por la mayoría de los acreedores e impuesta a la minoría, y de que, por otra parte, se presentan controles de legalidad y de oportunidad del tribunal mediante el proceso de homologación. De ahí que la naturaleza jurídica de la misma puede aparecer como contractual, pero a la vez judicial. <sup>(262)</sup>

La justificación del concordato se encuentra en las ventajas mutuas que confiere a deudor y acreedores: el primero logra, si el mismo es aprobado, evitar el desapoderamiento y la asistencia, pudiendo administrar y disponer luego de sus bienes y mantener su empresa bajo su dirección; los segundos, por lo general obtienen un pago rápido, aunque parcial, de sus créditos evitando a la vez el riesgo de la venta de los bienes de la empresa que eventualmente no podrían producirle sino lo mismo o aún menos de lo que estarían recibiendo gracias al concordato.

Sin embargo, el concordato no es una solución siempre buena: muchas veces las raíces del problema son más profundas de lo que parecen, y el concordato posteriormente debe ser resuelto por no haber podido el deudor cumplir con las estipulaciones contenidas en el mismo, caso en el cual, es dable pensarlo, los acreedores se encontrarán en una situación peor de la que estaban antes de la aprobación del mismo.

#### A.-Aprobación por los acreedores.

##### 1.-Proposiciones concordatarias.

La aprobación del concordato se presenta en varias etapas, cada una de ellas con varias fases.

En la primer etapa el deudor, desde el momento en que el estado de créditos es establecido, deposita sus ofertas concordatarias en vista de la asamblea de acreedores que la conocerá. <sup>(263)</sup> Tales ofertas deben precisar las medidas imaginadas en vista del posible restablecimiento del deudor y definen las condiciones, el monto, el término y las garantías propuestas para el pago de los créditos quirografarios, así como, dado el caso, el abandono de bienes, debiéndose acompañar, en todo caso, un estado detallado de los créditos garantizados por un privilegio o una garantía real. <sup>(264)</sup>

El concordato que se presenta en materia de arreglo judicial debe ser entendido en su naturaleza y alcances que quedan dichos. No debe ser confundido con lo que en doctrina es conocido con el

(262) RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 284 y sgs.- JUGLART e IPPOLITO, op. cit. pág. 340.

(263) Art. 67, párrafo 1º de la Ley.

(264) Art. 68 de la Ley. "Les offres de concordat doivent préciser en premier lieu les mesures envisagées pour le rétablissement du débiteur... L'appréciation de ces mesures doit permettre selon le vœu du législateur de s'assurer si l'entreprise peut être valablement conservée". BORD, op. cit. pág. 230.

nombre de concordato o convenio preventivo y que existió en Francia hasta 1937. <sup>(265)</sup>

##### 2.-Consulta a los acreedores privilegiados.

Desde el momento en que las proposiciones concordatarias son depositadas al tribunal, el secretario advierte a los acreedores cuyo crédito ha sido asegurado con una garantía real o un privilegio especial, de hacer conocer, en un plazo de tres meses, si en caso de que el concordato fuere homologado por el tribunal, estarían de acuerdo en conceder al deudor algún plazo o remisión de su deuda.

Se ha visto que generalmente el pasivo privilegiado consume buena parte del activo del deudor, y que la suerte del concordato depende de la actitud de los acreedores privilegiados. De ahí que sea importante conocer cuál será tal actitud. <sup>(266)</sup>

Sobre las sanciones que existen en caso de ausencia de declaración, dijimos que la doctrina se encuentra dividida entre los que afirman que no existe ninguna sanción y los que aseguran que el acreedor privilegiado pierde su derecho por ese hecho.

##### 3.-Voto.

El juez-comisario convoca a los acreedores quirografarios que hubieren sido admitidos definitivamente o provisionalmente, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo dicho de tres meses concedido a los acreedores privilegiados, mediante inserción en los periódicos y a través de carta certificada enviada a cada uno de los acreedores comunes <sup>(267)</sup> a fin de que proceda la asamblea de éstos a deliberar sobre el concordato, el cual se aprueba por una doble mayoría: mayoría de presentes y mayoría de capital: dos tercios del monto total de sus créditos debe sumar el voto de la mayoría. <sup>(268)</sup> Sin embargo, si sólo una de las dos mayorías dichas es alcanzada la deliberación debe ser continuada en otra ocasión, a ocho días vista. En este caso, los acreedores que hubieren votado afirmativamente en la primera asamblea no están obligados a asistir a la segunda. <sup>(269)</sup>

Los acreedores privilegiados no pueden participar en la votación a no ser que renuncien a su privilegio. <sup>(270)</sup>

(265) "Il ne faut pas confondre le concordat avec le concordat préventif, institution qui a existé a titre temporaire en 1919 et en 1937 et qui permettait... grâce a un arrangement voté par la majorité des créanciers d'éviter la cessation des paiements". JAUFFRET, op. cit. pág. 359.

(266) "Le sort d'un concordat dépend souvent de l'attitude des créanciers privilégiés: s'ils exigent un apurement immédiat de leurs créances, ils compromettent l'exécution du concordat; au contraire, s'ils acceptent de consentir des délais au débiteur, voire des remises, le concordat s'il est sérieux aura les plus grandes chances d'être exécuté". BORD, op. cit. pág. 230.

(267) Art. 64 del Decreto.

(268) Art. 70 de la Ley.

(269) Art. 67 del Decreto.

(270) Art. 66, párrafo 3º del Decreto.



B.—Homologación del concordato por parte del tribunal.

La segunda etapa se presentará en el momento en que el tribunal procede a aprobarlo. La aprobación es conocida con el nombre de "homologación". Por medio de ella se trata que el juez controle la legalidad y la oportunidad del convenio pasado entre deudor y acreedores. (271)

Sin embargo, de previo al pronunciamiento sobre la aprobación el juez-comisario debe hacer al tribunal un informe sobre los caracteres del arreglo judicial y sobre la admisibilidad del concordato. (272)

El tribunal homologa el concordato:

- 1.—Si las condiciones de validez han sido reunidas. (273)
- 2.—Si ningún motivo derivado del interés público impide la aprobación. (274)
- 3.—Si las ofertas hechas por el deudor hacen que el concordato votado sea un concordato serio. (275)
- 4.—Si, tratándose de una persona moral, la gestión de la misma no es cumplida por aquellos dirigentes contra los cuales hubiere sido pronunciada, sea la quiebra personal, sea la prohibición de dirigir, gestionar o administrar una empresa comercial. (276)

Si el tribunal comprueba que los requisitos del caso han sido cumplidos aprueba el concordato, y lo rechaza de no existir los mismos, pero su papel no puede ir más allá, por ejemplo no puede aprobarlo con modificaciones, toda vez que el concordato es un acuerdo, un convenio jurídico entre dos partes: el deudor por una, los acreedores por la otra, acuerdo que es simplemente sometido a un control del tribunal. (277)

Antes de la homologación puede presentarse el caso de la oposición: todo acreedor que habiendo tenido derecho a concurrir a la asamblea concordatoria no lo hubiere votado o cuyos derechos hubieren sido reconocidos después de la aprobación del concordato, puede intervenir mediante una oposición, especie de recurso que debe

(271) "Instruit par l'expérience, le législateur craint que le débiteur n'abuse de la confiance des créanciers et n'obtienne d'eux un consentement trop facile à un concordat qui ne ferá que des dupes. Aussi a-t-il exigé que le concordat soit approuvé par la justice "Le tribunal... est.. juge à la fois de la régularité et de l'opportunité et sur ce dernier point son pouvoir d'appréciation est souverain". DERRUPE, op. cit. pág. 166.

(272) Art. 71 del Decreto.

(273) Art. 72, inciso 1º de la Ley.

(274) Art. 72, inciso 2º ibíd.

(275) Art. 72 inciso 3º ibíd.

(276) Art. 72, inciso 4º ibíd.

(277) "Lorsque le tribunal homologue le concordat il doit le faire purement et simplement: il ne peut pas modifier les propositions concordataires telles qu'elles ont été proposées par le débiteur avant l'assemblée concordataire et acceptées par les créanciers". BORD, op. cit. pág. 242.

ser motivado y notificado al deudor y al síndico bajo pena de nulidad dentro de los ocho días que siguen al concordato. (278)

El tribunal deberá pronunciarse sobre la oposición, y si fuere necesario para ello la solución de cuestiones extrañas a su competencia en razón de la materia, suspenderá su pronunciamiento hasta tanto no se hayan resuelto las mismas por quien corresponde. (279)

C.—Ejecución y efectos.

La resolución que homologa el concordato puede designar uno o tres comisarios encargados de vigilar la ejecución de aquél. Su misión es fijada en tal resolución.

Una vez que el concordato es aprobado en forma definitiva y la resolución correspondiente adquiere valor de cosa juzgada, el síndico rinde sus cuentas al juez-comisario, quien a su vez refrenda tal informe, si procede, y uno y otro cesan en ese momento en sus funciones, a no ser que se trate de un concordato por abandono de activo, caso en el cual permanecen en sus funciones hasta el momento de la liquidación de los bienes cuyo abandono ha sido hecho.

En cuanto a las garantías que el deudor puede haber propuesto en sus ofertas concordatorias, si son aceptadas por los acreedores, no producen de pleno derecho la desaparición de la hipoteca legal sobre todos los bienes de aquél decretada a la hora de la constatación del estado de cesación de pagos, y se mantendrá ésta hasta que el deudor haya cumplido los compromisos adquiridos en el concordato.

El concordato acabará con el proceso de arreglo judicial, en el sentido de que los efectos de éste desaparecerán: el deudor recobra la libre administración y disposición de sus bienes, siendo así que su asistencia por parte del síndico no existirá más; (280) los órganos del proceso dejan de funcionar, salvo para la liquidación eventual de los bienes abandonados; el deudor queda obligado a partir de tal momento, so pena de resolución del concordato a ejecutar en la forma convenida los acuerdos concordatorios; la masa es disuelta y los acreedores recobran su derecho de acción individual contra el deudor por la parte que les hubiere sido acordada pagar. (281)

D.—Formas del concordato.

Diversas formas puede tomar el concordato. Ellas son:

- 1.—Concordato simple: consiste en la remisión parcial hecha por los acreedores a favor del deudor, de sus créditos. Los acreedores recibirán entonces un dividendo del activo existente.

(278) Art. 68 del Decreto.

(279) Art. 69 del Decreto.

(280) "Toutefois les créanciers peuvent stipuler dans le traité concordataire que certains acts devront être autorisés par telle personne désignée, notamment par des comisaires au concordat". DERRUPE, op. cit. pág. 167.

(281) "Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle dans les limites des stipulations concordataires". BORD, op. cit. pág. 246.



En virtud de la ley de la igualdad la remisión hecha debe ser idéntica para todos los acreedores.

- 2.—Concordato por abandono de activo: el deudor abandona todo o parte de su activo a sus acreedores a condición de ser total e inmediatamente liberado. Los bienes abandonados serán vendidos y el producto distribuido entre los acreedores. En consecuencia, es una solución parecida a la de la liquidación de bienes, por la realización de éstos, pero no por sus efectos.
- 3.—Concordato de espera: los acreedores conceden ciertos plazos al deudor dentro de los cuales éste se compromete a pagar en pagos parciales o de una sola vez, siendo liberado en el momento en que proceda a verificar la cancelación de lo prometido. Igualmente que en cuanto a las remisiones los plazos deben ser iguales para todos y cada uno de los acreedores.
- 4.—Concordato mixto: generalmente el concordato contiene la remisión de parte del pasivo, acompañada de una espera dentro de la cual pagará el deudor la parte no remitida.
- 5.—Puede darse que alguna de las formas anteriores se acompañe de un compromiso del deudor de pagar la parte que le hubiere sido perdonada en caso de que viniere a mejor fortuna. <sup>(282)</sup>  
En todo caso, si ello no fuere expresamente estipulado, la remisión de la parte del pasivo hecha por los acreedores no extingue la deuda: ésta subsistirá como obligación natural. <sup>(283)</sup>

#### E.—Resolución y anulación del concordato.

El concordato acordado en la asamblea de acreedores y debidamente homologado por el tribunal puede ser objeto luego de una resolución o bien de una anulación.

##### 1.—Resolución.

La resolución del concordato no es más que la aplicación de la resolución de derecho común de los contratos, y es pronunciada: <sup>(284)</sup>

— En caso de inobservancia de sus obligaciones concordatorias por el deudor. <sup>(285)</sup>

(282) "Cette stipulation engage le débiteur qui ne saurait s'y soustraire, s'il revient à meilleure fortune". BORD, op. cit. pág. 248.

(283) "Cette remise... laisse subsister une obligation naturelle à la charge du débiteur". JAUFFRET, op. cit. pg. 362.

(284) Art. 75 de la Ley.

(285) "Le tribunal apprécie souverainement si les manquements reprochés au débiteur constituent véritablement une inexécution suffisante des engagements concordataires (París, 28 fev. 1896, D.P. 1897, 2.69). Il peut même accorder des délais au débiteur par application de l'article 1244 du Code Civil". BORD, op. cit. pág. 254.

— En caso de inobservación por el deudor de los plazos acordados por los acreedores privilegiados. <sup>(286)</sup>

— Cuando el deudor fuere alcanzado por alguna causa de la prohibición de ejercer una actividad comercial.

La crítica a semejante disposición es la misma hecha cuando hablamos de la conversión de los procedimientos. En este caso, el concordato debe existir para preservar, fundamentalmente, la empresa, ente distinto del sujeto que la dirige. De nuevo, pues, el legislador ha olvidado su principio de separación entre ambos.

— Cuando, tratándose de una persona colectiva, los dirigentes contra los cuales haya sido pronunciada la quiebra personal o la prohibición de dirigir o administrar una empresa comercial, asumen de nuevo de hecho o de derecho la dirección de aquélla, o cuando tales prohibiciones les alcanzaren estando en curso la ejecución del concordato, a menos que tales dirigentes cesen de hecho de ejercer tales funciones.

— Un caso especial se presenta cuando el deudor fuere objeto por aparte de un nuevo procedimiento de arreglo judicial o de liquidación de bienes al haber incumplido obligaciones nacidas con posterioridad a la homologación del concordato, a pesar de que esté cumpliendo con sus antiguos compromisos. <sup>(287)</sup>

La resolución del concordato puede ser demandada por un acreedor o alguno de los comisarios encargados de vigilar la ejecución del concordato. <sup>(288)</sup> Estos deberán para ello en el plazo de un mes, informar al tribunal de cualquier retardo o falta de ejecución del concordato por parte del deudor. <sup>(289)</sup> El tribunal puede también, de oficio, pronunciar la resolución. <sup>(290)</sup>

##### 2.—Anulación.

El concordato es anulado en caso de dolo resultante de una disimulación de activo o de una exageración del pasivo. <sup>(291)</sup> Tal dolo

(286) "Lorsque les créanciers ont consenti des remis ou délais, ils l'ont fait pour faciliter l'exécution du concordat et permettre à l'entreprise d'avoir les plus grandes chances de redressement. Si le débiteur est incapable de régler le passif privilégié ainsi allégé, il fait la démonstration que le concordat proposé n'était pas sérieux..." BORD, op. cit. pág. 254.

(287) Art. 77 párrafo final de la ley. — "Cette situation ne souleve de difficultés que si les créanciers concordataires n'ont pas été entièrement payés. Ils doivent alors produire dans la nouvelle procédure car l'ancienne ne peut pas être réouverte... Mais grâce à leur hypothèque légale ils primeront les nouveaux créanciers sur les prix des immeubles, voire sur d'autres biens si le concordat est accompagné de garanties réelles, car toutes ces garanties sont bien entendu maintenues". DERRUPE, op. cit. pg. 170.

(288) Art. 75 de la Ley.

(289) Art. 73 del Decreto.

(290) Art. 75 de la Ley.

(291) Art. 76 *ibid.* — "La loi ne donne aucune précision sur la procédure de l'action en annulation, qui doit obéir aux mêmes règles que celle de l'action en



deberá lógicamente descubrirse después de la homologación del concordato por parte del tribunal pues de haberse conocido con anterioridad la homologación no se habría producido.

#### F.—Efectos de la resolución y de la anulación.

- 1.—El deudor pierde el beneficio del concordato y de sus estipulaciones, volviendo a ser deudor de toda la suma debida al inicio de los procedimientos, aun de la parte remitida. Lógicamente habrá de deducirse de ella aquella parte que hubiere sido pagada por el deudor durante el tiempo en que estuvo en vigencia el concordato.
- 2.—Los actos hechos por el deudor entre la homologación del concordato y su resolución o anulación no pueden ser anulados sino en caso de fraude en perjuicio de los derechos de los acreedores<sup>(292)</sup> mediante el ejercicio en tal supuesto de la acción pauliana.<sup>(293)</sup>
- 3.—Los acreedores anteriores al concordato podrán figurar en la masa por la integralidad de sus créditos si no hubieren recibido ningún pago, o, únicamente por aquella parte que les restare a pagar.<sup>(294)</sup>
- 4.—El proceso es convertido en uno de liquidación de bienes.<sup>(295)</sup>
- 5.—La conversión se produce sin efectos retroactivos.<sup>(296)</sup>
- 6.—La única diferencia que se presenta entre la anulación y la resolución del concordato es que en el primer caso los fiadores que hubieren aceptado garantizar la ejecución del concordato son liberados,<sup>(297)</sup> mientras que en el segundo caso —la resolución— no les libera, pues su compromiso ha sido adquirido precisamente para garantizar la ejecución del concordato y la resolución es pronunciada en razón de la falta de ejecución de éste.

#### SECCION 6ª. Solución en caso de liquidación de bienes.

A partir del pronunciamiento de la liquidación de bienes o de la conversión del proceso de arreglo judicial los acreedores son constituidos en estado de unión.<sup>(298)</sup>

resolution, sauf a refuser l'exercice de l'action au comisaire au concordat". BORD, op. cit. pg. 258.

(292) Art. 78 de la Ley.

(293) Art. 1167 Código Civil.

(294) Art. 77 de la Ley.

(295) Art. 79 de la Ley.

(296) "Le règlement judiciaire est converti en liquidation des biens sans retroactivité. Les actes faits par le débiteur deméurent opposables pourvu qu'ils ne soient pas entachés de fraude". DERRUPE, op. cit. pg. 170.

(297) Art. 76, párrafo 2º de la Ley.

(298) Art. 75, párrafo final, *ibid.*

(299) Art. 80 *ibid.*

Al no existir en el caso de liquidación de bienes ninguna asamblea de acreedores éstos intervendrán en el proceso en forma individual, siendo por ese hecho el procedimiento de liquidación exclusivamente de naturaleza judicial. El término "unión" ha sido empleado por el legislador para determinar que la masa de acreedores durante el proceso permanecerá unida a efecto de la distribución del activo, oportunamente.<sup>(300)</sup>

#### SS 1.- Realización del activo.

Cuando se pronuncia la liquidación de bienes es porque el tribunal considera que la empresa no debe ser mantenida en virtud de su situación económica y financiera: no es posible proponer un concordato serio si no existe un respaldo material capaz de sostener las proposiciones concordatarias. La empresa es condenada a dejar de existir y el activo deberá ser realizado a efecto de que con su producto sea pagado el dividendo de cada acreedor. Para ello el síndico procede a las operaciones de liquidación del activo al mismo tiempo que establece el estado de créditos.<sup>(301)</sup>

Cuando se pronuncia la venta de mercadería y efectos muebles del deudor, éstos se venden directamente por el síndico, quien a su vez procede al cobro de los créditos a favor del deudor y deposita su producto en la caja de consignaciones y depósitos.<sup>(302)</sup>

En miras a la liquidación el síndico puede, contando con la autorización del juez-comisario y previa convocación de los deudores, proceder a comprometer y a transigir todas las contestaciones que interesen a la masa, aún aquéllas que sean relativas a derechos y acciones inmobiliarias. Tal autorización deberá provenir del tribunal y no del juez-comisario cuando contra la decisión fuere posible, en razón de su monto (tres mil quinientos francos) ejercer un recurso ante un tribunal superior.<sup>(303)</sup>

En cuanto a los inmuebles, el síndico procede a su venta, con la autorización del juez-comisario, según las formas del embargo y remate judicial, debiendo respetarse en tal caso el privilegio del posible acreedor hipotecario.

#### SS 2.- Repartición de dineros.

El producto del activo es distribuido entre los acreedores quirografarios en proporción a sus créditos. Habrá, eso sí, que deducir, cuando fuere del caso, de tal producto, las costas y gastos de liquidación, el auxilio que hubiere sido acordado al deudor y a su familia,

(300) "L'union est ainsi appelée parce que les créanciers resteront jusqu'à la fin de la procédure "unis" pour parvenir à la réalisation et à la distribution entre eux de l'actif du débiteur". JAUFFRET, op. cit. pg. 355.

(301) Art. 80, párrafo 1º de la Ley.

(302) Art. 81 *ibid.*

(303) Art. 82 *ibid.*



así como aquellas sumas que hubieren sido pagadas a los acreedores privilegiados. (304) Deberá también deducirse, en caso de continuación de la actividad o explotación, el monto de los créditos de la masa, a pesar de que ello no aparezca expresamente dicho por la disposición correspondiente, pero se trata de créditos privilegiados.

Si hubiere créditos sobre los cuales el pronunciamiento definitivo de su admisión no hubiere sido hecho aún a ese momento, deberá reservarse su cuota para su eventual pago caso de que su aceptación se produjere posteriormente. La misma reserva deberá ser hecha para cubrir los salarios de los dirigentes sociales cuando no se hubiere aún fijado su monto. (305)

Puede suceder que varias reparticiones se produzcan hasta la total extinción del activo.

### SS 3.- Disolución de la unión.

La clausura de los procedimientos de liquidación de bienes se produce luego de la distribución a los acreedores del producto de la realización del activo. Ello ocurre cuando las operaciones de liquidación hubieren sido terminadas, previa rendición de cuentas por parte del síndico en presencia del deudor y del juez-comisario. Este último levanta una acta que provocará la disolución de la unión. (306)

Producida tal clausura, la unión es disuelta de pleno derecho y los acreedores recobran el ejercicio individual de sus acciones por el monto que se les quedare debiendo, pudiendo obtener por ordenanza del presidente del Tribunal, un título ejecutivo a los efectos de la eventual ejecución. (307)

A partir de la fecha en que rinde sus cuentas y hasta por cinco años el síndico es responsable de los libros, papeles y efectos que le hubiere remitido el deudor los cuales deberá conservar. (308)

### SECCION 7.-Recursos en materia de liquidación de bienes y de arreglo judicial.

La organización de los procedimientos de arreglo judicial y de liquidación de bienes ha sido ideada de manera de lograr una solución rápida. Por ello los recursos son limitados en número y en efectos. Se trata por este medio de evitar las consecuencias que pueden provocar los recursos dilatorios en esta materia. (309)

(304) Art. 89, párrafo primero ibíd.

(305) Art. 98, párrafo 2º ibíd.

(306) Art. 89 del Decreto.

(307) Art. 90 de la Ley.

(308) Art. 90, párrafo último, ibíd.

(309) "Dans un domaine où l'on peut tout spécialement déduire les conséquences néfastes des mesures dilatoires, le législateur a toujours entendu limiter l'incidence des voies de recours. C'est pourquoi les jugements rendus en matière de règlement judiciaire ou de liquidation de biens son exécutoires par provision nonobstant opposition ou appel". DERRUPE, op. cit. pág. 107 y sig.

Así, no son susceptibles ni de oposición, ni de apelación, ni de recurso de casación: (310)

- 1.—Las resoluciones relativas a la nominación o reemplazo del juez-comisario, de los síndicos o de los contralores.
- 2.—Las decisiones sobre la fijación del estado de créditos.
- 3.—Las decisiones del tribunal que resuelven los recursos formulados contra las ordenanzas de los jueces-comisarios dentro de los límites de sus atribuciones, excepción hecha de aquellas que resuelvan sobre las reivindicaciones.
- 4.—Las resoluciones autorizando la explotación, salvo por prórroga por más de un año en caso de liquidación de bienes.
- 5.—Las decisiones que autorizan al deudor o al síndico a vender parte o total del activo mobiliario o inmobiliario a bulto.

Por otra parte, a pesar de la oposición, lo mismo que en caso de apelación, las resoluciones son ejecutorias, lo cual significa que, al menos en cuanto al efecto suspensivo de dichos recursos que éste desaparece, (311) salvo en cuanto a la resolución que homologa el concordato en materia de arreglo judicial y la resolución que autoriza la venta por el síndico de objetos dados en prenda así como decisiones que pronuncien la quiebra personal o las demás sanciones.

Como vimos, el efecto de la resolución que constata el estado de cesación de pagos y decreta la liquidación de bienes o el arreglo judicial produce efectos frente a todo el mundo, es decir, aun contra los terceros que no han sido partes en el juicio. Debería entonces, a nuestro juicio, serle permitido el recurso que le autoriza impugnar las resoluciones que le paren perjuicio aun cuando no haya sido parte: la *tierce opposition*. (312)

(310) Art. 103 de la Ley.

(311) Art. 107 del Decreto.

"Les effets de l'appel sont au nombre de deux. L'appel produit un effet suspensif et un effet dévolutif. L'appel étant une voie de recours ordinaire, il est normal que quand il est formé, l'exécution du jugement soit suspendue... L'effet suspensif ne se produit entre les parties que dans la mesure où l'exécution provisoire n'aurait pas été ordonnée". J. VINCENT. "Procédure Civile", Ed. Dalloz. 16ª Ed. PARIS, 1973. pág. 717.

(312) Véase supra SS 2º Sección 1º Capítulo 3º del Título I.



## TITULO III

### LAS SANCIONES PERSONALES

#### *Generalidades.*

Los procedimientos que vienen de ser estudiados tienden únicamente a resolver una cuestión patrimonial y, como hemos visto, la conducta del comerciante, persona física, o de los dirigentes de la persona moral, en principio no influye en esos procedimientos. Ello es consecuencia directa de la separación entre la persona y la empresa, espíritu de la ley de 13 de julio de 1967. No es extraño, entonces, que en ocasiones el procedimiento patrimonial sea el único que se presente.

Desgraciadamente en muchas ocasiones las actuaciones de las personas físicas dentro de la empresa constituyen faltas de mayor o menor gravedad que deben ser objeto de alguna sanción. Así pues, por aparte se han establecido procedimientos especiales para criticar tal conducta e imponer eventualmente dichas sanciones.

El principio de la independencia entre los aspectos patrimoniales y personales adquiere una nueva dimensión en materia de bancarrota, toda vez que es posible que las sanciones penales sean aplicadas sin que a la vez, o de previo, haya existido un procedimiento de tipo patrimonial.

Ahora bien, si el legislador francés estimó necesario sancionar en ciertas ocasiones la conducta de las personas físicas, también juzgó, acertadamente, que las sanciones debían ser de diversa índole y unas más graves que otras, según que fuera más o menos criticable la conducta de dichos sujetos o según que se cayera o no dentro del campo del derecho penal. Se distingue entonces entre sanciones civiles —la quiebra personal y la prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa— y sanciones penales —la bancarrota y otros delitos asimilados.

Como los procedimientos patrimoniales efectivamente no influyen sobre los destinados a imponer las sanciones civiles o penales,



sería dable pensar que lo inverso es cierto, es decir que los procedimientos de quiebra personal o de bancarrota no influyen en los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes. Sin embargo esto no siempre es así. Veremos que en algunos casos el principio es quebrantado y los efectos de las sanciones dichas trascienden al campo patrimonial.

Antes de desarrollar los temas de la quiebra personal y la bancarrota no queremos dejar de hacer de nuevo alusión a un punto que fue tratado en el Título II sobre el único efecto personal que producen los procesos patrimoniales: la sentencia que pronuncia el arreglo judicial o la liquidación de bienes conlleva, de pleno derecho, contra el deudor si se trata de un comerciante individual, o contra los dirigentes de la persona jurídica colectiva —comerciante o no—, dirigentes de hecho o de derecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, la incapacidad de ejercer una función electiva. Tal incapacidad hace que se entiendan dimitentes si al momento de producirse la constatación judicial de la cesación de pagos se encontraban ejerciendo un cargo de esa naturaleza.

La ineligibilidad en cuestión se aplica a todo tipo de elecciones, sean éstas políticas, administrativas, profesionales o de cualquier otro tipo.

Ahora bien, este efecto no es aplicado en razón de una conducta determinada del sujeto que sufrirá sus consecuencias: su imposición deriva de pleno derecho, automáticamente, de la sentencia que declara la liquidación de bienes o el arreglo judicial, sin que detrás de ello exista ningún aspecto moral. No podrá alegarse en consecuencia, a efecto de escapar a él, que se ha observado una conducta irreprochable, o que el concordato fue aprobado en caso de arreglo judicial y la empresa gracias a él pudo ser saneada: tal efecto, insistimos, es de aplicación inexorable. Es además ajeno a los procesos de quiebra personal y de bancarrota que pasamos de inmediato a estudiar.

## CAPITULO I

### SANCCIONES CIVILES

Las sanciones civiles que se conocen son la quiebra personal y la prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa. Dentro de ellas unas tendrán un carácter cívico otras un carácter profesional, y todas concluyen con el pronunciamiento de la rehabilitación.

El proceso de quiebra no tiene nada de común con el procedimiento concursal del mismo nombre existente en la legislación anterior destinado a resolver los aspectos patrimoniales conocidos hoy

por los procesos de liquidación de bienes y de arreglo judicial conjuntamente, pues hoy en día la quiebra personal es destinada única y exclusivamente a la aplicación de sanciones de tipo civil frente a las personas físicas individualmente consideradas.

### SECCION 1ª.- La quiebra personal y otras infracciones especiales.

La aplicación de las sanciones civiles mediante los procedimientos de quiebra personal y otras sanciones especiales requiere el cumplimiento de condiciones de forma y de fondo a la vez. Una vez establecidos tales requisitos puede declararse una quiebra personal —obligatoria en unos casos, facultativa en otros— o una simple prohibición de administrar, dirigir y controlar empresas, especie de desmembramiento de la quiebra personal.

#### SS 1.- Condiciones de fondo.

Son ellas: la existencia de un proceso previo de liquidación de bienes o de arreglo judicial; la calidad de la persona física y la presencia de ciertas actuaciones o faltas.

#### A.—Proceso previo de liquidación de bienes o de arreglo judicial.

La quiebra personal no puede ser pronunciada, a diferencia de la bancarrota y hecha la salvedad del caso excepcional que se verá, contra las personas que se dirá más adelante, sino a condición de que de previo haya sido pronunciada contra ellos la liquidación de bienes o el arreglo judicial.<sup>(1)</sup> Se trata de sancionar civilmente a los sujetos responsables de la ruina económica de la empresa, y en consecuencia el legislador francés no consideró prudente imponer las sanciones que se verán si la persona a la que eventualmente se le impondrán las penas no había sido objeto de un juzgamiento que declarara cualquiera de los procesos patrimoniales.

La afirmación hecha no proviene de una norma expresamente contemplada por la ley, sino que la doctrina francesa, unánime sobre el particular<sup>(2)</sup> y recientemente también la jurisprudencia<sup>(3)</sup> hacen derivar de las normas generales que implícitamente dejan ver que tal era la intención del legislador, entre ellas el artículo 101 del Decreto

(1) "...la faillite personnelle ne peut être prononcée que si une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est déjà ouverte contre une personne physique ou une personne morale et elle a fait l'objet d'un jugement rendu par le tribunal... RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 841. BORD, op. cit. pág. 278.

(2) "Cette condition qui n'est pas expressément prévue par la loi découle de l'économie générale des textes". BORD, op. cit. pg. 278.

(3) "Cass. com. 16 fev. 1972, Journal spécial des sociétés; 15 juillet 1972, pág. 3. G.P. 1972. Journal du 8 août". cit. por MARTIN, op. cit. pág. K2.



que establece que el procedimiento es iniciado mediante informe del juez-comisario que es, como vimos un órgano de la liquidación de bienes y del arreglo judicial. Además, como veremos al referirnos a la competencia, el tribunal apto para conocer del procedimiento de quiebra personal es el que conoce o conoció de los procedimientos patrimoniales.

La única excepción al principio es la de que toda condenación por bancarrota simple o fraudulenta pronunciada contra un comerciante persona física, o contra los dirigentes de una persona moral, acarrea para éstos automáticamente la quiebra y otras sanciones personales previstas, y como sucede que el pronunciamiento de la bancarrota o delitos asimilados puede darse sin que haya existido la constatación del cese de pagos y la consiguiente liquidación de bienes o el arreglo judicial, por vía indirecta y excepcionalmente la quiebra personal y demás sanciones civiles pueden ser decretadas sin que el requisito en estudio haya sido cumplido. (4)

Si el legislador francés hubiese sido consecuente con sus principios, las sanciones civiles y aún penales, no deberían tener ninguna incidencia sobre las medidas de orden patrimonial. Pero ello es así sólo en el supuesto de las sociedades mercantiles y en las personas jurídicas colectivas no comerciantes, en las que, por una parte es posible que se decrete en relación con la empresa el simple arreglo judicial —medida patrimonial— y por la otra la quiebra personal contra los dirigentes de ésta, sin que unas medidas influyan sobre las otras. Mas, en tratándose de los comerciantes, personas físicas, la declaratoria en su contra de alguna sanción civil de las previstas en el título II de la ley, implica "ipso facto" la conversión del proceso de arreglo judicial en uno de liquidación de bienes.

#### B.—Personas contra las que puede ser declarada la quiebra personal y otras sanciones.

Las sanciones civiles establecidas no se conciben sino frente a las personas físicas, sean éstas comerciante individual o dirigente de una persona jurídica colectiva, pues como se trata de la pérdida de derechos cívicos y profesionales, cuyo disfrute corresponde a aquéllas y no a entes jurídicos colectivos, necesariamente su aplicación está referida a las primeras. (5)

Así, las sanciones en cuestión se aplican: (6)

1.—A los comerciantes, personas físicas.

2.—A las personas físicas, dirigentes, tanto de hecho como de derecho, de una persona moral comerciante.

(4) Art. 126, párrafo 2º en relación con el 139 de la Ley.

(5) "Il s'agit exclusivement de personnes physiques parce que les déchéances d'ordre civique et professionnel ne se conçoivent en principe qu'à l'égard des personnes physiques". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 838.

(6) Art. 104 de la Ley.

3.—A las personas físicas dirigentes de personas jurídicas colectivas no comerciantes, exclusión hecha de aquellas que no tienen objeto económico y que no persiguen, ni de hecho ni de derecho un fin lucrativo.

4.—A las personas físicas, dirigentes de las personas morales dedicadas a su vez a dirigir a otras personas jurídicas colectivas, comerciantes o no.

#### C.—Motivos.

Las personas enumeradas arriba serán objeto de la pérdida de los derechos cívicos y profesionales a condición de que hubieren incurrido en ciertas actuaciones o faltas previstas por la ley, aun cuando hubieren dejado de ejercer el comercio o de dirigir la empresa correspondiente. (7)

Sin embargo, los motivos señalados por la ley dan lugar a que en ocasiones el tribunal deba pronunciar la quiebra personal o demás sanciones en forma obligatoria, mientras que en otras queda a su discreción el proceder a hacerlo. Hablaremos entonces más adelante, de quiebra personal obligatoria y de quiebra personal facultativa, y al referirnos a ellas haremos la enumeración de los correspondientes motivos.

#### SS 2.—Condiciones de forma.

##### A.—Decisión judicial.

Las sanciones previstas por la ley no se conciben fuera de un proceso especial y requieren por ello necesariamente su pronunciamiento por parte de un tribunal competente.

Excepcionalmente, dijimos, la pérdida de los derechos cívicos y profesionales deriva automáticamente de la sentencia que aplica las sanciones penales de bancarrota y delitos asimilados. (8)

##### B.—Tribunal competente.

El tribunal competente para aplicar las sanciones en estudio es el mismo que conoció del proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes. (9) Así pues, habiendo sido objeto de desarrollo

(7) "Dans tous les cas, les déchéances sont applicables aux dirigeants qui ont commis des fautes visées par la loi, même s'ils ne sont plus en fonctions lors du prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens de la personne morale (Comp. Cass. com. 9 déc. 1968. Bull. cass. 1968, 4, N° 348); il serait choquant qu'un dirigeant fautif puisse échapper à toute sanction en donnant sa démission en temps utile". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 838.

(8) Arts. 126, inciso 2º y 139 de la Ley.

(9) "Cette solution résulte implicitement de l'article 101 du décret". BORD, op. cit. pág. 281.



en el Título II el problema de la competencia creemos innecesario referirnos de nuevo a él. Nos bastará entonces remitir al lector a la sección 2ª del Capítulo I de dicho título.

### SS 3.-Tipos de quiebra personal.

Como dijimos, existen dos tipos de quiebra personal: la quiebra personal obligatoria y la quiebra personal facultativa. En el primer caso el tribunal deberá necesariamente pronunciar las sanciones correspondientes. En el segundo, podrá hacerlo si lo juzga pertinente. La mayor o menor gravedad de las faltas cometidas por las personas físicas a quienes se aplican las sanciones del caso, hace posible la distinción apuntada.

#### A.—Quiebra personal obligatoria.

En cualquier momento del proceso el tribunal pronunciará la quiebra personal del deudor comerciante, o si se tratare de una persona moral, de todo dirigente de hecho o de derecho, aparente u oculto, remunerado o no, cuando hubiere:

- 1.—Sustraído la contabilidad de su empresa, malversado o disimulado una parte de su activo, o reconocido fraudulentamente deudas inexistentes. (10)
- 2.—Ejercido una actividad comercial personal, sea valiéndose de una tercera persona, sea bajo la apariencia de una persona jurídica colectiva que disfrazaba sus actuaciones. (11)
- 3.—Usado de los bienes sociales como si fueren suyos propios. (12)
- 4.—Obtenido dolosamente para sí o para su empresa un concordato posteriormente anulado. (13)
- 5.—Cometido actos de mala fe o imprudencias inexcusables o infringido gravemente las reglas y usos de comercio. (14)

También debe considerarse otro caso de declaratoria obligatoria no contenida en la enumeración anterior, cual es la aplicación de pleno derecho de las sanciones de la quiebra personal a cualquiera de los sujetos vistos cuando hubieren sido condenados por bancarota simple o fraudulenta. (15)

(10) Art. 106, inciso 1, Ley.

(11) Art. 106, inciso 2º, *ibid.* —“L'exercice par prête-nom est sévèrement sanctionné parce qu'il a le plus souvent pour but de tourner une interdiction légale de faire le commerce”. RIPERT por ROBLOT, *op. cit.* pág. 839.

(12) Art. 106, inciso 3º de la Ley. —“L'expression biens sociaux est assez large pour englober les biens de toute personne morale quelle qu'en soit la nature. L'usage des biens sociaux est également une formule très large”. RIPERT por ROBLOT, *op. cit.* pág. 839.

(13) Art. 106, inciso 4, Ley.

(14) Art. 106, inciso 5º *ibid.*

(15) Art. 126, párrafo 2º *ibid.*

En relación con el quinto caso señalado anteriormente como de aplicación obligatoria de la quiebra personal, su manera de redacción ha sido muy amplia, y por aparte la ley desarrolla la misma estableciendo cuándo se presume que ha habido acto de mala fe, imprudencia inexcusable o infringido gravemente las reglas y usos de comercio. La enumeración no es limitativa, pero la presunción de mérito es absoluta. (16)

Así, son presumidos actos de mala fe, imprudencias inexcusables, o infracciones graves a las reglas y usos de comercio:

- 1.—El ejercicio de una actividad comercial o de una función de gerente, administrador, director general o liquidador, contra una prohibición de tipo legal. (17)
- 2.—La ausencia de una contabilidad conforme a los usos de la profesión, habida cuenta de la importancia de la empresa. (18)
- 3.—Las compras para reventa a precios por debajo de su curso con la intención de retardar el cese de pagos, o el empleo con la misma intención de medios ruinosos en procura de fondos. (19)
- 4.—Los gastos personales o familiares excesivos. (20)
- 5.—El consumo de sumas elevadas en operaciones de puro azar. (21)
- 6.—La suscripción, por cuenta de otro, sin contraprestación, de obligaciones considerables al momento de su conclusión, cuenta tenida de la situación del deudor o de su empresa. (22)
- 7.—La continuación abusiva de una explotación deficitaria que no podía conducir a la empresa sino a la cesación de pagos. (23)

Estos siete extremos desarrollan el inciso 5º del artículo 107 de la ley y por tanto el tribunal deberá en estos casos pronunciar obligatoriamente la quiebra personal.

#### B.—Quiebra personal facultativa.

La persona física que ha incurrido en faltas juzgadas de menor gravedad podrá ver decretarse en su contra las mismas sanciones

(16) “En revanche dans les cas visés, la présomption légale est, à notre avis, irréfragable et le débiteur qui a commis un des faits spécifiés ne peut pas prétendre échapper à la faillite personnelle en démontrant qu'il n'a pas agi de mauvaise foi. A supposer que cette preuve, d'ailleurs difficile, soit rapportée, les opérations du débiteur ne rentreraient pas dans la catégorie des actes de mauvaise foi, mais n'en resteraient pas moins des imprudences inexcusables”. RIPERT por ROBLOT, *op. cit.* pág. 840.

(17) Art. 107, inciso 1º de la Ley.

(18) Inciso 2º, Art. 107 *ibid.*

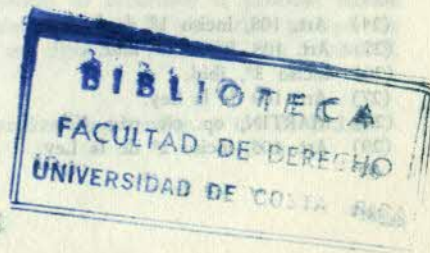
(19) Art. 107, inciso 3º *ibid.*

(20) Art. 107, inciso 4º Ley.

(21) Art. 107, inciso 5º *ibid.*

(22) Inciso 6º *ibid.*

(23) Inciso 7º *ibid.*





que en caso de quiebra personal obligatoria, pero, por una parte corresponderá al tribunal el calificar la gravedad de la falta, y por otra, las sanciones de la quiebra personal obligatoria pueden ser sustituidas en algunos casos por otras de menor gravedad y que constituyen una especie de desmembramiento de la quiebra personal.

En consecuencia, el tribunal puede pronunciar la quiebra personal contra el deudor, o contra los dirigentes de hecho o de derecho, aparentes u ocultos, remunerados o no de una persona jurídica colectiva:

- 1.—Que hubieren cometido faltas distintas de las presumidas por la ley como actos de mala fe, imprudencias inexcusables, o infracciones graves a las reglas y usos de comercio, o que hubieren demostrado una incompetencia manifiesta. <sup>(24)</sup>
- 2.—Que no hubieren declarado en los quince días siguientes la cesación de pagos. <sup>(25)</sup>
- 3.—Que hubieren sido declarados en estado de liquidación de bienes o que no hubieren obtenido el concordato o éste hubiere sido resuelto posteriormente, en caso de arreglo judicial. <sup>(26)</sup>
- 4.—También podrá ser decretada la quiebra personal facultativa contra todo dirigente de hecho o de derecho, aparente u oculto, remunerado o no, que hubiere sido obligado a pagar parte o total del pasivo social y que no lo hubiere cubierto. <sup>(27)</sup>

#### SS 4.- Efectos de la quiebra personal.

Además de la incapacidad de ejercicio de una función electiva a raíz del pronunciamiento de liquidación de bienes o de arreglo judicial, presupuesto de aplicación de la quiebra personal, ésta produce los siguientes efectos:

- 1.—El quebrado no puede ejercer ninguna función pública, administrativa o judicial; no puede ser notario; ni ujier judicial, agente de cambio, abogado, o testigo instrumental; ni representar a un tercero, portar decoraciones honoríficas ni ser miembro de la Legión de Honor, y podrá ser excluido como oficial de reserva. <sup>(28)</sup>
- 2.—El fallido no podrá ejercer el comercio, siéndole prohibido dirigir, administrar o controlar una empresa comercial, individual o social, <sup>(29)</sup> ser banquero, intermediario en las ventas de fondos de comercio, director, administrador, gerente, agente de una sociedad de seguros, de ahorro o de capitalización, director de una

(24) Art. 108, inciso 1° de la Ley.

(25) Art. 108, inciso 2° ibíd.

(26) Inciso 3°, ibíd.

(27) Art. 109 de la Ley.

(28) MARTIN, op. cit. pág. K5.

(29) Art. 105, inciso 2° de la Ley.

empresa de espectáculos, director o subdirector de una publicación periódica, fundador de una sociedad de capital constituida mediante suscripción pública y representante de una sociedad extranjera que emita obligaciones en Francia. <sup>(30)</sup>

- 3.—La declaratoria de la quiebra personal acarrea para el dirigente social, cuando fueren socios, la pérdida del derecho de voto en las asambleas. En su lugar lo hará el mandatario judicial designado por el tribunal a ese efecto a solicitud del síndico. <sup>(31)</sup>
- 4.—El tribunal puede ordenar a los dirigentes sobre los que hubiere decretado la quiebra personal o la prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda persona moral, ceder sus acciones o partes sociales en la persona moral u ordenar su cesión forzada mediante un mandatario judicial, <sup>(32)</sup> y aplicar el producto de su venta al pago de la parte de las deudas sociales que hubieren sido obligados a cubrir. <sup>(33)</sup>
- 5.—La declaratoria de quiebra personal es inscrita en el Registro de Delincuentes, en el Registro de Comercio, en el Registro del Tribunal y publicado en los periódicos. <sup>(34)</sup>

Los anteriores efectos y algunos otros más se encuentran en la ley de 13 de julio de 1967 vigente y los restantes, —la gran mayoría— en leyes anteriores a su promulgación, toda vez que aquélla remita a éstas. <sup>(35)</sup>

#### SS 5.- Sanciones parciales.

Como puede verse, la amplitud con que se ha regulado la quiebra personal facultativa le permite al tribunal, quien goza de un poder discrecional amplio también, de acomodarse a las circunstancias propias de cada caso. Pero, en realidad, es posible aun distinguir dentro de los casos previstos por la ley una mayor o menor gravedad en las faltas cometidas por la persona a quien se imputa la misma, de manera que podría en determinados casos pensarse en una sanción menor.

Así, el legislador francés creó en la ley de 1967 sanciones menores en cuanto a sus efectos se refiere, a la par de la quiebra personal: el tribunal, en cualquiera de los casos previstos en los artículos 108 y 109 relativos a la quiebra personal facultativa puede, en lugar de aplicar las sanciones inherentes a ésta, simplemente pro-

(30) RIPERT por ROBLLOT, op. cit. págs. 843 y sigs.

(31) Art. 111, párrafo 1° de la Ley.

(32) "Cette exclusion par voie judiciaire permet de débarrasser la personne morale d'associés considérés comme indésirables et assure la réalisation pratique de la separation de l'entreprise et de ses dirigeants". RIPERT por ROBLLOT, op. cit. pág. 846.

(33) Art. 111, párrafo 2° de la Ley.

(34) Art. 768, inciso 5° del Código de Procedimientos Penales, y 104 de la Ley.

(35) Art. 105 de la Ley.



hibir al comerciante o a los dirigentes sociales, administrar, dirigir o controlar alguna empresa, o por el contrario toda empresa, sanción que como dijimos constituye un desmembramiento de las de la quiebra personal.

## SECCION 2ª.-El procedimiento de la quiebra personal.

En cuanto a la organización de los procedimientos, como en la especie se trata de un proceso destinado simplemente a sancionar la conducta del comerciante persona física o de los dirigentes de la persona moral, los contratadores y la asamblea de accionistas, órganos propios del procedimiento patrimonial no tienen razón de existir en la quiebra personal, quedando a cargo de los restantes órganos el desarrollo del proceso.

### SS 1.-Iniciativa del proceso y citación del deudor o dirigentes.

El procedimiento es bastante simple: se inicia gracias a un informe que el juez-comisario hace al tribunal y que provoca al que éste de inmediato haga comparecer en una fecha determinada al deudor o a los dirigentes sociales para ser escuchados por él en presencia del síndico.<sup>(36)</sup> Este último puede no comparecer pero debe ser debidamente convocado.<sup>(37)</sup>

La fecha en que el tribunal cita al deudor o a los dirigentes dichos debe ser notificada al menos con ocho días de antelación.

La iniciativa puede provenir del síndico quien puede informar al Procurador de la República y al juez-comisario cuando tuviere conocimiento de cualquiera de los hechos previstos por la ley capaces de dar lugar a la aplicación de las sanciones civiles estudiadas. Con base en tal información el juez-comisario deberá rendir el informe dicho al tribunal a efecto de que proceda como se dijo anteriormente.<sup>(38)</sup>

Debidamente citados el deudor o los dirigentes sociales deberán comparecer personalmente, salvo motivo de impedimento debidamente justificado, caso en el cual podrán hacerse representar<sup>(39)</sup> por

(36) "Malgré l'absence la précision dans les textes il paraît indispensable que la décision du Président revête la forme d'une ordonnance visant le rapport du juge-commissaire et contienne les griefs reprochés aux personnes mises en cause". BORD, op. cit. pág. 281.

(37) Art. 101 del Decreto. Sin embargo una casación reciente establece que el proceso de quiebra personal, no teniendo ningún trasfondo económico, puede prescindir del nombramiento de síndico y de juez-comisario: Cass. com. 5 octubre 1970. Dalloz 1971, 12. G.P. 1970, 2, 303, citada por MARTIN, op. cit. pág. K6.

(38) Art. 102 del Decreto.

(39) Art. 103, párrafo 1º ibid.

una persona habilitada a asistir o a representar las partes delante de la jurisdicción correspondiente.<sup>(40)</sup>

La falta injustificada de comparecencia provoca el que el juicio se prosiga sin su concurso, según los procedimientos en rebeldía establecidos por el Código de Procedimientos Civiles.<sup>(41)</sup>

El comerciante o los dirigentes pueden hacerse acompañar de su consejero jurídico a la comparecencia dicha.<sup>(42)</sup>

### SS 2.-La sentencia.

#### A.—Forma y contenido.

Bajo pena de nulidad la resolución que pronuncia la quiebra personal o la prohibición de dirigir una o toda empresa, debe revestir la forma de sentencia y contener los motivos en que se funda el tribunal para pronunciar la decisión correspondiente, apreciando fundamentalmente si los hechos imputados son sancionables conforme al espíritu de la ley. Deberá también indicar además del nombre y generales del o de los sujetos a los cuales se sanciona, su calidad.<sup>(43)</sup>

La resolución además deberá contener la decisión sobre la venta obligatoria de las acciones de los dirigentes indeseables conforme quedó dicho.

Por último, y fundamentalmente, la decisión deberá indicar el tipo de sanción que pronuncia, es decir la quiebra personal, lo cual hará que todos los efectos que conlleva tal declaratoria sean sufridos por el sujeto afectado, o bien, la simple prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa.

#### B.—Publicidad de la sentencia.

Las sanciones impuestas por la sentencia de quiebra personal o la prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa, tienen, a pesar de ser sanciones civiles de carácter cívico o profesional, un cierto matiz represivo. La afirmación es sostenible por el hecho de ser las mismas de obligada inscripción en el Registro de Delinquentes.<sup>(44)</sup>

(40) La representación ante la jurisdicción mercantil puede ser asegurada por una persona no perita en leyes, por un "agréé" o procurador mercantil (Art. 421 Código de Procedimientos Civiles), mientras que delante del Tribunal de Grande Instancia, la representación debe ejercerla necesariamente un abogado (Art. 186 del Decreto de 28 de agosto de 1972).

(41) Arts. 149 a 165 del Código de Procedimientos Civiles y 163, párrafo 2º de la Ley.

(42) "...bien que la loi ne le précise pas le respect des droits, de défense l'autorise à se faire assister de son conseil habituel". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 842.

(43) "Le tribunal... doit préciser la qualité des personnes mises en cause afin de s'assurer qu'il s'agit bien de celles visées à l'article 104 de la loi". BORD, op. cit. pág. 283.

(44) Art. 768, inciso 5º, Código de Procedimientos Penales.



Por aparte, la sentencia que pronuncia la quiebra personal y las otras prohibiciones, es inscrita en el Registro de Comercio cuando se tratare de un comerciante o un dirigente de una persona moral comerciante, y cuando sea el caso de una persona jurídica colectiva de derecho privado no comerciante, la inscripción será hecha en el Registro que al efecto llevará la Secretaría del tribunal. (45)

Finalmente, la sentencia en cuestión es publicada mediante extracto en el Boletín Oficial de anuncios comerciales y en un periódico habilitado al recibo de anuncios legales en la sede del tribunal. (46)

### C.—Recursos contra la sentencia.

Dos recursos son en apariencia posibles contra la sentencia que decreta la quiebra personal y las prohibiciones restantes: la oposición y la apelación. Decimos "en apariencia" puesto que consideramos que la primera de ellas no procede.

#### 1.- Oposición.

La ley, a nuestro juicio, parece regular en forma poco técnica el recurso de oposición.

Como hemos visto, el Legislador del 67 quiso entre otras cosas aligerar los trámites y evitar que recursos dilatorios se dieran contra las resoluciones dadas en materia de arreglo judicial y de liquidación de bienes, tanto así que a pesar de que el recurso de apelación es posible, las decisiones impugnadas son ejecutorias, lo cual hace que el efecto suspensivo normal del recurso desaparezca.

Sin embargo, en tratándose de quiebra personal, el legislador considera que las razones que inspiran a autorizar la ejecución provisional de las decisiones como vimos, no existen en aquélla. Efectivamente, el fin primordial de los procedimientos de arreglo judicial y de liquidación de bienes exige que se actúe rápidamente, mientras que por el contrario, las sanciones personales imponen una mayor prudencia dada su trascendencia. Prueba de ello es que las decisiones en materia de quiebra personal no son ejecutorias en caso de apelación.

Pero el aceptar que es posible que el recurso de apelación produzca todos sus efectos en caso de quiebra personal no autoriza a permitir que otro recurso, el de oposición pueda darse en esta materia, sino por el contrario, da pie para pensar que el legislador no se cuidó a la hora de dictar las normas sobre los recursos. Pareciera de la misma forma en que se autoriza el recurso de oposición que el legislador dudó de su procedencia, como puede verse del enunciado del artículo 110 del Decreto que a la letra dice: "La oposición contra las sentencias dadas en materia de quiebra personal y otras sanciones, cuando procediere, —el subrayado es nuestro— se inter-

(45) Art. 104, párrafo 1º del Decreto.

(46) Párrafo 2º, artículo 104 *ibid.*

pone mediante declaración a la Secretaría del tribunal en un plazo de quince días a partir de la notificación de aquéllas..."

La oposición, a nuestro juicio, no procede en esta materia. Si no, veamos:

La oposición es un recurso del cual puede hacer uso la parte demandada cuando el juicio se hubiere tramitado y fallado en su contra sin su presencia a causa de una falta de comparecencia, (47) permitiéndole a ésta, si es acogido, la suspensión de la resolución impugnada y el reinicio del proceso en forma esta vez contradictoria en el sentido técnico procesal, es decir, mediante la comparecencia del demandado, la presentación de defensas y pruebas, en resumen, obligando a Juez y parte demandante seguir el curso normal de un proceso como si éste no se hubiera tramitado. (48)

Como podrá haberse comprendido, este tipo de recurso se presta a servir como arma dilatoria: el demandado no comparece a sabiendas de que su causa está perdida, espera que el proceso se desarrolle y cuando se dicta la sentencia presenta el recurso de oposición y obliga a parte y tribunal a reiniciar el proceso y a volver a resolver el asunto. Por ello el Código de Procedimientos Civiles, al regular en su título octavo todo lo relativo a las sentencias dadas en rebeldía y a los recursos de oposición, establece que éstos no serán posibles, si contra la sentencia del caso cabe un recurso ordinario de apelación, (49) y como por lo general tal recurso procede, la oposición es de rara aplicación. (50)

Ahora bien, en nuestra materia, como vimos, en caso de que el deudor o los dirigentes sociales no comparezcan como se ha ordenado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103, párrafo 2º de la ley, los trámites se seguirán en su contra conforme a lo establecido por el título 8º del Código de Procedimientos Civiles. Esto quiere decir que las sentencias que decretan las sanciones civiles de quiebra personal y prohibición de administrar, dirigir o controlar una o toda empresa podrán ser objeto de un recurso de oposición cuando contra ellas no cupiera un recurso ordinario de apelación, y resulta que tales sentencias como veremos, son siempre susceptibles de ese

(47) "L'opposition est une voie de recours permettant à une partie d'attaquer une décision par défaut qui lui fait grief. On attache tant d'importance au caractère contradictoire de la procédure qu'une sorte de suspicion pèse sur tout jugement dans un procès auquel une partie n'a pas été représentée". JOLY A. "Procédure Civile et voies d'exécution". T.I. Ed. SIREY, PARIS, 1969, pág. 282.

(48) "L'opposition produit deux effets: elle suspend l'exécution et provoque une nouvelle saisine du tribunal. L'opposition ressaisi le tribunal du procès dont le jugement par défaut l'avait dessaisi. C'est la même instance qui reprend son cours les parties conservant le même rôle". JOLY, *op. cit.* págs. 284 y sg. Art. 150, Código de Procedimientos Civiles.

(49) Art. 150, Código de Procedimientos Civiles.

(50) "Depuis les réformes de 1958, l'opposition tend à devenir exceptionnelle car beaucoup de jugements par défaut sont maintenant réputés contradictoires". PARISOT y JAUFFRET. "Manual de procédure Civile et vois d'exécution". Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias. PARIS, 1967, pág. 161.



recurso, lo que a nuestro juicio significa, conforme a los principios expuestos, que la oposición no es posible en materia de quiebra personal, y por ende la norma del artículo 110 del Reglamento no tiene ningún valor práctico. (51)

## 2.- Apelación.

La sentencia que pronuncia la quiebra personal y las prohibiciones de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa, es siempre susceptible de apelación, según lo dispone expresamente el artículo 108 del Decreto, en su párrafo 2°.

Como dijimos en la Sección 7ª, Capítulo III, del Título II, la interposición del recurso en esta materia produce todos sus efectos, siendo así que el efecto suspensivo es excluido únicamente en caso de liquidación de bienes y de arreglo judicial por el artículo 107 del Reglamento.

Los efectos y demás disposiciones relativas al recurso de apelación se encuentran contenidos en el libro tercero, artículos 443 a 473 inclusive, del Código de Procedimientos Civiles.

No obstante, el decreto N° 67-1120 de 22 de diciembre de 1967, dispone que en caso de quiebra personal o de otras sanciones, el recurso de apelación del deudor o de los dirigentes sociales debe ser interpuesto por éstos directamente ante el Primer Presidente de la Sala de Apelaciones y el síndico será citado mediante carta certificada. (52)

Además, el recurso deberá ser resuelto dentro de los tres meses, (53) obligación que no aparece sancionada en caso de incumplimiento del tribunal.

Pueden interponer el recurso de apelación tanto el deudor comerciante, como los dirigentes de la persona jurídica colectiva, comerciante o no (54) o bien el Procurador General. (55)

## SECCION 3ª- La rehabilitación.

La pérdida de derechos y demás sanciones que conlleva la declaratoria de quiebra personal o las prohibiciones de dirigir, administrar y controlar una o toda empresa, desaparecen cuando el afectado obtiene el beneficio de la rehabilitación.

(51) Sin embargo Bord estima todo lo contrario con vista del artículo 110 del decreto comentado, a pesar de la crítica: "Il n'y a pas de doute ni de discussion possible: l'opposition est recevable de la part du débiteur ou des dirigeants sociaux jugés par défaut". BORD, op. cit. pág. 288.

(52) Art. 108, párrafo 1° del Reglamento.

(53) Art. 102, párrafo 2° ibid.

(54) Art. 108, párrafo 2° ibid.

(55) Art. 109, párrafo 2° ibid.

Además, la pérdida de derechos y las prohibiciones derivadas de un proceso de quiebra personal pueden acabar a causa de una ley de amnistía. (56)

El procedimiento de rehabilitación es propio del derecho penal. (57) En éste, dicho instituto jurídico tiene como fin el suprimir los efectos de una condenatoria represiva. (58)

Sin embargo, la rehabilitación ha sido concebida en derecho procesal mercantil, como un procedimiento capaz no sólo de rehabilitar a una persona física de cualquier sanción, civil o penal, sino también fuera de toda sanción, en caso de arreglo judicial y de liquidación de bienes, y además en favor de las personas jurídicas colectivas que hubieren cesado en sus pagos y contra las cuales un proceso de arreglo judicial o de liquidación de bienes hubiere sido llevado a su fin, según lo dispone el artículo 114 de la ley.

La extensión de la rehabilitación al caso de las personas jurídicas colectivas ha sido criticada, pues se afirma que anteriormente a la ley, aquélla tenía razón de existir toda vez que siendo la quiebra aplicable a las personas morales, su interés era levantar cualquier prohibición que le hubiere sido impuesta, entre ellas la de administrar otra sociedad, pero que sin embargo hoy día, estando limitados los efectos de la quiebra a las personas físicas se concibe mal su existencia. (59) La crítica nos parece acertada, pero además porque las medidas patrimoniales derivadas de los procesos de arreglo judicial y de liquidación de bienes, en tratándose de personas jurídicas colectivas no causan ningún efecto que pudiera ser objeto de rehabilitación: el arreglo judicial permite a la empresa mediante la aprobación del concordato el saneamiento de la misma y una vez cumplidas las obligaciones concordatorias los efectos del proceso desaparecen; en el caso de la liquidación de bienes la sociedad es condenada a desaparecer y su patrimonio es realizado. En el primer caso, la rehabilitación, digamos así, opera en forma automática, y en cuanto al segundo caso, cabe preguntarse si es concebible la rehabilitación de una sociedad liquidada? Pareciera difícil, pues si teóricamente es posible permitir la rehabilitación —lo cual es discutible en todo caso, pues la

(56) "Les déchéances et les interdictions cessent par la réhabilitation... Elles peuvent aussi prendre fin par l'effet d'une loi d'amnistie". DERRUPE, op. cit. pág. 176.

(57) "Le droit commercial emprunte au droit pénal l'idée de la réhabilitation". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 847.

(58) "Si l'on se réfère au Code de procédure pénale la procédure de réhabilitation a pour effet d'effacer les condamnations prononcées à l'encontre d'un individu et à faire cesser pour l'avenir toutes les conséquences de cette condamnation". BORD, op. cit. pág. 295.

(59) "Avant la réforme de 1967 la réhabilitation d'une société commerciale pouvait présenter un intérêt, notamment pour la lever de la déchéance du droit d'administrer une autre société (Com. Paris, 22 janv. 1944, D.A. 1944, 33) Mais on peut se demander si la loi de 1967 n'a pas commis une inadvertence en conservant cette solution, dès lors que l'application du titre consacré à la faillite personnelle et aux autres sanctions est expressément limitée aux personnes physiques". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 848. BORD, op. cit. pág. 300.



liquidación de bienes produce a mi manera de ver las cosas una disolución de la empresa que demostró no ser viable—, transportándose a la realidad una decisión tal no tendría ningún valor práctico.

### SS 1.- Casos.

Tres posibles casos de rehabilitación pueden darse: rehabilitación de derecho, rehabilitación judicial obligatoria y rehabilitación judicial facultativa.

#### A.—Rehabilitación de derecho.

La sentencia que clausura por extinción del pasivo el proceso restablece al deudor todos sus derechos y le libera de cualquier caducidad o privación de que hubiere sido objeto. <sup>(60)</sup>

En este caso una declaratoria expresa del tribunal es innecesaria, pues es la ley que determina que la misma resolución dicha produce tales efectos.

#### B.—Rehabilitación judicial obligatoria.

El artículo 114 de la ley establece que, es rehabilitado de pleno derecho, toda persona física o moral declarada en estado de cesación de pagos que hubiera cubierto totalmente las deudas o consignado las sumas debidas en concepto de capital, intereses y costas. Igualmente es rehabilitado el socio solidariamente responsable de las deudas de una persona moral declarada en estado de cesación de pagos a condición de que justifique que pagó, en las mismas condiciones, todas las deudas de la persona moral.

En tales hipótesis el tribunal no puede hacer uso de ningún poder de apreciación: por comprobado que fuere cualquiera de los casos previstos está obligado a pronunciar la rehabilitación.

La disposición de comentario también ha sido criticada, toda vez que el hecho de que el deudor hubiere pagado lo que debía no tiene la virtud de hacer desaparecer automáticamente las faltas en que hubiere incurrido, independientes como lo son del aspecto patrimonial. Se afirma que en tal caso debería haberse pensado en un poder discrecional por parte del tribunal, en vez de obligarlo en todos los casos a pronunciar la rehabilitación. <sup>(61)</sup>

Sin embargo, a nuestro juicio, existiendo casos en que los efectos patrimoniales de los procedimientos de arreglo judicial y de liqui-

(60) Art. 113 de la Ley.

(61) "Le principe même de la réhabilitation judiciaire de droit est d'ailleurs contestable dans la nouvelle réglementation parce que l'acquittement par le débiteur de ses dettes ne fait pas disparaître les fautes qui ont motivé sa condamnation; l'indépendance du régime des sanctions par rapport aux conséquences patrimoniales de la procédure justifierait dans tous les cas l'octroi au tribunal d'un pouvoir d'appréciation". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 849.

dación de bienes —y únicamente en cuanto a éstos— no derivan del hecho de una conducta más o menos irregular —pensamos en el caso de la prohibición de ejercer un puesto electivo derivada como vimos en forma automática de la sentencia que declara cualquiera de los procedimientos patrimoniales— la norma estudiada es aceptable.

#### C.—Rehabilitación facultativa.

En los casos restantes previstos por la ley el tribunal es libre en su decisión y puede, según su juicio, conceder la rehabilitación cuando se den las condiciones correspondientes. Ello es así, por ejemplo, cuando aparezca que el deudor o el dirigente social, o aún, el socio solidariamente responsable es de probidad reconocida.

Así, puede obtener su rehabilitación, siempre que fuere de probidad reconocida, como dijimos:

- 1.—El deudor que, habiendo obtenido un concordato haya íntegramente pagado los dividendos prometidos. <sup>(62)</sup>
- 2.—El asociado solidario que hubiere obtenido un concordato particular. <sup>(63)</sup>
- 3.—El deudor, dirigente o socio solidario que justifique el perdón total de sus deudas por parte de los acreedores. <sup>(64)</sup>
- 4.—Quien justificare el acuerdo unánime de los acreedores en vista de su rehabilitación. <sup>(65)</sup>

Los casos señalados por la ley pueden aparecer no en su estado puro, sino combinado. <sup>(66)</sup> Así, un deudor puede obtener la rehabilitación, gracias al perdón de unos acreedores y el consentimiento de los restantes, o bien gracias al pago de algunos de ellos y el perdón de los otros.

La rehabilitación puede presentarse también luego de que el deudor hubiere fallecido. <sup>(67)</sup>

### SS 2.- Procedimiento de la rehabilitación.

La particularidad del procedimiento es que la solicitud debe ser hecha no al tribunal sino al Procurador de la República de la sede del Tribunal donde hubiere sido constatada la cesación de pagos.

Corresponde luego al Procurador comunicar todas las piezas recibidas al Presidente del Tribunal, y al Procurador del domicilio del deudor, si éste habitare en lugar distinto de la sede del tribunal.

(62) Art. 115, inciso 1º de la Ley.

(63) ibíd.

(64) Art. 115, inciso 2º de la Ley.

(65) ibíd.

(66) "Ces différentes hypothèses peuvent se combiner... (París, 7 nov. 1962, R.D.C. 1963, 641, obs. HOUIN) RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 849.

(67) Art. 124 de la Ley.



El objeto de la comunicación al procurador del domicilio del solicitante es el de que aquél proceda a recoger toda la información posible a efecto de establecer la exactitud de los hechos expuestos. (68)

Toda demanda de rehabilitación debe ser acompañada de los recibos y piezas que la justifiquen.

Por recibidas todas las piezas el tribunal avisa, mediante carta certificada a cada uno de los acreedores admitidos o reconocidos por decisión judicial posterior, que no hubieren sido íntegramente pagados. (69)

Cualquier acreedor puede, dentro del mes siguiente a la recepción del aviso, oponerse a la rehabilitación, mediante simple declaración a la secretaría del tribunal, apoyándose, eso sí, en documentos. El acreedor así presente, podrá intervenir en el proceso de rehabilitación, en las condiciones del artículo 119 de la ley.

Cualquier investigación que se hubiere ordenado, las pruebas que se hubieren recibido y las oposiciones serán puestas en conocimiento del Procurador de la República. Este acompañará luego todo ello, junto con su opinión motivada por escrito, al Presidente del tribunal. (70)

Antes de proceder a resolver el tribunal puede, si hay lugar a ello, llamar al deudor y sus oponentes a una diligencia en la que los oírán argumentar contradictoriamente. (71)

Si la solicitud es acogida, la sentencia de primera o de segunda instancia es transcrita en el Registro del tribunal que ha resuelto y en el del domicilio del solicitante, así como en el Registro de delincuentes, a fin de que se restituya al beneficiado en el goce de todos sus derechos. (72)

Por el contrario, si la petición es rechazada, no podrá ser objeto nuevamente de conocimiento del tribunal, sino después de haber pasado un año. (73)

### SS 3.- Efectos de la rehabilitación.

Si el procedimiento de rehabilitación tiende, como dijimos, a hacer desaparecer los efectos de la quiebra personal, su aprobación provocará la restitución de todos los derechos y la supresión de toda prohibición a los afectados por ellas. Así, sus efectos serán, lógicamente, todo lo contrario a la declaratoria de quiebra personal.

Sin embargo, los acreedores no pueden ser afectados por la rehabilitación, sino en la medida en que hubieren concedido alguna remisión. Aquellos que hubieren sido pagados solo parcialmente, deberán ser cubiertos íntegramente conforme a las condiciones fijadas en los procedimientos de orden patrimonial.

(68) Art. 117 *ibíd.*

(69) Art. 118 *ibíd.*

(70) Art. 120 Ley.

(71) Art. 121 *ibíd.*

(72) Art. 122, párrafos 2º y 3º de la Ley.

(73) Art. 122, párrafo 1º *ibíd.*

Los hechos que dan lugar a la crítica de la conducta del deudor o de los representantes de la empresa pueden escapar al campo de la simple sanción civil y caer dentro del radio de la reprehensión penal por constituir, tales hechos, delitos. Ahora bien, así como es posible encontrar una mayor gravedad en la falta cometida por el deudor o los representantes de la empresa a efecto de imponer sanciones de tipo civil —quiebra personal o prohibición de dirigir, administrar o controlar una o toda empresa— también lo es hacer distinción entre los hechos sancionables penalmente: los que son graves de los que lo son menos. Con base en esta distinción las sanciones deberán ser diversas, como veremos.

Por aparte, algunas sanciones penales han sido previstas en casos especiales para penar los hechos eventuales cometidos por los síndicos, los parientes del deudor, y aun los terceros.

### SECCION UNICA.—La bancarrota.

La cesación de pagos no constituye por sí sola el delito de bancarrota ni ninguna otra infracción sancionada penalmente. La bancarrota es una infracción penal resultante de ciertos hechos que acompañan la cesación de pagos. Sin embargo, tal cesación puede no haber sido constatada en un procedimiento de tipo patrimonial y a pesar de ello las sanciones correspondientes son aplicadas. (74)

Los hechos constitutivos de los delitos en estudio aparecen contemplados en la ley que regula los procedimientos vistos, pero las sanciones correspondientes aparecen en el Código Penal como se verá.

La jurisdicción penal no está ligada por una decisión previa que hubiere sido dada ante la jurisdicción civil en materia de liquidación de bienes o de arreglo judicial, fundamentalmente sobre la calidad del comerciante y sobre la cesación de pagos. (75) La inversa no es cierta.

De ello resulta que los mismos hechos pueden ser apreciados en forma diferente por las distintas jurisdicciones y las conclusiones a que cada una de ellas puede llegar, ser diversas.

(74) Art. 139 de la Ley.

(75) "La constatation des deux premiers éléments constitutifs du délit rentre dans les pouvoirs souverains du juge-commissaire qui en recherche lui-même les éléments dans l'ensemble des faits et circonstances de la cause, sans être lié par l'appréciation de la juridiction commerciale ou de grande instance". MARTIN, *op. cit.* pág. M2.



Dos tipos de bancarrota se presentan: la bancarrota fraudulenta y la bancarrota simple. Esta a su vez debe ser declarada obligatoriamente en ciertos casos —bancarrota simple obligatoria— o bien en otros el tribunal tiene poderes discrecionales a la determinación de los hechos —bancarrota facultativa—.

También, y por aparte, la ley de 13 de julio de 1967 ha sancionado algunos otros hechos delictuosos asimilándolos a las bancarrotas.

La aplicación de las sanciones de toda bancarrota presupone la existencia de ciertos hechos delictuosos cometidos por el comerciante, persona física, en estado de cesación de pagos. Es decir, la bancarrota es un delito que puede ser cometido únicamente por el comerciante individual. Los dirigentes de la persona moral serán pasibles de sanciones penales por delitos que son asimilados a la bancarrota.

Los elementos comunes de toda bancarrota serán tres: la calidad de comerciante individual, la cesación de pagos y la existencia de ciertos actos irregulares.

Como dijimos la cesación de pagos puede no haber sido constatada en un proceso civil o mercantil previo, toda vez que el tribunal penal, haciendo caso omiso de tal situación o de cualquier resolución que sobre el particular hubiere sido dada anteriormente por la jurisdicción civil o comercial, estimará si el deudor es comerciante y si se encuentra en estado de cesación de pagos, luego de lo cual entrará a examinar los hechos reprochados, y a imponer eventualmente las sanciones correspondientes.

### SS 1.- Bancarrota simple obligatoria.

Algunos de los actos previstos en materia de bancarrota dan lugar también a la presunción del artículo 107 visto en relación con la quiebra personal.

Es culpable de bancarrota simple, todo comerciante, persona física en estado de cesación de pagos que se encuentre en alguno de los casos siguientes:

- 1.—Si sus gastos personales o los de su casa son estimados excesivos.<sup>(76)</sup>
- 2.—Si ha consumido sumas elevadas en operaciones de puro azar o en operaciones ficticias.<sup>(77)</sup>
- 3.—Si, con la intención de atrasar la constatación de la cesación de pagos, ha realizado compras en vista de una reventa por debajo de su precio en curso o si, con la misma intención ha empleado medios ruinosos para procurarse fondos.<sup>(78)</sup>
- 4.—Si, habiendo sido declarado, sea dos veces en quiebra, o una vez en quiebra y una vez en estado de liquidación de bienes, sea dos

(76) Art. 127, inciso 1º de la Ley.

(77) Inciso 2º, ibíd.

(78) Art. 127, inciso 3º ibíd.

veces en estado de liquidación de bienes, estos procedimientos hubieren sido clausurados por insuficiencia de activo.<sup>(79)</sup> Es extraña esta disposición, pues pareciera que el legislador cometió una inadvertencia al mezclar procesos patrimoniales con procesos destinados a imponer sanciones personales y luego dice que la bancarrota será declarada obligatoriamente cuando dichos procesos hubieren sido clausurados por insuficiencia de activo, cuando, como hemos visto, tal clausura sólo es posible que se presente en los primeros.

- 5.—Si no hubiere llevado ninguna contabilidad conforme a los usos de la profesión, cuenta tenida de la importancia de la empresa.<sup>(80)</sup>
- 6.—Si ha ejercido su profesión violando una prohibición prevista por la ley.<sup>(81)</sup>

Cuando el tribunal constata cualquiera de los hechos indicados debe necesariamente condenar sin entrar a considerar la intención del deudor o la existencia de un posible fraude.<sup>(82)</sup>

### 2.- Bancarrota simple facultativa.

Será esta vez el tribunal quien, haciendo uso de su poder discrecional, examinará si los hechos o faltas cometidos por el comerciante individual, son sancionables con las penas de la bancarrota simple.

Así, puede ser declarado culpable de bancarrota simple todo comerciante que, en estado de cesación de pagos, se encuentre además en uno de los casos siguientes:

- 1.—Si ha contraído obligaciones considerables en razón de su situación económica, por cuenta de otro, sin recibir valores a cambio.<sup>(83)</sup>
- 2.—Si ha sido declarado en estado de liquidación de bienes sin haber satisfecho las obligaciones de un precedente concordato.<sup>(84)</sup>
- 3.—Si, sin excusa legítima, no hubiere hecho la declaración de su estado de cesación de pagos dentro del plazo de 15 días a la secretaría del tribunal.<sup>(85)</sup>

(79) Inciso 4º ibíd.

(80) Art. 127, inciso 5º de la Ley.

(81) Inciso 6º ibíd. —“Ce texte entend sanctionner la violation des interdictions légales proprement dites, et non l'inobservation des règles qui fixent les conditions d'exercice du commerce, par exemple de défaut d'immatriculation au registre du commerce”. RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 854.

(82) “...les faits énoncés dans chacune des catégories... constituant des fautes, mais non pas des fraudes. L'intention n'est pas une circonstance constitutive du délit”. MARTIN, op. cit. pág. M2.

(83) Art. 128, inciso 1º de la Ley.

(84) Art. 128, inciso 1º de la Ley.

(85) Inciso 3º, ibíd.



- 4.—En las mismas sanciones incurrirá el socio responsable solidariamente del pasivo social si no procede a hacer en tiempo la declaración en cuestión. <sup>(86)</sup>
- 5.—Si, sin un impedimento legítimo, no se hubiere presentado personalmente al síndico en los casos y dentro de los plazos fijados por la ley. <sup>(87)</sup>
- 6.—Si su contabilidad es incompleta o irregularmente llevada. <sup>(88)</sup>
- 7.—Si después de la cesación de pagos hubiere cubierto algún crédito en perjuicio de la masa. <sup>(89)</sup>

Al igual que en el caso de bancarrota simple obligatoria el tribunal no entra a examinar si hubo o no intención o fraude de parte del comerciante, pero, a diferencia de aquella, como dijimos, queda a su sano criterio el aplicar o no las sanciones correspondientes habida cuenta de las faltas incurridas por éste.

### SS 3.- Bancarrota fraudulenta.

La bancarrota fraudulenta se diferencia de cualquiera de los tipos de bancarrota simple, por el hecho de la intención del comerciante de realizar los actos sancionados por la ley conociendo su estado de cesación de pagos. No tiene importancia el hecho de que el comerciante hubiere actuado con la intención de perjudicar a sus acreedores. <sup>(90)</sup>

### SS 4.- Delitos asimilados a las bancarrotas.

Los delitos asimilados a las bancarrotas se distinguen de los que vienen de ser expuestos por el hecho de ser aplicados únicamente a las personas físicas dirigentes de las personas morales. Se ha observado que en ocasiones éstos pueden haber realizado ciertas actuaciones que, próximas a las típicas de la bancarrota, no podían ser sancionadas ya que ésta supone la comisión de los hechos irregulares por parte del comerciante persona física.

Así, son aplicables las disposiciones de la Sección III de la ley de 13 de julio de 1967:

- 1.—A las personas físicas dirigentes de las personas morales comerciantes. <sup>(91)</sup>

(86) Párrafo final, *ibíd.*

(87) Inciso 4º, *ibíd.*

(88) Inciso 5º *ibíd.*

(89) Inciso 6º *ibíd.*

(90) "...il est... sans importance qu'il ait agi ou non dans l'intention de leur nuire (Cass. crim. 23 juin 1893, D. 1895, 1.519, 10 Nov. 1964, J.C.P. 1965, 14146 note R.D. M.A.J. note BOULOC, Rev. Soc. 1972, 285", RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 853. BORD, op. cit. pág. 307. MARTIN, op. cit. pág. M3.

(91) Art. 130, inciso 1º de la Ley.

- 2.—A las personas físicas dirigentes de personas morales de derecho privado no comerciantes, exclusión hecha de aquellas que no tengan un objeto económico y que no persigan ni de hecho, ni de derecho, un fin lucrativo. <sup>(92)</sup>
- 3.—A las personas físicas representantes permanentes de las personas morales dirigentes, sea de personas morales comerciantes, sea de personas jurídicas colectivas no comerciantes. <sup>(93)</sup>

Según la gravedad de los hechos cometidos por tales sujetos las penas aplicables pueden ser las de la bancarrota simple <sup>(94)</sup> o las de la bancarrota fraudulenta, <sup>(95)</sup> pero en todos los casos la intención fraudulenta es elemento esencial.

No obstante, para que proceda cualquier sanción en contra de los dirigentes sociales, la persona jurídica colectiva habrá necesariamente de encontrarse en estado de cesación de pagos.

Ahora bien, por constatados que los hechos previstos han sido cometidos, el tribunal deberá imponer obligatoriamente las sanciones establecidas.

### SS 5.- Otras infracciones.

Aparte de los comerciantes personas físicas y de los dirigentes de las personas jurídicas colectivas, otras personas pueden incurrir en diversas sanciones que han sido previstas en razón de actuaciones irregulares cometidas por éstas con ocasión de los procedimientos de arreglo judicial o de liquidación de bienes.

Así, los artículos 143 y siguientes de la ley de 13 de julio de 1967 establecen que son sancionados con las penas de bancarrota fraudulenta:

- 1.—Las personas que hubieren, a sabiendas, en el interés del deudor, sustraído, ocultado o disimulado todo o parte de sus bienes, muebles o inmuebles. <sup>(96)</sup>  
La infracción en cuestión puede ser sancionada aun cuando no haya complicidad con el deudor.
- 2.—Las personas convencidas de haber fraudulentamente producido un crédito supuesto, en el arreglo judicial o en la liquidación de bienes, sea en su nombre o por intermedio de otra persona. <sup>(97)</sup>

También aquí puede ocurrir que no exista complicidad con el deudor y sin embargo las penas serán impuestas.

(92) Inciso 2º, *ibíd.*

(93) Inciso 3º, *ibíd.*

(94) Art. 131, y sig. de la Ley.

(95) Art. 133, *ibíd.*

(96) Art. 143, inciso 1º de la Ley. Los actos dichos pueden ser también penados conforme a las sanciones previstas en el artículo 60 del Código Penal que se verá.

(97) Art. 143, inciso 2º de la Ley.



3.—Las personas que, ejerciendo el comercio bajo el nombre de otro o bajo un nombre supuesto, se encontraren culpables de los hechos previstos en el artículo 132. (98)

Por aparte, el cónyuge, los ascendientes o descendientes del deudor, o sus socios, que hubieren distraído fraudulentamente, se hubieren apropiado indebidamente, u ocultado los efectos integrantes del activo del deudor en estado de cesación de pagos, sin haber actuado en complicidad con éste, incurrirán en las penas previstas en el artículo 406, inciso 1º del Código Penal que veremos. (99)

En todos los casos vistos el tribunal debe además procurar la restitución de los bienes fraudulentamente sustraídos a la masa de bienes, así como condenar por daños y perjuicios si hubieren sido demandados. (100)

También es sancionado con las penas previstas en el artículo 408, inciso 2º del Código Penal, todo síndico en la liquidación de bienes o en el arreglo judicial que se encontrare culpable de malversación en su gestión, o que hubiere adquirido directa o indirectamente en contra de lo dispuesto por el artículo 95 de la ley, los bienes del deudor. (101)

Finalmente, la ley de comentario establece que es sancionado con las penas previstas en el artículo 406, inciso 1º del Código Penal, el acreedor que hubiere logrado ventajas particulares en razón de su voto en el concordato o que hubiere realizado un pacto particular con el deudor u otras personas, del cual hubiere obtenido también ventajas para sí y a cargo del activo del deudor. (102) Tales convenciones son además declaradas nulas frente a toda persona, aún del deudor (103) y el acreedor es obligado a devolver lo que hubiere recibido. (104)

### SS 6.- Complicidad.

El cómplice del deudor o de alguna de las personas penadas según las disposiciones del Título III de la ley y las correspondientes del Código Penal, aun cuando no tuviere la calidad de comerciante (105) será sancionado penalmente con las penas que se verán.

(98) Inciso 3º ibíd.

(99) Art. 144 ibíd.

(100) Art. 145 ibíd.

(101) Art. 146 ibíd.

(102) Art. 147 ibíd.

(103) Art. 148 ibíd.

(104) "...il s'agit d'une véritable nullité, et non d'une simple inopposabilité à la masse..." RIPERT por ROBLOT, op. cit. pg. 861.

(105) Art. 403 del Código Penal. Además véase Casación Criminal de 20 de enero 1970 y 23 julio del mismo año.

### SS 7.- Iniciativa.

No sólo el tribunal puede iniciar los trámites de oficio (106) sino también el proceso puede comenzar mediante acusación por parte del Ministerio Público o de la parte perjudicada, del síndico o de todo acreedor, aun cuando su crédito sea privilegiado y actúe, sea a nombre propio, o por cuenta de la masa. (107) Sin embargo, el síndico no puede actuar a nombre de la masa sino luego de haber sido autorizado expresamente por la mayoría de los acreedores constituidos en asamblea convocada al efecto. (108) Es la única asamblea de acreedores que se conoce en los procedimientos destinados a imponer sanciones personales, así como lo es la única asamblea la concordatoria en materia de procedimientos patrimoniales.

### SS 8.- Sanciones.

El artículo 402 del Código Penal establece en caso de bancarrota simple, prisión de un mes a dos años.

El mismo artículo establece en caso de bancarrota fraudulenta, prisión de uno a cinco años y además la aplicación facultativa de las prohibiciones del artículo 42 del mismo cuerpo legal, es decir, la privación de derechos cívicos, civiles y de familia.

Por lo que toca a los cómplices, como dijimos, es el artículo 403 del Código Penal quien establece que serán sancionados, aun cuando no fueren comerciantes, con las mismas penas que vienen de ser señaladas para el deudor o los dirigentes.

El cónyuge, las ascendientes o descendientes del deudor, si fueren encontrados culpables de conformidad con lo previsto por el artículo 144 de la ley, lo mismo que los acreedores que se hubieren procurado las ventajas previstas en el artículo 147 de la ley, sufrirán las penas previstas en el artículo 406, inciso 1º del Código Penal, a saber: prisión de dos meses a dos años, y multa de tres mil seiscientos a treinta y seis mil francos.

Finalmente, las penas que se impondrán al síndico y toda otra persona que hubiere participado en la administración del arreglo judicial o de la liquidación de bienes, que hubieren incurrido en los hechos aludidos por el artículo 146 de la ley de 13 de julio de 1967, serán penados conforme al párrafo 2º del artículo 408 del Código Penal, es decir, con prisión hasta de diez años y multa hasta de ciento ochenta mil francos.

(106) Art. 145 de la Ley.

(107) Art. 136 ibíd. "...il est peu logique qu'un créancier isolé puisse agir au nom de la masse de sa propre initiative, alors que le syndic doit y avoir été autorisé par l'assemblée des créanciers. En tout cas, la constitution de partie civile d'un créancier a seulement pour effet de mettre en mouvement l'action publique et ne saurait permettre au poursuivant d'obtenir des dommages et intérêts qui rompraient en sa faveur la règle de l'égalité". RIPERT por ROBLOT, op. cit. pág. 855.

(108) Art. 137 de la Ley.



## CONCLUSIONES

A través de nuestro estudio hemos visto cómo funcionan los procedimientos colectivos patrimoniales —arreglo judicial, liquidación de bienes—, al lado de los procesos destinados a imponer las sanciones personales —la quiebra y la bancarrota—. La existencia de estos distintos medios ha permitido al legislador francés, bien que mal, aplicar entre otros el principio de la separación entre la empresa y la persona que la dirige.

Partiendo del supuesto de la existencia de la empresa, la separación de ésta y la persona que la dirige será siempre posible, ya se trate de un comerciante individual o de una persona jurídica colectiva. Esta distinción permite el funcionamiento de los procedimientos estudiados, cuya existencia, bien es cierto, está relacionada, mas no confundida.

La legislación francesa actual contiene además, como vimos, un conjunto de principios fundamentales que se acomodan a la realidad económico-jurídica actual.

La empresa nace de la reunión de una serie de elementos que son organizados por sus propietarios en vista de un fin buscado, primordialmente lucrativo. Pero desde el momento mismo en que la empresa surge a la vida económico-jurídica, trasciende de la persona de quienes le han dado vida y entra a formar parte de un sistema complejo de relaciones que el Estado debe impulsar a la vez que proteger, pues de su existencia depende en buen grado la riqueza de una región y aún de la Nación entera. No hay que ver en las empresas, consecuentemente, el solo interés privado de quienes la han formado, ni aún el particular de las relaciones deudor-acreedores, sino, y por sobre todo, el interés general que detrás de su existencia y su sano funcionamiento, existe.

Es loable, pues, que el legislador trate de establecer sistemas flexibles que se acomoden a la naturaleza propia de todas y cada una de las empresas, y de que evite en la medida de lo posible que las mismas se malogren: las empresas, así como los seres humanos viven épocas de abundancia y épocas de penuria. Muchas veces éstas no son más que situaciones pasajeras, otras, definitivas. Así como

aquéllas, éstas padecen de ciertas dolencias, curables unas, mortales las demás: si la situación económico-financiera de las empresas no obedece más que a problemas momentáneos, o bien no son más que aparentes, se podrán tomar medidas que eviten una posible cesación de pagos. Si ésta llega a presentarse sin haber sido posible prevenirla y evitarla, las soluciones podrán ser diversas: si la empresa puede todavía ser saneada, aun a costa de ciertos sacrificios, habrá que hacerlo; si por el contrario aparece que la situación de ésta es irremediable, desgraciadamente habrá que liquidarla, y en este caso, habrá que hacerlo lo más pronto posible.

La prontitud con la que deben ser resueltas las cuestiones planteadas, factor importante dentro de los procedimientos patrimoniales, justifica el que se restrinja la participación de los acreedores: su intervención generalmente es causa de entrabamientos innecesarios. Dichas cuestiones pueden ser resueltas en forma más acertada y rápida sin su concurso, mediante los órganos creados al efecto y bajo el control del tribunal, salvedad hecha del concordato que requiere, como es lógico, al tratarse de una convención entre deudor y acreedores, la aprobación de éstos.

Dentro de estas perspectivas, el legislador francés de 1967 organizó los procedimientos estudiados: el proceso de saneamiento económico y financiero, cuando se presume que la empresa puede llegar a cesar en sus pagos dado su estado económico y financiero difícil mas no definitivamente comprometido, a través del cual se pretende evitar la cesación de pagos; el proceso de arreglo judicial, cuando la empresa hubiere cesado en sus pagos pero fuere posible aún sanearla, y finalmente, la liquidación de bienes, cuando se comprobare que, además de haber incumplido en sus pagos, es manifiesto que se trata de una empresa no viable desde el punto de vista económico.

Dijimos que partiendo del supuesto de la existencia de la empresa, la distinción entre ésta y la persona que la dirige sería siempre posible, ya se trate de un comerciante individual o de una persona jurídica colectiva. Ahora bien, la situación es diferente si el comerciante ejerce a título individual la actividad mercantil sin haber organizado una empresa propiamente dicha. Se tratará por lo general, en este caso, del pequeño comerciante. Aquí, la distinción no es posible, toda vez que la empresa no existe. Pero aún en este caso, las medidas patrimoniales y las sanciones personales deben estar separadas: como vimos, no todos los comerciantes cesan en sus pagos por actuaciones deshonestas, sino que en ocasiones son víctimas de las circunstancias, de hechos totalmente ajenos a su voluntad, de verdaderos casos fortuitos. Sería verdaderamente chocante sancionarles por haber incumplido sus obligaciones cuando ello no hubiera tenido como causa su conducta.

Pero también sería ilógico dejar de sancionar al comerciante individual, o a los dirigentes de la persona jurídica colectiva, cuando se demostrare que no actuaron competente u honestamente.



Las sanciones habrán de ser civiles o penales y unas más graves que otras, según que la conducta criticable de tales sujetos entre o no dentro del campo del Derecho Penal, y según que a causa de la misma sea necesario imponer una mayor o menor sanción.

Por el camino que hemos recorrido, hemos logrado observar la obra de un legislador moderno que ha aprovechado la experiencia acumulada de muchos años atrás. De él creemos que podemos derivar valiosas enseñanzas. Sepamos aprovecharlas y, por qué no, evitemos caer en sus errores.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.—BORD, G.- "Règlement judiciaire et liquidation des biens". Ed. Dalloz. PARIS. 1969.
- 2.—DERRUPE, J.- "Droit commercial". Ed. Librairie Montaigne. BORDEAUX, 1972.
- 3.—JAUFFRET, A.- "Manual de Droit commercial". Ed. R. Pichon et R. Durand Auzías". 14ª Ed. PARIS, 1973.
- 4.—JUGLART e IPPOLITO, B.- "Droit commercial". Ed. Montchrestien. PARIS, 1974.
- 5.—JOLY A.- "Procédure Civile et voies d'exécution". T.I. Ed. Sirey. PARIS, 1969.
- 6.—LARGUIER, J.- "Procédure Civile". Ed. DALLOZ, 3ª Ed. PARIS, 1972.
- 7.—MARTIN, J. F.- "Procédure du Règlement judiciaire". Ed. J. Delmás et Cie 2ª Ed. PARIS, 1972.
- 8.—PARISOT, D. et JAUFFRET, A. "Manual de Procédure Civile et voies d'exécution". 9ª Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzías. PARIS, 1967.
- 9.—RIPERT, G. edicin por ROBLLOT, R. "Traité élémentaire de droit commercial". 7ª Ed. Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzías. PARIS, 1973.
- 10.—ROBINO, P. "Droit Civil". Ed. Librairie Montaigne. BORDEAUX, 1972.
- 11.—RODIERE, P. "Droit commercial". Ed. DALLOZ. PARIS, 19E2.
- 12.—VINCENT, J. "Procédure Civile". Ed. Dalloz. 16ª Ed. PARIS, 1973.



CODIGOS, LEYES, DECRETOS Y ORDENANZAS  
FRANCESAS CONSULTADAS

- 1.—Código Civil.
- 2.—Código de Comercio.
- 3.—Código de Procedimientos Civiles.
- 4.—Código de Procedimientos Penales.
- 5.—Código Penal.
- 6.—Ley de 2/7/66 sobre el contrato de "crédit bail" o "leasing".
- 7.—Ley de 24/7/66 sobre sociedades mercantiles.
- 8.—Ley de 13/7/67 sobre el arreglo judicial, liquidación de bienes, quiebra personal y bancarrotas.
- 9.—Decreto de 20/5/55 sobre la profesión de síndico.
- 10.—Decreto de 20/5/59 sobre el ejercicio de la profesión de síndico.
- 11.—Decreto de 22/12/67 sobre el arreglo judicial, la liquidación de bienes, la bancarota y la quiebra personal.
- 12.—Decreto de 31/12/67 sobre la competencia de los tribunales en caso de arreglo judicial, liquidación de bienes, bancarota y quiebra personal. (Decreto N° 67/1254).
- 13.—Decreto de 31/12/67 sobre el saneamiento económico y financiero de las empresas. (N° 1255-67).
- 14.—Decreto de 4/7/72 sobre la publicación en materia de contratos de "crédit-bail" o "leasing".
- 15.—Decreto de 28/8/72 tendiente a crear un nuevo Código de Procedimientos Civiles.
- 16.—Ordenanza de 23/9/67 tendiente a facilitar el saneamiento económico y financiero de las empresas.
- 17.—Ordenanza de 28/9/67 sobre el contrato de "crédit-bail" o "leasing".
- 18.—Decreto de 18/7/68 sobre el nombramiento de síndicos en procesos colectivos patrimoniales de personas jurídicas no comerciantes.

TABLA DE MATERIAS

Introducción .....

TITULO I.—El procedimiento de saneamiento económico y financiero de las empresas y la suspensión de acciones .....

Generalidades .....

Capítulo I.—Condiciones de aplicación .....

    Sección 1ª—Condiciones de fondo .....

        SS 1.—Empresas tenidas en consideración .....

            A.—Situación financiera .....

            B.—Interés nacional o regional .....

    Sección 2ª—Condiciones de forma .....

        SS 1.—Competencia .....

            A.—Competencia *ratione materiae* .....

            B.—Competencia *ratione loci* .....

Capítulo II.—Apertura de los procedimientos .....

    Sección 1ª—Petición del deudor .....

    Sección 3ª—Apertura a solicitud de los acreedores .....

    Sección 3ª—Apertura de oficio .....

Capítulo III.—Decisión del Tribunal sobre la apertura de los procedimientos .....

    Sección 1ª—La resolución .....

        SS 1.—Publicidad de la resolución .....

        SS 2.—Recursos contra la decisión .....

Capítulo IV.—El período de suspensión provisional de acciones .....

    Sección 1ª—Efectos de la decisión que aprueba la suspensión provisional .....

    Sección 2ª—Sanciones frente al deudor y conversión del proceso .....

    Sección 3ª—Organización del procedimiento .....



SS 1.—Curadores .....	
SS 2.—El tribunal .....	
SS 3.—Juez-comisario .....	
Capítulo V.—Los planes de saneamiento económico y financiero	
Sección 1ª—Plazo de presentación del plan y alcances respecto del deudor .....	
Sección 2ª—Información de los acreedores e intervención de éstos .....	
Sección 3ª—Contenido del plan .....	
Capítulo VI.—Aprobación del plan por el Tribunal .....	
Sección 1ª—El acuerdo y su publicidad .....	
Sección 2ª—Modificación y resolución del plan .....	
Sección 3ª—Recursos contra la resolución que aprueba el plan .....	
Sección 1.—Apelación .....	
SS 2.—La “ <i>terce opposition</i> ” .....	
SS 3.—La oposición .....	
Sección 4ª—Disposiciones penales .....	
TITULO II.—Los procedimientos de liquidación de bienes y de arreglo judicial .....	
Generalidades .....	
Capítulo I.—Condiciones de apertura de los procedimientos	
Sección 1ª—Condiciones de fondo .....	
SS 1.—Calidad del deudor .....	
A.—Personas físicas .....	
B.—Personas morales .....	
SS 2.—El estado de cesación de pagos .....	
A.—Importancia .....	
B.—Noción .....	
C.—Prueba .....	
D.—Extensión de la noción de cesación de pagos .....	
E.—Naturaleza de los créditos .....	
Sección 2ª—Condiciones de forma .....	
SS 1.—Necesidad de la declaratoria judicial .....	
SS 2.—Competencia del tribunal .....	
A.—Competencia de atribución .....	
B.—Competencia territorial .....	
SS 3.—Iniciativa del procedimiento .....	
A.—Iniciativa del deudor .....	
1.—Forma y contenido de la declaración .....	
2.—Sanciones .....	
B.—Iniciativa de los acreedores .....	
1.—Calidad .....	
2.—Forma de petición .....	

C.—Apertura de oficio .....	
SS 4.—La decisión del tribunal .....	
A.—Contenido de la decisión .....	
B.—Forma del pronunciamiento .....	
C.—Alcances de la decisión .....	
D.—Publicidad .....	
E.—Ejecución de la decisión .....	
Capítulo II.—Efectos derivados de los procedimientos de arreglo judicial y de liquidación de bienes .....	
Sección 1ª—Efectos frente a la persona del deudor .....	
SS 1.—Efectos sobre el patrimonio del deudor .....	
SS 2.—La asistencia en caso de arreglo judicial .....	
SS 3.—El desapoderamiento en materia de liquidación de bienes .....	
SS 4.—Consecuencias de la asistencia y del desapoderamiento .....	
SS 5.—Excepciones a la asistencia y al desapoderamiento .....	
SS 6.—Medidas conservatorias del patrimonio .....	
Sección 2ª—Disposiciones particulares a las personas morales y a sus dirigentes .....	
SS 1.—Dirigentes .....	
SS 2.—Socios .....	
Sección 3ª—Efectos frente a los acreedores .....	
SS 1.—Acreedores quirografarios .....	
A.—Naturaleza jurídica de la masa .....	
B.—La ley de la igualdad .....	
C.—Algunos efectos de la declaratoria de arreglo judicial o de la liquidación de bienes frente a los acreedores comunes .....	
D.—Acreedores garantizados con una fianza o a favor de los cuales el crédito contiene varios codeudores solidarios .....	
SS 2.—Acreedores privilegiados .....	
A.—Acreedores prendarios .....	
B.—Acreedores hipotecarios .....	
SS 3.—La inoponibilidad de los actos del deudor .....	
A.—Plazo .....	
B.—La inoponibilidad y la acción pauliana .....	
C.—Actos obligatoriamente inoponibles .....	
D.—Actos facultativamente inoponibles .....	
E.—Ejercicio de las acciones de inoponibilidad .....	
Sección 4ª—Efectos frente a los terceros .....	
Capítulo III.—Organización de los procedimientos .....	
Sección 1ª—Organos de la liquidación de bienes y del arreglo judicial .....	
SS 1.—El tribunal .....	



SS 2.—Síndicos .....	
A.—Nombramiento y revocación .....	
B.—Atribuciones y deberes .....	
C.—Responsabilidades .....	
SS 3.—El juez-comisario .....	
A.—Atribuciones .....	
SS 4.—La asamblea de acreedores .....	
SS 5.—Los contralores .....	
Sección 2ª—Operaciones preparatorias .....	
SS 1.—El activo .....	
A.—Constatación .....	
B.—Gestión del activo .....	
C.—Continuación de la explotación de la empresa .....	
1.—En caso de arreglo judicial .....	
2.—Continuación en caso de liquidación de bienes .....	
3.—Continuación de la actividad mediante un contrato de gerencia libre .....	
SS 2.—El pasivo .....	
A.—Producción de créditos .....	
1.—Acreedores obligados a la legalización .....	
B.—Verificación de créditos .....	
C.—Procedimiento simplificado de liquidación de bienes .....	
Sección 3ª—Clausura de los procedimientos de liquidación de bienes .....	
SS 1.—Clausura por insuficiencia de activo .....	
SS 2.—Clausura de las operaciones por extinción del pasivo .....	
Sección 4ª—Conversión de los procedimientos .....	
SS 1.—Casos de conversión .....	
SS 2.—Efectos de la conversión .....	
Sección 5ª—Solución de los procedimientos .....	
SS 1.—El concordato .....	
A.—Aprobación por los acreedores .....	
1.—Proposiciones concordatarias .....	
2.—Consulta a los acreedores privilegiados .....	
3.—Voto .....	
B.—Homologación del concordato por el tribunal .....	
C.—Ejecución y efectos .....	
D.—Formas del concordato .....	
E.—Resolución y anulación del concordato .....	
1.—Resolución .....	
2.—Anulación .....	
3.—Efectos de la resolución y de la anulación .....	

Sección 6ª—Solución en caso de liquidación de bienes .....	
SS 1.—Realización del activo .....	
SS 2.—Repartición de dineros .....	
SS 3.—Disolución de la unión .....	
Sección 7ª—Recursos en materia de liquidación de bienes y de arreglo judicial .....	

TITULO III.—Las sanciones personales .....	
Generalidades .....	
Capítulo I.—Sanciones civiles .....	
Sección 1ª—La quiebra personal y otras infracciones especiales .....	
SS 1.—Condiciones de fondo .....	
A.—Proceso previo de liquidación de bienes o de arreglo judicial .....	
B.—Personas contra las que puede ser declarada la quiebra personal y otras sanciones .....	
C.—Motivos .....	
SS 2.—Condiciones de forma .....	
A.—Decisión judicial .....	
B.—Tribunal competente .....	
SS 3.—Tipos de quiebra personal .....	
A.—Quiebra personal obligatoria .....	
B.—Quiebra personal facultativa .....	
SS 4.—Efectos de la quiebra personal .....	
SS 5.—Sanciones parciales .....	
Sección 2ª—El procedimiento de la quiebra personal .....	
SS 1.—Iniciativa del proceso y citación del deudor o dirigentes .....	
SS 2.—La sentencia .....	
A.—Forma y contenido .....	
B.—Publicidad de la sentencia .....	
C.—Recursos contra la sentencia .....	
1.—Oposición .....	
2.—Apelación .....	
Sección 3ª—La rehabilitación .....	
SS 1.—Casos .....	
A.—Rehabilitación de derecho .....	
B.—Rehabilitación judicial obligatoria .....	
C.—Rehabilitación judicial facultativa .....	
SS 2.—Procedimiento de la rehabilitación .....	
SS 3.—Efectos de la rehabilitación .....	



Capítulo II.—Las sanciones penales .....

Sección única.—La bancarrota .....

SS 1.—Bancarrota simple obligatoria .....

SS 2.—Bancarrota simple facultativa .....

SS 3.—Bancarrota fraudulenta .....

SS 4.—Delitos asimilados a las bancarrotas .....

SS 5.—Otras infracciones .....

SS 6.—Complicidad .....

SS 7.—Iniciativa .....

SS 8.—Sanciones .....

Conclusiones .....

Bibliografía .....

## LA CONSTITUCIONALIZACION DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN CENTROAMERICA

Dr. Jorge Mario García Laguardia \*

*A la memoria de Adolfo Mijangos, amigo  
dilecto, asesinado en ciudad de Guatemala  
el 13 de enero de 1971.*

### SUMARIO:

I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION CONSTITUCIONAL DE LA REGION. A. Independencia y anexión; B. Restauración conservadora; C. Triunfo liberal; D. Constitucionalismo social. III. EL SISTEMA DE PARTIDOS. A La estructura de poder; B. Los partidos. IV. CONSTITUCIONALIZACION DEL REGIMEN PARTIDARIO. A. Las etapas; B. El período liberal; C. Reconocimiento negativo. V. EL ORDEN CONSTITUCIONAL VIGENTE. A. Reconocimiento; B. Prohibiciones; 1. Comunismo; 2. Otras; C. Naturaleza Jurídica; D. Requisitos; E. Privilegios; 1. Representación proporcional; 2. Presentación de candidatos; 3. Financiamiento; 4. Administración y justicia electorales. F. El caso de Nicaragua; G. Entes auxiliares del Estado. VI. DE LA CONSPIRACION DEL SILENCIO A LA CONSPIRACION DE LA MANIPULACION.

\* Guatemalteco. Actualmente investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.



## I.—Introducción

Problema fundamental del Derecho Político contemporáneo, es el análisis de la relación de los distintos grupos pluralistas con el orden jurídico. Es un hecho —sujeto a comprobación y no discutido— que distintos grupos, entre ellos especialmente los partidos políticos han nacido y se han desarrollado al margen de las disposiciones legales. Y ha existido una resistencia continuada a reconocerlos constitucional y legalmente “a pesar de que constituyen el esqueleto político del pueblo” (1) como grupos intermedios que fijan los canales de participación de la población organizada como cuerpo electoral y que realizan distintas funciones como entes auxiliares del Estado, jugando un papel protagónico dentro de la estructura de poder.

Los derechos humanos se han reconocido no sólo en la persona individual, sino en las formaciones sociales a través de las cuales se expresa (familia, iglesias, escuelas, etc.) y se ha comprobado que la actividad política, generalmente se realiza —no por individuos aislados— sino a través de los partidos, que influyen cada vez en mayor medida en el aparato constitucional del Estado, produciéndose en algunos países verdaderas patologías incentivadas por la falta de regulación legal. Se comparte hoy, generalmente, la idea de la necesidad de formular mecanismos que reduzcan a los partidos al papel que les corresponde de “intermediarios entre el Estado y los ciudadanos, a contener su vocación oligárquica, a mantener más o menos libres frente a ellos a los órganos en los cuales la Constitución deposita la soberanía nacional”. (2)

El presente trabajo pretende analizar el proceso de constitucionalización de los partidos políticos en una región homogénea de América Latina, Centroamérica, y describir la situación de las leyes fundamentales vigentes.

## II.—Evolución constitucional de la región.

### A. Independencia y anexión.

El 15 de setiembre de 1821, una junta de notables se reunió, a la usanza de la época, en la capital —la que hoy es ciudad de Gua-



temala— y declaró la independencia de España. El panorama que se presentaba era semejante al de otros lugares: una autoridad errática que había perdido sus vínculos con la metrópoli; el alto clero y funcionarios españoles, fieles hasta el final a la Corona y la presión popular por la independencia expresada a través de improvisados tributos emergentes de la clase media. (3)

El *Acta de Independencia*, documento de compromiso, calificado por el grupo oligárquico conservador, sujetó su aprobación a condiciones irrealizables, entre ellas la aprobación por un congreso constituyente (el que sería primero en la historia de Centroamérica) que se reuniría el siguiente año de 22. Pero las antiguas autoridades españolas, que habían perdurado a cambio tan radical, fueron las que impulsaron —aliadas a los grupos conservadores— el acercamiento al imperio mexicano de Agustín de Iturbide. Gabino Gaínza, el antiguo jefe español que comandaba el nuevo país, se apresura el 18 de setiembre —tres días después de la declaratoria de independencia— a manifestar al emperador mexicano su adhesión y el Ayuntamiento de la capital —controlado por los conservadores— decretó el 5 de enero de 1822, después de una discutible consulta a los municipios, la anexión al imperio de Iturbide. (4)

La anexión a México, enfrentó por primera vez a los conservadores y liberales. Atrincherados éstos en San Salvador, desconocieron las autoridades de la capital y declararon que ninguna autoridad podía derogar el acta de setiembre. Temerosos, los conservadores urgen la protección del ejército imperial, que efectivamente al mando de Ficensola Filisola, ocupa la capital y libra una guerra más larga que cruenta, contra los provincianos disidentes. (5) En febrero de 1823 —tras un largo año de lucha— Filisola entra a San Salvador, logrando con esto una victoria pírrica, porque es el momento en que el imperio se desploma, viéndose obligado a regresar a Guatemala y convocar al congreso constituyente que estaba previsto en el acta de independencia de setiembre.

Roto el equilibrio en su favor, los liberales, que controlaron el cuerpo, se dedicaron a legislar muy en su estilo, profusamente. En 19 meses, formulan 784 actas, 137 decretos y 1186 órdenes. Y la primera constitución centroamericana, inspirada en la ley fundamental norteamericana en su parte orgánica y en el joven constitucionalismo español en su estilo e inspiración general. Adoptaba el sistema republicano, representativo y federal; proclamaba la soberanía nacional; reconocía una amplia lista de derechos; fijaba la católica como religión oficial, precio pagado al clero menor que participó en la independencia; favorecía la inmigración; sobre la base de un sufragio censitario adoptaba el sistema electoral indirecto en tres grados de la constitución gaditana y en su parte orgánica recogía la división de poderes, incorporando un Senado como institución híbrida que complicaba su funcionamiento. Fijó las decisiones fundamentales del constitucionalismo liberal. (6) Bajo su inspiración se promulgaron entre 824 y 25 las primeras constituciones de los Estados (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica) y estuvo vigente hasta 1838

en que la federación agonizó en medio de las primeras guerras civiles y la lucha de facciones y caudillos.

No fue la Constitución la responsable de ese primer fracaso liberal. Posiblemente una teoría constitucional correcta retrasó la hecatombe. Muchos factores parecen entrelazarse para impedir que una nueva estructura de poder se afianzara sustituyendo el esquema colonial, dentro de los cuales, la falta de una estructura económica estable e importante, que integrara a la nación incipiente los grupos sociales y el país al concierto mundial, parece ser la significativa.

Cuando la independencia se produce, se carece de un centro urbano importante que sirva de referencia a toda la región ya que la nueva capital, recién fundada —después de un traslado forzado por un terremoto— era una pequeña ciudad en la que se aglutinaba la mayor parte de la población total de la región, que según Marure —basado en los cupos militares— era de 1.287.491 habitantes. Características medievales configuran aún el marco geográfico. La falta de vías de comunicación y los límites imprecisos entre provincias y regiones, aíslan internamente al país. Las comunicaciones con el exterior eran difíciles en exceso. La población, como consecuencia, se polariza en el altiplano y en la costa del Pacífico. El correo de la capital a Cartago, en Costa Rica, tardaba 39 días en llegar. Lógicamente, esta situación favorece la descentralización del poder, propicia economías autosuficientes y haciendo imposible un gobierno central, suficientemente fuerte, favorece cacicazgos locales desplazando el poder político de la autoridad formal a los propietarios de la tierra, que se niegan a cumplir con sus obligaciones fiscales.

Y desde el punto de vista externo vincula a las provincias directamente con el extranjero —La Habana, Panamá y Veracruz— en detrimento del poder central. El país es pobre en extremo. Falta una riqueza mineral y esencialmente su economía se basa en la agricultura monocultivista —basada en el añil— que sufre por falta de comunicaciones y el encarecimiento del transporte interno y externo. Las condiciones para que el orden colonial soportara el primer ataque modernizante, no estaban dadas y el programa liberal que la generación de Francisco Morazán se esforzó en implantar, se quedó como un grito en el vacío.

### B. Restauración conservadora.

Un amplio espectro de enfrentamientos civiles desemboca en la restauración de hecho del antiguo régimen pero sin abandonar el mito del constitucionalismo. Los Estados formularon varias constituciones calcadas en la federal y después del año 38 se produce un período anárquico que con diversos matices se resuelve en el predominio de los grupos conservadores, que buscan la legitimación de su nuevo poder, a través de las fórmulas constitucionales, pero cargadas de inspiración teocrática y militarista.



En Guatemala, el año 851, se promulga *El Acta Constitutiva* de 18 artículos. Legalizaba típicamente el nuevo programa; fundación del pequeño Estado como nuevo país, ratificando la disolución del pacto federal; reconocimiento de los mayorazgos; pago de diezmos para la Iglesia cuya antiguo poder se fortalecía con la firma de un Concordato con la Santa Sede. Una imprecisa delimitación de su parte orgánica hacía interpretar auténticamente el texto al diputado conservador Pedro Aycinenas que afirmaba que "no reconoce división de poderes; no hay más que un solo poder del cual es jefe supremo el Presidente". Efectivamente las atribuciones presidenciales se ampliaban al extremo y un tipo de representación de intereses daba el tono general al sistema. Rafael Carrera, nuevo hombre fuerte, fue nombrado Presidente Vitalicio "jefe perpetuo y supremo de la República con la inviolabilidad que corresponde a su investidura y el derecho a nombrar sucesor". (7)

En El Salvador, en 841 se promulga un nuevo texto en que se sugieren las decisiones conservadoras que el Presidente Dueñas fijará en la Constitución del año 64 redactada bajo el signo de "Paz, progreso y respeto a la Ley", que creó el marco jurídico del nuevo sistema; reconocimiento de los privilegios y poderes de la Iglesia Católica, castración de los poderes en favor de un ejecutivo autoritario sin limitación del período por la autorización de la reelección y nacionalismo polémico contra el peligro de la restauración federativa. Si la de 1841 era moderadamente conservadora en un momento de federalismo desgarrado, la de 1864 es francamente representativa de la restauración conservadora y nacionalista. (8)

En Honduras, varios hombres fuertes —resaca de los ejércitos independentistas— gobiernan con las constituciones de 1838, 1848 y 1865 con la misma tendencia (9) y en Nicaragua la de 1858, que rigió por treinta años, recogió el programa del partido conservador iglesia oficial, cuerpo electoral limitado, aumento del período presidencial y de atribuciones del ejecutivo, fuerte limitación a los derechos individuales, nacionalismo anticentroamericanista declarando República el viejo pequeño Estado. (10)

### C. Triunfo liberal.

El desarrollo de la economía mundial proporcionó a los liberales la posibilidad de formar una infraestructura económica necesaria para que sus principios se implementaran en el área. La revolución industrial se presenta en la primera mitad del siglo pasado como un fenómeno exclusivamente inglés y concentrado en la industria textil. Pero a mediados del siglo se produce una expansión de la economía mundial, en la que influye significativamente el desarrollo de los transportes. Las líneas de los ferrocarriles integraron los mercados internos europeos y el descubrimiento de la hélice y los cascos de hierro de las naves produjeron una ampliación de las posibilidades de intercambio, lo que hizo que "durante el siglo comprendido entre los años veinte del ochocientos y el primer conflicto mundial, se im-

plantó un esquema de división internacional del trabajo y tomó forma un sistema de economía mundial. Las actividades de una parte creciente de la población mundial, pasaron a comportarse como elementos independientes de un conjunto articulado". (11) Y ello produjo una elevación de la "tasa de crecimiento económico", la ampliación de la expectativa de vida de la población y un desarrollo de la tecnología vinculado a las formas de producción. Las estadísticas recogen que el comercio mundial, cuyo valor era mínimo a principios del siglo, subió a mediados, a 13,500 y llegó a 40,000 millones hacia la primera guerra mundial. El aumento de la capacidad económica en el mundo, provocó demanda de artículos suntuarios y muchas regiones de América Latina se vincularon al mercado internacional con "economías de sobremesa", azúcar, tabaco... En Centroamérica, el aumento de las importaciones de productos manufacturados, que comerciantes locales manipulan libremente, provoca un desequilibrio que exige encontrar un producto interno de exportación de importancia significativa y mercados extranjeros donde colocarlos. Y con una extensiva y gubernamentalmente inducida producción de café, se superó la coyuntura.

El último tercio del siglo XIX será escenario del triunfo liberal. El primer año de la séptima década, en 1871, un ejército que invade por la frontera norte de México, a Guatemala y que llega a la capital en pocos días, afianza el nuevo régimen y Justo Rufino Barrios, rápidamente se convierte en el hombre fuerte y abanderado del sistema en la región. (12) Después de períodos autoritarios que producen vacíos constitucionales que se aprovechan para dictar con profusión decretos leyes a través de los cuales se realiza la reforma, se dictan varias constituciones que recogen el viejo ideario de la independencia en el nuevo contexto: separación de Iglesia y Estado, enseñanza laica, libre testamentificación, reconocimiento del matrimonio civil y el divorcio, cementerios civiles, prohibición de vinculaciones, abolición de órdenes religiosas, desarrollo amplio de los derechos de inspiración iusnaturalista, división de poderes en un sistema unicameral, con fuerte preponderancia del ejecutivo. Guatemala (1879), Salvador (1886), Honduras (1880), Nicaragua (1893).

Costa Rica se salva del largo período de anarquía y regresión en sus formas políticas en un proceso más diáfano. La formación en el Valle Central (San José Alajuela) con los primeros años de la independencia de un modo de producción agro-exportador con base en el cultivo del tabaco, azúcar y principalmente café, dio la base para la estructuración republicana. Otros factores apoyaron esta decisión: debilidad de la aristocracia colonial, escaso número de funcionarios metropolitanos, pobreza de la Iglesia y pequeña propiedad campesina, los que consecuentemente fortalecían el poder municipal. La reforma liberal se afianza desde el rompimiento de la Federación con el gobierno fuerte de Braulio Carrillo y a pesar de cambios constitucionales formales continuó en la misma orientación: Ley de Bases y Garantías de 1841, Constituciones de 1844, 1847, 1848, 1859, 1868 y 1871. (13)



#### D. *Constitucionalismo social.*

A partir de principios de siglo, se produjo un cambio visible en áreas importantes de la región, que trajo como consecuencia el surgimiento de nuevos sectores sociales y la ampliación especialmente de la clase media que a partir de la primera guerra pretende acceder al poder político del cual la vieja oligarquía decimonónica la había alejado cuidadosamente. La transformación económica que estaba en su base, obligó a un replanteamiento político, que reconocía expresamente el intervencionismo del Estado en la vida económica y social; "insistiendo en que la política económica de los últimos cincuenta o sesenta años no había creado una 'vida nacional plena' porque había sido concebida en el vacío, los nuevos dirigentes de los sectores medios prometieron no solamente el progreso económico sino también la democracia social. A las abstracciones políticas y morales por las que sus dirigentes habían luchado durante el período de la independencia añadieron la exigencia de que se pusiera a disposición de los electores que votaran sus plataformas una participación mayor en los beneficios materiales y culturales que habían hecho posible la técnica del siglo XX. Insistían en que el económico fuera el principal problema político y que se agregaran garantías sociales a las garantías individuales".<sup>(14)</sup>

Y así aparece una gran corriente desde la primera guerra mundial, que se acentúa después de la segunda, que tiende a la constitucionalización de los derechos sociales, la extensión de la democracia, ampliación de problemas tratados constitucionalmente, limitación formal del poder ejecutivo y tecnificación del aparato constitucional. Que se inicia, precisamente con un texto americano, la Constitución Mexicana de 1917, pero que adquiere resonancia universal con la promulgación de la Constitución de Weimar en 1919, dentro de cuya tendencia deben incluirse las cartas fundamentales de España del 31, Austria y Checoslovaquia de la primera postguerra y de la soviética de 1936. La Constitución Cubana de 1940, que recogió muy esmeradamente esta filosofía constitucional, constituye junto a la mexicana del 17 y la española del 31, la fuente directa del constitucionalismo centromericano de este período, en el que se produce una interacción continuada.<sup>(15)</sup>

### III.—El sistema de partidos.

#### A. *La estructura del poder.*

La oligarquía agroexportadora que se consolidó —como hemos apuntado— con motivo del triunfo de las revoluciones liberales permanece aún como la fuerza más importante por la supervivencia de la estructura agraria de la región. Pero su liderazgo se ha visto discutido por el surgimiento de una nueva clase emergente empresarial,

producto del crecimiento económico y del inusitado aumento del comercio intrazonal con motivo del proyecto de mercado común, fortalecida por los nuevos sistemas de inversión extranjera, especialmente norteamericana, que se desplazó del sector de servicios públicos y de economías de enclave agrícola, al sector industrial y de manufactura.<sup>(16)</sup>

Intentos de romper la estructura de dominación política que dicho sector ensayó desde el siglo pasado, produjeron su aglutinamiento y la entrega del ejercicio del gobierno al poder militar directa o indirectamente, convirtiendo a los ejércitos de moderna factura, en los árbitros del proceso político. Y a la sombra de esta patología, creció una amplia clase media burocrática y tecnocrática que se postuló indispensable para el cumplimiento de tareas subalternas de gobierno, y que utilizó liberalmente su función, como instrumento de movilidad social. En estas condiciones, aun cuando en el fondo, el aparato del Estado ha estado al servicio de este proceso de desarrollo, en amplios períodos se ha independizado de los sectores protagónicos y representado una función integradora del sistema, propiciando un reparto más amplio de los beneficios.

Y fuera de breves períodos —considerados anormales por los mismos detentadores del poder— se ha buscado una legitimación de su ejercicio por los canales de la democracia liberal constitucional. Lo que ha obligado a permitir un relativo libre juego de fuerzas que ha producido un sistema multipartidista, que naturalmente ha sido manipulado legal y extralegalmente para preservar el régimen.<sup>(17)</sup>

#### B. *Los partidos.*

El siglo pasado y buena parte del presente estuvo calificado por el enfrentamiento de los partidos históricos, liberales y conservadores. Típicos partidos de "cuadros",<sup>(18)</sup> representaron la lucha intergrupal de las clases dominantes, en el enfrentamiento entre una precaria aristocracia y grupos emergentes. En conjunto, articulaban los intereses de la élite agraria beneficiada por la emancipación y se diferenciaban por sus puntos de vista con respecto del papel de la Iglesia, la incorporación a la estructura del poder de los ejércitos decimonónicos, la secularización de la vida política, ideas sobre la organización del Estado y una cruda pelea personal y generacional por el poder.<sup>(19)</sup> La historia dio la razón a los liberales con motivo de la incorporación de la región al comercio internacional en el último tercio del siglo pasado, sus programas de hecho se unificaron, y frente al crecimiento que el nuevo régimen produjo, solamente quedó un simbólico enfrentamiento de personalidades y la supervivencia, también simbólica de la lucha entre la Iglesia —limitada en su poder económico— y el Estado, al frente del cual se entronizaron dictadores crueles y paternos. Las Constituciones liberales son las que más pervivieron,<sup>(20)</sup> sujetas a múltiples reformas secundarias orientadas metódicamente a lograr el fortalecimiento del poder presidencial, ampliación



de su período y autorización de la reelección, de la cual se abusó sin ningún control. (21)

En la década del 20, se produjo algún despertar en la vida política —más por influencias externas que por modificación de la estructura social— y en la segunda postguerra se modifica el cuadro que hemos expuesto. El surgimiento de amplios sectores medios, la extensión del sufragio cualitativa y cuantitativamente, la incipiente toma de zación política de los grupos proletarios urbanos, la organización de los trabajadores en los enclaves bananeros agrícolas de Guatemala, Honduras y Costa Rica y la amplia propaganda democrática que las potencias aliadas desarrollaron durante la guerra, propiciaron la formación de nuevos agrupamientos políticos y el desprestigio de los partidos históricos tradicionales que se habían aventajado en el uso abusivo del poder y que cuidadosamente habían impedido la participación de la población en el proceso político.

La evolución de los nuevos partidos puede encuadrarse en tres períodos significativos: (22)

1. De 1944 a 1954, año del derrocamiento del gobierno de Jacobo Arbenz en Guatemala, quien impulsaba un proyecto nacional-revolucionario. En este período se produce la reagrupación de la ciudadanía en nuevos partidos, ya no de cuadros sino de masas, y las ideologías políticas empiezan a perfilarse. La propaganda democrática antifascista de la segunda guerra mundial, que impulsaron los aliados, matiza sus programas en los cuales se incluyen reivindicaciones agrarias, legislación de trabajo, seguros sociales, defensa de los recursos naturales, principios de desarrollo económico, reivindicaciones de clase media (servicio civil, viviendas, autonomía universitaria, etc.), y en general, una actitud fuertemente nacionalista frente a los Estados Unidos.

Los grupos de derecha, se reagrupan también, debilitados por el clima general democrático y el apoyo que las masas obreras y campesinas dan a los nuevos partidos de izquierda y a los gobiernos que los representan, y buscan acercamientos a los grupos de poder tradicionales, la Iglesia y el ejército y al nuevo factor determinante: los Estados Unidos.

2. De 1954 a 1959, fecha del triunfo de la revolución cubana. Este período es de dominio total de los grupos derechistas. A partir de 1948, el clima de tensión de la guerra fría se hace sentir en la región polarizando la actividad partidaria entre un antiimperialismo —más o menos violento— y el anticomunismo que aparece como cruzada continental y que proporciona a los partidos derechistas la coronación de sus programas autoritarios y una mística de fuerte arraigo en los erráticos sectores medios. Los escarceos diplomáticos de Bogotá —1948—, Río de Janeiro —1949— y Caracas —1954—, terminan con el derrocamiento en 1954 del régimen revolucionario guatemalteco.

3. El último período se inicia con el triunfo de la revolución cubana, que polariza aún más la situación. El dominio total de la

derecha civil, que declina en los cuadros militares —con excepción de Costa Rica— el ejercicio del poder político y el débil resurgimiento de partidos moderados de izquierda que a pesar de subrayar obsesivamente su posición, son cuidadosamente marginados de la posibilidad de participación, produce el enfrentamiento y el apareamiento del movimiento guerrillero que fue meticulosamente destruido en la segunda mitad de la década del 60. (23)

La vida partidaria, sin embargo, se mantiene y la mayoría de la ciudadanía insiste en la participación democrática constitucional, lo que se hace evidente en la pervivencia de los viejos partidos, la persistencia de algunos grupos sin reconocimiento legal, la efímera aparición de agrupaciones durante los procesos electorales y la concurrencia a los comicios que se incrementa. Y el gobierno decide reconocer esta situación y manipularla a través de rígidos controles legales y una sofisticada gama de mecanismos extralegales. (24) La gama de partidos se amplía en su espectro, desde la extrema derecha con fuertes movimientos de clara ideología y organización de tipo fascista, partidos socialdemócratas, demócrata cristianos, de "izquierda democrática" y comunistas, hasta la supervivencia decimonónica de los partidos históricos Liberal y Conservador en Nicaragua.

El cuadro de los partidos políticos en uno de esos países —que nos parece muy indicativo— es el siguiente: (25)

#### IV.—Constitucionalización del régimen partidario.

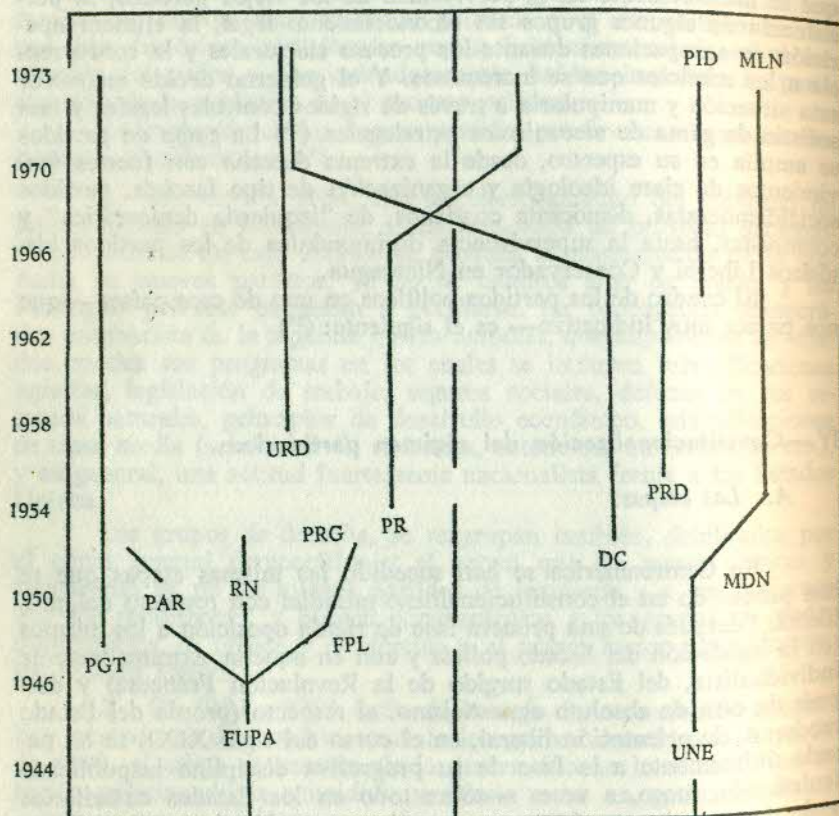
##### A. *Las etapas.*

En Centroamérica se han sucedido las mismas etapas que se han producido en el constitucionalismo mundial con respecto del problema: "después de una primera fase de rígida oposición a los mismos (en la legislación del Estado policía y aun en aquella, extremadamente individualista, del Estado surgido de la Revolución Francesa) y después de otra de absoluto agnosticismo, al respecto (propia del Estado moderno, de orientación liberal, en el curso del siglo XIX), se ha pasado últimamente a la fase de su progresiva disciplina iuspublicista (culminada, luego, a veces —sobre todo en los Estados autoritarios y de democracia marxista— en una incorporación íntegra, mediante la concesión a los mismos del status de personas jurídicas públicas con relieve constitucional)". (26)

##### B. *El período liberal.*

Como se ha apuntado, el sistema liberal que se plantea con motivo del movimiento de independencia, se afirma con el triunfo de las revoluciones liberales de finales del siglo pasado y se mantiene, aunque en crisis, hasta la segunda guerra mundial.





FUPA: Frente Unido de Partidos Arebalista  
 PAR: Partido Acción Revolucionaria  
 RN: Renovación Nacional  
 FPL: Frente Popular Libertador  
 PRG: Partido de la Revolución Guatemalteca  
 PR: Partido Revolucionario  
 URD: Unión Revolucionaria Democrática  
 PGT: Partido Guatemalteco del Trabajo (Comunista)

UNE: Unión Nacional Electoral  
 DC: Democracia Cristiana  
 MDN: Movimiento Democrático Nacionalista  
 PRD: Partido Redención  
 PID: Partido Institucional Democrático  
 MLN: Movimiento de Liberación Nacional

En una primera fase, la actitud de los constituyentes fue semejante a la de los clásicos liberales europeos y norteamericanos. Estaban dominados por el mismo temor al "peligroso vicio... del espíritu de partido" que informaba a los "padres fundadores" y en general a los cuerpos intermedios que se colocaban entre el Estado y los ciudadanos depositarios de la soberanía.<sup>(27)</sup> "Hablo de partidos, o más bien de facciones, perniciosas siempre en un Estado libre" afirmaba Pedro Molina, —uno de los diputados más importantes del primer congreso federal centroamericano de 1823-24 y se remitía a una cita significativa de Rousseau: "Para lograr el enunciado voto de la voluntad general es menester que no haya sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine por sí. Tal fue la única y sublime institución del gran Licurgo: porque si hay sociedades parciales es menester multiplicar el número y prevenir la desigualdad. J.J. Rousseau. Contrato Soc. Cap. III.<sup>(28)</sup> Y otro eminente diputado del mismo Congreso, Juan Lindo —quien fue también diputado al congreso constituyente mexicano de Agustín de Iturbide y después Presidente de Honduras— propuso que "ningún ciudadano, asociación o corporación pueda representar a la Asamblea, gobierno supremo y demás tribunales, tomando la sagrada voz del pueblo, sólo pena de incurrir en las señaladas a los q. trastornen el orden público".<sup>(29)</sup>

Sin embargo, en una segunda fase, y con motivo de la ampliación del catálogo de derechos individuales que recogieron los textos constitucionales producto del triunfo de las revoluciones liberales de finales de siglo, se incorporará el derecho de asociación que en un sentido genérico reconocía el de hacerlo con finalidades políticas, y formalizaba limitaciones en las organizaciones religiosas al constitucionalizar un punto programático de la reforma. Típico es el artículo 25 de la Constitución guatemalteca de 1859 —fruto programático del movimiento y fuente para las otras de la región: —"Se garantiza el derecho de asociación y de reunirse pacíficamente y sin armas; pero se prohíbe el establecimiento de congregaciones conventuales y de toda especie de instituciones o asociaciones monásticas".<sup>(30)</sup> Basados en este amparo constitucional, los viejos partidos históricos y sus efímeras derivaciones electorales pudieron sobrevivir bajo la benevolente paciencia del poder público.

### C. Reconocimiento negativo.

Sin embargo, el endurecimiento de la vida política de la región a partir del año 30, en que se inicia un largo período de dictaduras militares con influencias endógenas y exógenas,<sup>(31)</sup> produce el reconocimiento constitucional de los partidos políticos aunque en forma negativa, al prohibir la organización y funcionamiento de aquellos que se estimaba atentaban contra el sistema democrático liberal.

La constitución nicaragüense de 1939, establecía que caerían bajo la sanción de la ley, aquellos que públicamente manifestasen "opiniones contrarias al orden público, a las instituciones fundamenta-



A. Reconocimiento.

Todas las Constituciones vigentes —Guatemala, 1965; Honduras, 1965; El Salvador, 1962; Nicaragua, 1950; Costa Rica, 1949 y Panamá, 1972—, organizan sus países como democracias liberales, adoptando el sistema de gobierno republicano, democrático y representativo. Y en su articulado recogen las decisiones políticas típicas de este sistema: sufragio universal, autoridades designadas en elecciones libres, reconocimiento de los derechos individuales y sociales, división de funciones entre órganos, sistema jerárquico de normas con la Constitución como norma fundamental y principio de legalidad.

El libre juego de fuerzas y opiniones y la competencia abierta por el control del poder político, son reconocidos en las normas fundamentales, y dentro de ese esquema las asociaciones políticas juegan un papel esencial, como intermediarias entre el poder público y el pueblo organizado en cuerpo electoral. Jurídicamente los partidos se componen de ciudadanos en ejercicio de sus derechos políticos que se agrupan bajo las mismas banderas ideológicas en forma permanente y sujetos a un estatuto jurídico, con el objeto de influir en la política general.

En formas diversas que tienden al mismo fin se reconoce su existencia. La de Guatemala afirma que el Estado “garantiza la libre formación y funcionamiento de partidos políticos cuyas normas y principios sean democráticos” (Art. 25, Inc. Primero); la de El Salvador, en la regulación del sufragio y entre los derechos de los ciudadanos, incluye el de “asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos” (Arto. 24); Nicaragua, que “la personalidad y derechos de los partidos políticos serán objeto de la ley” (Art. 304); Costa Rica, que “todos los ciudadanos tienen derecho a agruparse en partidos para intervenir en la política nacional” (Art. 98) y Panamá que la ley “regulará la formación, funcionamiento y subsistencia de los partidos políticos” (Arto. 123).<sup>(35)</sup> Aunque casi todas las constituciones —como se verá— hacen referencia específica al tema, remiten a la ley ordinaria su regulación (Honduras, Art. 38; Guatemala: Arts. 29, 32 y 36).

Genéricamente además, se reconoce el clásico derecho de asociación, amparados en el cual, los partidos se desarrollaron hasta su constitucionalización en los textos de la segunda postguerra: Guatemala, Art. 64; El Salvador, Art. 160; Nicaragua, Art. 32 y 91; Costa Rica, Art. 25 y Panamá, Art. 38).<sup>(36)</sup>

B. Prohibiciones.

1. Comunismo.

Dentro de la tendencia de preservación del sistema y contención de grupos adversos se ha constitucionalizado la prohibición del

les del Estado, a la forma republicana y democrática del gobierno, al orden social establecido” (Arto. 128), prohibió la existencia de partidos de “organización internacional” y excluyó a sus miembros del acceso al servicio público (Arto. 50). El 20 de junio de 1941, se reglamentó ese precepto en un decreto de cinco artículos en los que se prohibía: a) la propaganda de “doctrinas o sistemas políticos y sociales” contrarios al régimen constitucional republicano, identificando como tales “la doctrina comunista, los sistemas nazistas y fascistas” o “cualquiera otra” que tienda a modificar el régimen liberal republicano; b) la creación y funcionamiento de partidos de “organización internacional o que formen parte o dependan de partidos políticos extranjeros”;<sup>(32)</sup> c) y el uso por nacionales de uniformes o insignias de agrupaciones políticas extranjeras. Se ordenaba la disolución de los partidos con esas características que ya existieran y se fijaban diversas penalidades a nacionales y extranjeros infractores.<sup>(32)</sup>

Y la Constitución de 1948, era más explícita que la anterior, al apuntar que el Estado no reconoce la existencia legal de partidos políticos de organización internacional, ni la de los partidos comunistas y fascistas, o con tendencias semejantes, aun cuando adoptaren otras designaciones, exceptuando únicamente a los internacionales que “no siendo comunistas o totalitarios” tiendan a la unión de Centroamérica” (Art. 100).

Con la misma orientación, perfectamente definida en la prohibición,<sup>(33)</sup> se aprueba en 1935 la reforma constitucional del artículo 25 de la Constitución de 1879 de Guatemala, que garantizaba el derecho de asociación para excluir de tal garantía a las “entidades o individuos” que sustentaran doctrinas que de manera ostensible e inequívoca tiendan al cambio de las instituciones sociales y políticas por medio de la violencia. La Comisión que dictamina sobre la reforma es bien clara, al afirmar que se refiere a “excluir del derecho de asociación y reunión a las entidades o individuos que de manera ostensible o inequívoca sustentan doctrinas que tiendan al cambio de las instituciones sociales y políticas por medio de la violencia; porque, de acuerdo con las nuevas tendencias del derecho social, esta garantía no la podemos conceptuar como un derecho absoluto y sin limitación, sino que, por el contrario, es necesario dictar y establecer medidas convenientes para que el ejercicio de este derecho no atente al orden social y a la tranquilidad y seguridad públicas... las actividades de carácter francamente comunista o anarquista se perfilan actualmente en el mundo como tendencias disociadoras que se encaminan por procedimientos de violencia a subvertir el orden social y político, desconociendo en absoluto las bases sobre que descansa la estructura del Estado. Los individuos o grupos comunistas o anarquistas no se encuentran en el mismo plano de los partidos políticos que, aunque divergentes en ideas, persiguen fines lícitos y reconocen y se someten a las autoridades del Estado, confiando el triunfo de sus doctrinas o principios, a la evolución pacífica operada mediante el convencimiento de las masas sociales”.<sup>(34)</sup>



funcionamiento de organizaciones marxistas, punto que incluso ha sido centro y explicación de algunas reformas como las de 1956 en Guatemala y que con mayor o menor énfasis ha sido recogido por todas las constituciones de la región. La de este país es reiterativa en este aspecto: en el Art. 68 que reconoce el derecho genérico de asociación, se le califica al indicar que "se prohíbe la organización o funcionamiento de grupos que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario"; el 27, garantiza la vida partidaria siempre que sus normas "y principios sean democráticos" y el segundo párrafo expresa que "es prohibida la formación de partidos o entidades que propugnen la ideología comunista o que por su tendencia doctrinaria, medios de acción o vinculaciones internacionales, atenten contra la soberanía del Estado o los fundamentos de la organización democrática de Guatemala".

El Salvador (Art. 160) al reconocer el derecho de asociación prohíbe el funcionamiento de "organizaciones políticas internacionales o extranjeras", salvo que persigan por "vías democráticas" la unión centroamericana o "cooperación continental o universal" y aunque no existe una expresa ilegalización partidaria prohíbe "la propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia" (Art. 158, Inc. 2º). En esta norma se ha basado el *Consejo Central de Elecciones* para negar la inscripción de partidos considerados peligrosos: "Nuestra Constitución... desde que prohíbe la propaganda de doctrinas anárquicas y... contrarias a la democracia que ella reconoce, no permite la propagación de doctrinas y por consiguiente la organización de partidos políticos que las propaguen... entre las cuales el Inc. 2º del Art. 20 de la Ley Electoral señala al comunismo".<sup>(37)</sup>

En Honduras "no se permitirá la formación, inscripción y funcionamiento de partidos políticos que proclamen o practiquen doctrinas contrarias al espíritu democrático del pueblo hondureño..." (Art. 39). En Nicaragua, por la reforma de abril de 1955 a la Constitución del 50, se prohibió expresamente la formación y actividades del partido comunista "y de los que sustenten ideologías similares, lo mismo que de cualquier otro partido de organización internacional", cerrando el paso dentro del servicio civil, a sus miembros. Costa Rica prohíbe la formación o funcionamiento de partidos que "por sus programas ideológicos, medios de acción o vinculaciones internacionales, tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica, o que atenten contra la soberanía del país", hecho que calificará la asamblea legislativa previo informe del Tribunal de Elecciones y con votación no menor de dos tercios (Art. 98). Y en Panamá, el más reciente texto constitucional prohíbe la formación de partidos que "pretendan menoscabar la soberanía nacional o destruir las estructuras democráticas de gobierno" (Art. 124).

## 2. Otras.

Otros tipos de prohibiciones son: organización de partidos que tengan por base el sexo, la raza o la religión (Panamá, Art. 124);

pertenencia de ministros de cualquier culto religioso a partidos (El Salvador, Art. 25); propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas (Costa Rica, Art. 28); presión para participación partidaria especialmente la ejercida por funcionarios públicos (Guatemala, Art. 32) y como una reminiscencia de la época de las dictaduras liberales, se declara punible toda actividad en favor de la reelección de la persona que ejerza la Presidencia de la República o que tienda a prolongar el período constitucional o vulnerar el principio de alternabilidad y no reelección para el ejercicio del mismo. (Guatemala, Art. 33).

## C. Naturaleza Jurídica.

Las Constituciones de Guatemala (Art. 29) y Honduras (Art. 13) consideran a los partidos legalmente inscritos como instituciones de derecho público. Con esto, se llega a la coronación del proceso de constitucionalización de su régimen, incorporándolos formalmente en la estructura de poder.

Este reconocimiento trae varias consecuencias. Por una parte, al darles ese carácter, se les está concediendo la personalidad jurídica, con las consecuencias inherentes a esta situación: responsabilidades y derechos.<sup>(38)</sup> Y por otra parte, al incluirlos dentro de la regulación del derecho público, se están reconociendo sus funciones de carácter general e interés colectivo: "los partidos políticos como instituciones de derecho público, se organizan y funcionan como instrumentos para el ejercicio de derechos constitucionales a través de los cuales se defienden y se cumplen intereses generales de indudable jerarquía: concurrencia a la estructuración o transformación del gobierno, intervención en el proceso electoral y en el ejercicio del sufragio; participación en la integración de los organismos electorales e influencia en la opinión pública y en quienes ejercen el poder".<sup>(39)</sup>

## D. Requisitos.

Nicaragua y Guatemala recogen constitucionalmente requisitos básicos para la inscripción de los partidos. En la primera (Art. 313) además de los dos partidos que obtuvieran el mayor número de votos en la anterior elección, se reconocerá también como tal a la agrupación que presente una petición firmada por el 5% del total de votos depositados en la misma, con firmas autenticadas notarialmente: y en la segunda (Art. 28) sólo podrán inscribirse como partidos las entidades formadas por un mínimo de cincuenta mil afiliados, de los cuales no menos del 20% deben saber leer y escribir. En los otros países, los requisitos se regulan en la ley ordinaria.<sup>(40)</sup>

## E. Privilegios.

El reconocimiento e inscripción de los partidos connota una serie de privilegios entre los que podemos indicar:



### 1. Representación proporcional.

La representación de minorías que beneficia a los partidos derrotados en las elecciones está reconocida en toda la región, a nivel constitucional (Guatemala, Art. 24; Panamá, Art. 102; Costa Rica, Arto. 95 y Nicaragua, Artos. 334 y siguientes) o legal (Honduras, Ley Electoral de 22 de noviembre de 1966).

### 2. Presentación de candidatos.

El monopolio en la designación de los candidatos es un evidente privilegio que conlleva la posibilidad de la desviación del sistema a una "partitocracia", en la cual el poder político está controlado automáticamente por las oligarquías partidarias. Raramente —como apunta Biscaretti— se ha concedido este privilegio. La Constitución de Guatemala (Art. 30) lo hace, indicando que únicamente los partidos legalmente inscritos podrán inscribir candidatos para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República y diputados propietarios y suplentes al Congreso. (41)

### 3. Financiamiento.

Tres países se refieren al problema. En Guatemala, se afirma que el Estado no dará ayuda económica o financiera, ni trato preferente a ningún partido pero que otorgará a todos, las facilidades que determine la Ley Electoral (Art. 31). El Salvador, Honduras y Nicaragua, no hacen referencia al problema. En Panamá, se establece la posibilidad de que el Estado fiscalice y contribuya a los gastos en que incurran los partidos políticos y las personas naturales en los procesos electorales, dejando a la ley ordinaria su regulación siempre "asegurando la igualdad de erogaciones de todo partido o candidato" (Art. 125).

Y es la Constitución de Costa Rica, la que con más sentido democrático se refiere al punto, ordenando que el Estado contribuirá al pago de los gastos en que incurran los partidos para elegir a los miembros de los poderes Ejecutivo y Legislativo de acuerdo con las siguientes líneas: a) la contribución total no podrá ser superior al 2% del promedio de los presupuestos nacionales de los tres años anteriores a la elección; b) la suma se distribuirá entre los partidos en proporción a su votación, siempre que hayan obtenido más del 10%; c) debiendo comprobar sus gastos ante el Tribunal Electoral (Art. 96, reformado por la Ley N° 2036 de 18 de julio de 1956).

### 4. Administración y justicia electorales.

El control administrativo y judicial de los procesos electorales, aparece después de la segunda guerra, como una preocupación deter-

minada por los abusos que los gobiernos dictatoriales habían cometido. Así en todos los textos, se incluyen preceptos sobre el asunto. Se crean órganos específicos para organizar y controlar las elecciones: Guatemala, Registro y Consejo Electorales (Art. 34); El Salvador, Consejo Central de Elecciones (Arto. 34); Nicaragua, Tribunal Supremo Electoral (Art. 302, reforma de 1971); Costa Rica, Tribunal Supremo de Elecciones (Arto. 99) y Panamá, Tribunal Electoral Autónomo (Art. 126).

En su integración se da participación a los partidos, en Guatemala, donde en el Consejo, tiene un delegado cada partido legalmente inscrito que hubiera obtenido no menos del 15% del total de votos válidos emitidos en las últimas elecciones generales (Art. 36); y en Nicaragua, donde el Tribunal Supremo se integrará por tres jueces, dos de ellos nombrados por los partidos políticos que hubieran obtenido el primero y segundo lugares en la elección anterior de autoridades supremas; y en El Salvador, se otorga a los "partidos contendientes" derecho de vigilancia sobre el proceso electoral (Art. 34).

Sus atribuciones son de carácter administrativo y en algunos casos judicial. En Guatemala, se concede contra las resoluciones del Consejo, recursos de revisión y amparo ante las Salas de apelaciones (Arto. 40) y en Panamá, sus resoluciones serán definitivas con excepción de "lo referente al recurso de inconstitucionalidad". (Art. 127).

### F. El caso de Nicaragua.

La dinastía familiar que desde la ocupación norteamericana quedó instalada en este país ha producido una situación atípica en el área, que se caracteriza por una manipulación del partido de oposición reconocida, el Conservador, y por la inducción del sistema bipartidista a través de la integración al gobierno de los candidatos perdedores y de la representación del partido de minoría en los órganos del Estado.

En el Poder Legislativo —compuesto de dos Cámaras, de Diputados y Senadores— los partidos que concurren a la elección tendrán representación proporcional a su votación, pero si el partido o los partidos que no hubiesen ocupado el primer lugar en la elección presidencial, resultaren en conjunto con un número de representantes inferior a la tercera parte del total de miembros de cada una de las Cámaras, se considerarán electos tantos diputados y senadores cuantos completen una tercera parte. También integrará el Senado, el candidato presidencial del partido que hubiese obtenido el segundo lugar en la votación popular (Art. 127). En el gobierno local a cargo de un Consejo Municipal de tres miembros, en todo caso un regidor, pertenecerá al partido que haya ocupado el segundo lugar (Art. 278). En los órganos electorales, como hemos visto, también se da participación al partido de oposición y aún, se llega más lejos, al establecer que en los Consejos o Directorios de los Entes Autónomos o Ser-



vicios Descentralizados y en las Juntas Locales de Asistencia Social, un miembro de ellos corresponderá al "partido de la minoría" (Arts. 274 y 294).

La propia Constitución vigente en 1950 y varias de sus reformas han sido producto de pactos realizados entre los dos partidos dominantes. Actualmente se vive un proceso crítico constitucional. Anastasio Somoza hijo, inició su período presidencial el 1º de mayo de 1967 para un plazo que finalizaría el 1º de mayo de 1972. Pero en marzo de 1971, —con la encubierta intención de legalizar la posibilidad de su continuidad en el poder, estando prohibida la reelección— celebró un pacto político con el líder del partido conservador, (43) en virtud del cual se organizó un gobierno transitorio en manos de una Junta Nacional integrada por dos miembros del Partido Liberal y uno del Conservador, que gobernaría hasta el 1º de diciembre de 1974, y decidió convocar a elecciones para una asamblea constituyente con el objeto de dictar una nueva constitución.

En mayo del 71, se reformó la Constitución en cumplimiento inicial del pacto, fijando la forma de integración de la Constituyente y las normas de la reforma, en las cuales también se indujo el sistema bipartidista. Se convocaría a la reforma por el Congreso nombrando una Comisión para que redactara el proyecto de ley, que se integraría por cinco diputados y dos senadores, siendo tres de ellos miembros del partido de minoría. (Art. 328, reformas de mayo de 1971). Y como disposición especial se estatuyó que en el Decreto de convocatoria se establecerían las bases bajo las cuales se realizarían las elecciones y la instalación de la asamblea "así como las bases fundamentales que deberían estatuirse en la nueva Constitución", las que quedarían sancionadas por el pueblo "por el hecho mismo de concurrir a las elecciones de representantes" a la Constituyente (Art. 328).

Siete meses y veintidós días tenía de instalada la asamblea cuando se produjo el violento terremoto de la ciudad de Managua y sus trabajos estaban congelados. Después, se ha producido un caos institucional, que de hecho ha devuelto el poder a Somoza —técnicamente sólo jefe de la Guardia Nacional—, la Constituyente funciona como poder legislativo ordinario y los trabajos de la reforma continúan detenidos.

### G. Entes auxiliares del Estado.

Del análisis de su régimen constitucional resulta que los partidos políticos son, en Centroamérica, efectivos órganos auxiliares del Estado, en el sentido de que aun cuando su actividad está orientada a satisfacer intereses propios, se convierten en presupuestos de la organización democrático-liberal del Estado y realizan funciones públicas en beneficio del Estado y la comunidad, (43) insertándose dentro de la estructura de poder y el marco jurídico global del Estado.

Basta señalar algunas de estas funciones. Fijan pautas para la real expresión de la voluntad popular, siendo de hecho el "esqueleto"

—al decir de Barile— que organiza la expresión del sentir político ciudadano; seleccionan a la clase gobernante al designar los candidatos a los cargos de elección; integran relaciones institucionales con órganos del Estado.

En el esquema general que las constituciones formulan, desde el establecimiento de los requisitos de la ciudadanía, las condiciones del sufragio, la organización del cuerpo electoral, hasta la designación de los gobernantes, su papel de cuerpos intermedios institucionales queda perfectamente claro, así como su integración al sistema a través de un catálogo de obligaciones y derechos.

### VI.—De la conspiración del silencio a la conspiración de la manipulación.

Algún autor se dolía de la conspiración del silencio que se había abatido sobre los partidos políticos ante la reacia actitud de los constituyentes y legisladores. Del estudio que hemos hecho en la región aparece un nuevo elemento, una nueva conspiración, esta vez de su manipulación constitucional y legal. Una actitud maximalista en el sentido de un tratamiento cuidadoso y extensivo del régimen partidario que en gran medida se orienta a su control por parte del poder público. Requisitos —a primera vista inofensivos— de afiliación, reconocimiento, actividades, programas y financiamiento, reflejan una encubierta intención limitativa, que deja en manos del gobierno central, a través de órganos específicos de control, la decisión sobre la misma existencia de los partidos y naturalmente de su actividad. (44)

Ciudad de México, 13 de enero de 1974.



## NOTAS

- (1) Paolo Barile, *Corso di diritto Costituzionale*, 2ª ed., (Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1964) Pág. 249.
- (2) Sara Volterra, *Sistemi elettorali e partiti in América*, Presentación de G. Maranini (Milano: Guiffré editore, 1963) Pág. VII.
- (3) Sobre la independencia de Centroamérica, ver Ernesto Chinchilla Aguilar, *La independencia de Guatemala* (México: 1948); Máximo Soto Hall, "Independencia de Guatemala", en Ricardo Levene, *Historia de América* (Buenos Aires: 1940), T. VII; Ramón Salazar, *Historia de veintiún años. La independencia de Guatemala* (Guatemala: 1928); y principalmente los dos aportes iniciales de la historiografía de la región, de tendencias opuestas —liberal y conservadora—: Alejandro Marure, *Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica* (Guatemala: 1837) y Manuel Montúfar y Coronado, *Memorias para la historia de la revolución de Centroamérica* (Jalapa, México: 1832).
- (4) La corriente anexionista no es homogénea. En la capital la oligarquía conservadora pretendía una independencia de España con anexión al imperio mexicano, para impedir el cambio estructural; en Chiapas y Quezaltenango, el anexionismo significa separatismo y autonomía de la capital; en Comayagua y León, se impulsa por las autoridades españolas aún bajo control de la región en busca de mantener la situación; en El Salvador se refugia la minoría republicana alimentando también un sentimiento provincial autonomista. Jorge Luján Muñoz, *Algunas apreciaciones sobre la Anexión de Centromérica a México*, Ponencia al I Congreso Centroamericano de Historia demográfica, económica y social, San José de Costa Rica, febrero de 1973, Mss. Ver también, Rafael Heliodoro Valle, *La anexión de Centroamérica a México* (México: publicaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1924); *Boletín del Archivo General del Gobierno de Guatemala*, T. IV; Chester Zelaya, *Nicaragua en la independencia* (San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana: 1970); Hernán Peralta, *Agustín de Iturbide y Costa Rica* (San José de Costa Rica: editorial de Costa Rica, 1968); Vicente Filisola, *La cooperación de México en la independencia de Centroamérica* (México: librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1911), y Carlos Meléndez Chaverri, *Textos fundamentales de la independencia centroamericana* (San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana, 1970).
- (5) En el anecdotario de esta época turbulenta, está la fallida anexión de El Salvador a los Estados Unidos, decretada por un congreso revolucionario como una defensa, —decía el decreto— contra el "imperialismo mexicano". La tensión nacionalista se refleja en una orden de la asamblea constituyente hondureña de 1825 —la primera del Estado dentro del régimen liberal— que al saber del fusilamiento de Iturbide, acordó felicitar al Estado de El Salvador. Joaquín García, *Lucha de San Salvador contra el imperio. 1821-1823* (San Salvador: Imprenta Nacional, 1940; Manuel Castro Ramírez, "La primera misión diplomática salvadoreña a Washington", en *Estudios históricos* (San Salvador: Imprenta nacional, 1941), y del mismo autor "Lo de la anexión a los Estados Unidos", en José Matías Delgado. *Padre de la patria* (San Salvador: editorial del Ministerio de Educación Pública, 1961).
- (6) La Comisión Redactora del proyecto era explícita: "Al trazar nuestro plan, nosotros hemos adoptado en la mayor parte el de los Estados Unidos, ejemplo digno de los pueblos independientes...", *Informe sobre la Constitución leída en la Asamblea Nacional Constituyente el 23 de mayo de 1824* (Guatemala: impreso por Arévalo, 1824). Ver también el excelente trabajo de archivo de Andrés Townsend Ezcurrea, *Fundación de la República. Documentos y estudios en torno a la Asamblea Nacional Constituyente de Centroamérica* (Guatemala: editorial del Ministerio de Educación Pública, 1958); sobre esta constitución y sus relaciones con el período puede verse: Laudelino Moreno, *Historia de las relaciones interestatales de Centroamérica* (Madrid: 1928); Ricardo Gallardo, *Las constituciones federales de Centroamérica* (Madrid: 1958) *idem*, "Breve estudio comparativo de la Constitución federal de los Estados Unidos de Norte América y de la primera Constitución federal de Centroamérica", en *Estudios de derecho constitucional americano comparado* (Madrid: 1961); Thomas L. Karnes, *The failure of union. Central America, 1824-1960* (Chapel Hill, 1961); Pedro Joaquín Chamorro, *Historia de la Federación de la América Central* (Madrid: 1951); Rodrigo Facio, *La Federación de Centroamérica. Sus antecedentes, su vida y su disolución* (San José: 1965); del mismo autor, *Trajectory y crisis de la Federación Centroamericana* (San José: 1949), así como las obras ya citadas de Marure, Montúfar y Coronado y Townsend Ezcurrea. Mario Rodríguez, en su monumental biografía del primer cónsul inglés en Centroamérica, hace un análisis penetrante de este cuerpo constitucional y su relación con la vida política del período, *Chatfield, Cónsul británico en Centro-América* (Tegucigalpa: editorial del Banco Central de Honduras, 1970).
- (7) Pedro Tozar Cruz, *Los montañeses. La facción de los lucíos y otros acontecimientos históricos de 1846 a 1851* (Guatemala: Editorial Universitaria, 1971); Pedro Molina, José María de Urruela y Alejandro Marure, *Proyecto de constitución para la República de Guatemala, presentado al Supremo Gobierno en julio de 1847, por la Comisión encargada de formarlo de orden del mismo supremo gobierno. Dictamen y voto razonado de Marure* (Guatemala: Imprenta de la Paz, año de 1948); *Acta constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente de 1851* (Guatemala: Imprenta de la paz, 1851); Manuel Cobos Batres, "Carrera", en *Revista Conservadora del pensamiento centroamericano*, Managua N° 63 (diciembre de 1965); El Capitán General Rafael Carrera. 1814-1865 (Guatemala: Editorial del Ejército, 1962); Luis Beltrana Sinibaldi, *Fundación de la República de Guatemala*, (Guatemala: Tipografía Nacional, 1972) y Octavio Aguilar, "Capítulos de la historia del derecho constitucional de Guatemala", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala*, Epoca III, Nos. 3 y 4 (marzo-abril-mayo-junio de 1940).
- (8) Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas* (San Salvador: Editorial Universitaria, 1951); Italo López Vallecillos, *Gerardo Barrios y su tiempo* (San Salvador: editorial del Ministerio de Educación Pública, 1967) y Ricardo Gallardo, *Las constituciones de El Salvador* (Madrid:



Ediciones Cultura Hispánica, 1961) que reproduce el texto de todas las constituciones en su sección documental.

- (9) Antonio Vallejo, *Compendio de la historia social y política de Honduras*. 2ª ed., T. I (Tegucigalpa: Tipografía Nacional, 1926); del mismo autor, *Colección de las Constituciones políticas que en la República de Honduras se han decretado en los cincuenta y seis años que lleva la independencia, comenzando por la Federal, emitida el 22 de noviembre de 1924 (sf., s.e.)*; Augusto C. Coello, *El Digesto constitucional de Honduras, 1824-1921* (Tegucigalpa: Tipografía Nacional, 1923); Rómulo Durón, *Historia de Honduras. Desde la independencia a nuestros días* (Tegucigalpa: publicaciones del Ministerio de Educación Pública, 1956) y Luis Mariñas Otero, *Las constituciones de Honduras* (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1962). El irrespeto por la norma constitucional y el abuso de la posibilidad de legitimación de poderes subalternos a través de congresos constituyentes aparece crudamente expuesta en una Carta de Gerardo Barrios el líder liberal más importante de El Salvador en el XIX, a un amigo en Guatemala: "Las Cámaras están para reunirse, y sería muy bueno que Ud. decididamente aconsejara a Santín (Presidente de la República de El Salvador en 1858) renunciara, es una creatura que no puede gobernar; todos lo conocen, y esté Ud. seguro que por unanimidad le será admitida su dimisión. Si por una fatalidad no renunciara Santín, tendríamos que convocar una Constituyente, y organizar un Gobierno provisorio para salvarnos..." Miguel Angel García, *Diccionario histórico-enciclopédico de la República de El Salvador, Barrios*. T. III (El Salvador: 1929) Págs. 486, 487.
- (10) En un Mensaje a la Constituyente, el Presidente Fruto Chamorro, explica la posición conservadora: "...la carta del 38 se emitió cuando la demagogia enseñoreada del mando y de la fuerza llenara de pavor a los hombres probos... es indispensable andar muy discreto y mesurado en la concesión de garantías individuales, pues no debe olvidarse que la imprudente profusión de ellas es una de las imperfecciones más notables y perjudiciales de la Carta que habéis venido a reformar... otra de las cosas que con exigencia necesitamos es robustecer el principio de autoridad, tan abatido y despreciado entre nosotros; éste se conseguiría dando al poder mayor expansión, mayor fuerza y consistencia y rodeándolo de cierta pompa y majestad que infundan respeto y le atraigan los miramientos que le son debidos para que no se le ultraje y vilipendie impunemente... Vamos, pues, a hacer lo uno y lo otro al templo donde se venera al Dios Omnipotente por quien mandan las potestades y los legisladores decretan sabias y justas leyes..." El texto completo de las constituciones está en Emilio Alvarez Lejarza, *Las constituciones de Nicaragua (Exposición, crítica y textos)* Prólogo de Manuel Fraga Iribarne con un capítulo complementario (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1958).
- (11) Celso Furtado, *La economía latinoamericana desde la conquista ibérica hasta la revolución cubana* (México: siglo XXI Editores, 1969) Pág. 46.
- (12) Herrick Thomas, *Constitutional development in Guatemala during the Barrios period, 1871-85, Mss.*, Jorge Skinner Klee, "La asamblea constituyente de 1872", *Estudios Sociales*, órgano del Instituto de Estudios Político-sociales de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, N° 1 (noviembre, 1970) y Jorge Mario García Laguardia, *La reforma liberal en Guatemala, Vida política y orden constitucional* (San José de Costa Rica: Editorial Universitaria Centroamericana, 1972).
- (13) Rodolfo Cerdas Cruz, *Formación del Estado de Costa Rica* (San José: publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1967); José Abdulío Cordero, *El ser de la nacionalidad costarricense* (Madrid: Editorial Tridente, 1964); Hernán Peralta, *Las constituciones de Costa Rica* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962); Oscar Aguilar Bulgarelli y Carlos Araya Pochet, "Breve reseña del desarrollo político constitucional de Costa Rica en 150 años de independencia", en *El desarrollo nacional en 150 años de vida independiente* (San José: publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1971) y últimamente, José Luis Vega Carballo, "Algunos procesos sociales y económicos en el inicio del desarrollo político de Costa Rica", *Revista de la Universidad de Costa Rica*, número extraordinario, N° 31 (setiembre, 1971) y Rodolfo Cerdas, *La crisis de la democracia liberal en Costa Rica* (San José: Editorial Universitaria Centroamericana, 1972).
- (14) John Johnson, *La transformación política de América Latina. Surgimiento de los sectores medios*. Estudio preliminar de Sergio Bagú (Buenos Aires: Librería Hachette, 1961).
- (15) "Fue después de la primera postguerra cuando en Europa se principió a tratar constitucionalmente el problema de los partidos, Robert Pelloux, "Les partis politiques dans les constitutions d'apres guerre", *Revue du Droit Public et de la Science Politique* T. LI (1934) Págs. 224-259. Sobre el constitucionalismo ver los clásicos, Mirkiné Guetzevitch, *Las nuevas tendencias del derecho constitucional* (París: 1931); Carlos García Oviedo, *El constitucionalismo de postguerra* (Sevilla: 1931). La literatura sobre el tema es profusa. Entre otros: José Gascón y Marín, "La política social en el derecho constitucional contemporáneo", *Información Jurídica*, N° 59 (Abril, 1948) Págs. 3-28; César Enrique Romero, "Esbozo histórico del estado y sus direcciones jurídicas contemporáneas. Constitucionalismo social", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina*, Año XIX, Nos. 3 y 4 (Julio-diciembre 1955) Págs. 591-621; Fernando Murillo Rubiera, "Contenido de la revolución iberoamericana", *Revista de Estudios Políticos*, N° 131 (Setiembre-octubre 1963) Págs. 269-295; Sergio García Ramírez, "Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 1, N° 1, Nueva Serie (Enero-abril de 1968) Págs. 119-162. Con referencia especial a la región ver el excelente libro de José Miranda, *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina, 1945-1956* (México: Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., 1957) y *Las cláusulas económico-sociales en las constituciones de América*, Publicaciones de la Academia de Ciencias Económicas, 2 Vls., (Buenos Aires: Editorial Losada, 1947).
- (16) Abel Cuenca, *El Salvador. Una democracia cafetalera* (México: 1962) Pág. 149 y siguientes; Edelberto Torres Rivas y Vinicio González, "Naturaleza y crisis del poder en Centroamérica", *Estudios sociales centroamericanos*, N° 3 (Setiembre-diciembre 1972) Págs. 37-81.
- (17) Hasta los partidos comunistas —que han oscilado de la década del 30 en que se fundaron, a la fecha, entre un maximalismo revolucionario y una moderada posición frentepopulista— han utilizado el marco legal que el Estado les ha formulado. Fueron legalizadas en Costa Rica —década del 40—, Guatemala —1951/53— y Nicaragua, en una concesión del dictador Anastasio Somoza padre, gracias a la mediación de Vicente Lombardo Toledano —líder marxista mexicano— en 1944.
- (18) Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 11ª ed., (Barcelona: 1970) Págs. 596 y siguientes y del mismo autor su ya clásica obra, *Partidos Políticos* (México: fondo de Cultura Económica, 1956).



- (19) Paradójicamente, en sentido económico, los conservadores eran más liberales que los liberales, pues defendían meticulosamente los principios del "laissez faire", en tanto que los últimos al llegar al gobierno, impulsaron programas de modernización con enérgica intervención estatal.
- (20) En Guatemala, de 1879 a 1945; en El Salvador, de 1886 a 1950; en Nicaragua, de 1893 a 1948; en Costa Rica, de 1871 a 1949.
- (21) Ubico gobierna Guatemala de 1931 a 1944; Tiburcio Carías, Honduras, de 1930 a 1948; Hernández Martínez, El Salvador, de 1931 a 1944.
- (22) Mario Monteforte Toledo, *Centroamérica. Subdesarrollo y dependencia*, T. II (México: 1973) Págs. 17 y siguientes.
- (23) Gabriel Aguilera Peralta, *La violencia en Guatemala como fenómeno político* (Cuernavaca: C.I.D.O.C., 1971); Alejandro del Corro, *Guatemalas la violencia* (México: C.I.D.O.C. 1968). También José Luis Balcarcel, "Crítica de la situación crítica de Guatemala", *Sobretiro de Cuadernos Americanos* (Enero-febrero de 1971) Págs. 7-44.
- (24) "Los partidos políticos en América Latina suelen ser no sólo una maniobra para demostrar la plena posibilidad de la "democracia representativa", sino un instrumento eficaz para lograr la movilización de las masas sin que participen en las decisiones políticas", Juan Francisco Ruiz Massieu, *Normación constitucional de los partidos políticos en América Latina* (México: U.N.A.M., en prensa).
- (25) Para la elaboración del cuadro tomamos como guía la fórmula propuesta en Marta Cehelsky, *Election factbook*. Guatemala (Washington: Institute for the Comparative Study of Political Systems, 1966). Lo sofisticado de la vida política, lo indica el hecho de que las dos últimas elecciones generales fueron ganadas por la oposición: en 1966, por una coalición de centroizquierda que mediaticada por el ejército hizo un gobierno de centroderecha que permitió una escalada brutal de la contrainsurgencia que alcanzó a la izquierda en su conjunto; y en 1970, por una coalición de extrema derecha. Al momento de redactar este trabajo, se realiza un proceso electoral con participación de los únicos partidos inscritos: Partido Institucional Democrático y Liberación Nacional, que mantienen su coalición derechista en busca de continuar en el poder; el desplazado Partido Revolucionario que se empeña en mantener una posición solitaria en el centro-derecha y la Democracia Cristiana que encabeza un Frente Nacional de Oposición aglutinando a todos los grupos no inscritos de la izquierda y una ala disidente del Partido Revolucionario. Los tres candidatos presidenciales han sido seleccionados entre la alta oficialidad del ejército.
- (26) Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional* (Madrid: Editorial Tecnos, 1965) Pág. 720; Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1965) Págs. 442 y siguientes.
- (27) Hamilton, Madison y Jay, *El Federalismo o la nueva constitución* (México: Fondo de Cultura Económica, 1943) Págs. 35-36. Los convencionales manifestaron un general recelo contra los partidos considerados "facciones". Se creyó encontrar una incompatibilidad entre la constitución, considerada como un instrumento para lograr el bien común general, y los partidos, núcleos representativos de los intereses particulares. "Era una rivalidad entre juristas y políticos, entre un sistema institucional eminentemente legalista y unos elementos políticos que se movían fuera —no en contra— del campo delimitado del derecho".
- José María Gil Robles, "Asociaciones políticas", *Por un estado de derecho* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1969) Pág. 118.
- (28) "A los electores del partido de esta capital en contestación al folleto que publicaron con fecha 3 del corriente", *El editor constitucional*, Ciudad de Guatemala, lunes 16 de octubre de 1820, N° 16, folio 119.
- (29) "Mociones de octubre de 1823. Asamblea Nacional Constituyente de Centroamérica", *Archivo General de Centroamérica*, B6.2, expediente 2456, legajo 91.
- (30) *Diario de sesiones de la asamblea constituyente de 1879* (Guatemala: Tipografía Nacional, 1927).
- (31) Muchas causas parecen entrelazarse para explicar este fenómeno: tradición indígena de cacicazgo; organización feudal y oligárquica de la sociedad; militarismo político nacido de las guerras nacionales; crisis europea del régimen liberal con el fortalecimiento de regímenes autoritarios en Italia, Alemania y después España; y el apoyo norteamericano a gobiernos fuertes para garantizar las cada vez más importantes inversiones. Jaime Delgado, "El mundo político del Caribe. 1930-1959", *Revista de estudios políticos*, N° 108 (noviembre-diciembre de 1959) Págs. 147-178.
- (32) Manuel Escobar, *Derecho constitucional nicaragüense*, (Granada; Nicaragua: 1943) Págs. 81-83.
- (33) De otra opinión es José Miranda: "Hasta la terminación de la segunda guerra mundial no se perfila claramente en el panorama constitucional la tendencia que tiene como mira escudar o proteger la democracia; pues si bien hallamos en las Constituciones latinoamericanas preceptos que seguramente obedecían a ese propósito... lo cierto es que se rehuye la expresa enunciación de lo defendido en relación con los medios puestos al respecto, y que, a causa de ello, cabe abrigar la duda de si con los referidos preceptos no se perseguían fines de otra índole", *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina. 1945-1956* (México: Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., 1957) Págs. 264-265.
- (34) *Reforma constitucional de 1935. Antecedentes. Texto taquigráfico de los debates sostenidos en la Comisión de la Constituyente que abrió dictamen sobre la materia* (Guatemala: Tipografía Nacional, 1935) Pág. 14. En la discusión del pleno, no se discutió el tema central y se aprobó el artículo después de una simpática discusión sobre la masonería como organización "secreta", que parece obsesionaba a los diputados. Págs. 222-229.
- (35) "Ni la Constitución de 1941, ni la de 1904, ni las anteriores parecen reconocer la realidad de los partidos políticos. Siguiendo la tendencia de las Constituciones latinoamericanas de esta última década, la Constitución de 1946, reconoce la influencia de los partidos políticos en la esfera legislativa y administrativa, se asienta la libertad para formarlos y se establecen las normas sobre su constitución". Jorge Fábrega, *Ensayo sobre historia constitucional panameña*, Panamá: s.e., 1965) Pág. 68. Sobre el desarrollo del constitucionalismo panameño ver: Erasmo de la Guardia; "Evolución constitucional panameña y algunas observaciones prácticas", *Revista Universidad*, Panamá, Nos. 29 y 30 (1951); Víctor Goytia, *Las constituciones de Panamá*, (Madrid; Ediciones Cultura Hispánica, 1954); *Constituciones de la República de Panamá*, (Panamá: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1968) y un reciente trabajo que comenta la última constitución de Humberto



- (36) Una ampliación significativa de este derecho, no modificaría sustancialmente su reconocimiento, como algún tratadista ha llamado la atención en la Constitución italiana "La disposición del Art. 49 constitucional (que se refiere escuetamente a los partidos) nada agrega y nada quita a la consabida libertad de asociación" G. Ballardare Pallieri, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., (Milano. Giuffoeditore, 1953) Pág. 338.
- (37) *Resoluciones del Consejo Central de Elecciones. 1965-1968.* (San Salvador: Imprenta Nacional, s.f.) Prohibición expresa que meticulosamente se recoge en las leyes ordinarias: Ley electoral de 6 de junio de 1960 en Honduras, Arto. 14; Decreto Ley 387 de 4 de noviembre de 1965 en Guatemala, Artos. 20 y 30; Ley Electoral de 12 de setiembre de 1961 en El Salvador, Artos. 20 y 16.
- (38) El artículo 15 inciso 1º del Código Civil, de Guatemala, establece que son personas jurídicas las instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley.
- (39) Edmundo Vázquez Martínez, "Los partidos políticos en el derecho guatemalteco", *El Imparcial*. Guatemala, agosto de 1973. "Se insiste en la importancia de su misión: dar al Estado su gobierno; se señala la insuficiencia de la personalidad jurídica privada para los partidos y de aquí que el legislador les inviste de esta otra...", Pedro Frías, *El ordenamiento legal de los partidos políticos* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944) Pág. 57.
- (40) Honduras exige 15,000 afiliados (Arto. 19 del Dto. 118 de 4 de noviembre de 1966); El Salvador, 2,000 (Arto. 22 del Dto. 292 de 12 de setiembre de 1961) y Costa Rica, 25,000 (Arto. 57 del Código Electoral de 10 de diciembre de 1952). Ver también Ley electoral de 20 de abril de 1955 en Nicaragua y Ley Electoral y de Partidos Políticos, Dto. Ley N° 387 de 23 de octubre de 1965 en Guatemala.
- (41) La Comisión redactora del proyecto constitucional, iba aún más lejos, porque atribuía a los partidos, incluso la designación de candidatos a los cargos de gobierno local, *Diario de sesiones de la Comisión de los Veinticinco, Mimeo.*, Archivo del Congreso de la República de Guatemala. El punto de vista de los constituyentes se expresa claramente en la presentación que el delegado de la Comisión redactora hizo al pleno donde dijo: "...tuvo el criterio la Comisión de darles el mayor vigor posible a los partidos, concibiéndolos como una primera instancia y un primer acto, tanto del Gobierno de la República, como medio también, a la vez, de expresión y de polarización de la opinión ciudadana; si los ciudadanos no se expresan a través de los partidos... no existe opinión coherente, plasmada suficientemente, integrada, para hacerse valer y para hacerse escuchar... se ha considerado que para lograr el efectivo crecimiento del sistema democrático en la República, es menester la activa participación de los partidos..." *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente de 1965-1966*, Archivo del Congreso de la República de Guatemala, *Mimeo.*
- (42) "Texto íntegro del Convenio patriótico suscrito entre los Presidentes de las Juntas Directivas Nacionales y Legales de los Partidos Históricos Conservador de Nicaragua y Liberal Nacionalista, Dr. Fernando Agüero Rocha y General Anastasio Somoza D., respectivamente, Convenio Político cuya firma se llevó a cabo en el Teatro Nacional Rubén Darío, el día 28 de marzo de 1971", *Mimeo.*

Si se cumplen disposiciones del pacto en la nueva constitución que se discute, la inducción al sistema bipartidista quedará aún más clara, ya que se estatuye forma de nombramiento, por los partidos, incluso de miembros del poder judicial en todas sus escalas.

- (43) Pueden considerarse, de acuerdo con Biscaretti, como órganos auxiliares del Estado, "entes o individuos, que, basándose en títulos jurídicos muy diversos entre sí, despliegan actividades que concurren a la concreta consecución de fines estatales, precisamente en línea auxiliar o complementaria de otras, pre-valentes, desarrolladas con tal fin por el mismo Estado... lentamente, por su aportación a la vida constitucional (al encuadrar en grupos organizados a los ciudadanos, al contribuir de diversos modos al cumplimiento de las interpelaciones electorales, al influir sobre la actividad de los parlamentos en las Cámaras, etc.) se convirtieron en auténticos sujetos auxiliares del Estado simplemente presupuestos por éste y a veces, en cambio, considerados directamente... en algunos ordenamientos, a pesar de que ejercen funciones públicas, más o menos explícitamente, no pasan de ser asociaciones privadas (carentes, como tales, en Italia, de personalidad jurídica), en otros, se convierten, en entes públicos, de puro carácter constitucional (como sucedía por ejemplo, de modo evidente, en los llamados Estados autoritarios de partido único", *Op. cit.*, Págs. 207 y 212.
- (44) Típico es el caso de Guatemala. El régimen constitucional y legal se ha utilizado para controlar la existencia y coaccionar la actividad legal de los partidos, negando la inscripción persistentemente de grupos orgánicos y amplios de oposición. Del cuadro incluido en este estudio, únicamente están inscritos cuatro partidos: los dos derechistas de gobierno, el Revolucionario y la Democracia Cristiana. Un memorándum secreto —que se filtró a la prensa— del Presidente del Congreso y líder civil de gobierno, expresa con especial crudeza los aspectos de la manipulación en el proceso electoral que se resolverá en marzo de 1974, Clemente Marroquín Rojas, "Nosotros no alteramos documentos", *La Hora*, 21 de julio de 1973. De especial riqueza, que avala nuestra afirmación, son los expedientes de inscripción y rechazo de partidos del Registro Electoral. En el Memorándum a que nos referimos antes se expresa nítidamente el mecanismo empleado para impedir la inscripción de uno de los partidos, *Unidad Revolucionaria Democrática*, que pugna por lograrla desde 1960 en que fue fundada por un grupo de intelectuales de centro-izquierda: "Desde hace algunos meses en discusión de alto nivel en el gobierno, se mantuvo la tesis de no otorgar el permiso para su funcionamiento como Comité pro formación de partido político, desde el Presidente hasta casi todo el Ejecutivo (como es natural). La argumentación sostenida por mí sobre la base que era conveniente dar el permiso por una serie de razones (que someramente le expongo se aceptó y con motivo de la desaparición de los dirigentes del P.G.T. (Partido Comunista de Guatemala), yo fui de los que forzaron a que se diera el permiso. Las ideas mías eran primero: ver el grado de fuerza que podía tener Colom Argueta (líder del partido). Segundo: fomentar división entre la izquierda ya que su afiliación la tendría que obtener de los partidos de izquierda, quitándole gente a la D.C. (Democracia Cristiana) y P.R. (Partido Revolucionario). Tercero: conocer quiénes eran sus elementos públicamente. Cuarto: Hacerlos gastar dinero y esfuerzos, y Quinto: teniendo siempre la posibilidad de que al llenar el cupo de cincuenta mil en los seis meses, el Registro Electoral en la depuración de cotejo, podría pararlo y allí obstaculizarlo definitivamente. Estas razones y una exposición más completa que hice provocó que prevaleciera mi opinión ante atención que puso el Presidente Arana, a quien noto con mucho más, pero mucho más sentido de sensibilidad política que otrora".



## EL REGIMEN PRESIDENCIAL COSTARRICENSE

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Q.  
Prof. de Derecho Constitucional.



El presente trabajo versa sobre el régimen presidencial costarricense a la luz del texto constitucional.

Es importante señalar que este estudio puede ser enfocado con base en la práctica, es decir, tal y como se manifiesta en la vida política, fundamentalmente. Sin embargo, consideramos que tal estudio escapa a nuestro interés inmediato; corresponde más bien a la ciencia política.

En general, los países de América Latina han organizado la actividad del Estado bajo el régimen presidencial. La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 fue dominante. Muchas de las Constituciones de los Estados Latinoamericanos se inspiraron directamente en la Constitución de los Estados Unidos: la de Venezuela de 1811, la de Méjico de 1824, la de la Federación Centroamericana de 1825 y la Argentina de 1826.<sup>(1)</sup>

Por otra parte, las experiencias parlamentarias en América Latina fueron breves y sin éxito.<sup>(2)</sup>

Costa Rica no escapa a esta regla. En la Historia constitucional se advierte la presencia del régimen presidencial. La Constitución de 1871 presentaba características de un régimen presidencial. Esta Constitución influyó decisivamente en la Constitución de 1949 que, con modificaciones, nos rige actualmente.

La Constitución de 1949 presenta, sin embargo, algunas características de los regímenes parlamentarios: la moción de censura, y las interpelaciones a los Ministros.

En todo caso, el artículo 9 de la Constitución Política incorpora el principio de separación de poderes, prohibiendo la delegación, con lo que reafirma uno de los principios fundamentales del sistema presidencial: el principio de separación de poderes.

Es importante advertir, que la aprobación de este artículo constitucional no fue unánime. Cuando la Asamblea Nacional Constituyente discutía el principio de separación de poderes, el Lic. Baudrit Solera afirmó que era un error consignarlo en la Constitución, por

(1) Lambert, J., *Amérique Latine, Structures Sociales et Institutions Politiques* P.U.F. Paris, 1968, p. 347.

(2) Al respecto, el profesor Lambert afirma: "Haití adoptó el régimen parlamentario en 1806, 1843, 1959 y 1967, Honduras 1925 y 1931, Bolivia en 1931-1937, Venezuela en 1957 y aun la experiencia más duradera, la de Chile de 1891 a 1925 dejó un mal recuerdo. Solamente Brasil pudo vivir bajo un régimen parlamentario.



cuanto el principio lógico establecía una colaboración armoniosa entre los poderes o la inexistencia de subordinación de un poder sobre el otro. (3)

Es necesario afirmar que la práctica constitucional ha marcado una evolución en cuanto ha permitido la relación entre los poderes a través de los partidos políticos. (4)

En efecto, la existencia de una mayoría parlamentaria perteneciente al mismo partido que domina el Poder Ejecutivo, hace prácticamente inexistente la división de Poderes.

Finalmente cabe advertir que el régimen presidencial costarricense presenta características particulares que lo alejen de un régimen presidencial clásico. Estas características serán objeto de nuestro inmediato análisis.

### Sección I.—Las características del régimen.

El sistema presidencial costarricense se caracteriza por los aspectos siguientes:

1º La elección del Presidente de la República por sufragio universal. Este medio de elección le asegura al Presidente un prestigio igual al del Parlamento, elegido también en sufragio universal, aunque existe una diferencia en cuanto al grado de representatividad del Parlamento en relación a la del Poder Ejecutivo. El Parlamento por ser tribuna de todos los partidos políticos, representa un 99% del electorado nacional, mientras que el Poder Ejecutivo representa un tanto por ciento mucho menor; en el presente caso, el Gobierno del Presidente Oduver es del 43% del electorado.

(3) Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo II, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, Acta N° 88, p. 323.

Sobre el principio de separación de poderes, véase Carré de Malbert, R. "Contribution a la Théorie Générale de l'Etat, Tomo I, Librairie de la Société de Recueil Sirey, 1920, p. 11 y ss., quien considera que la soberanía es una e indivisible y no puede ser fraccionada. Asimismo, léase a Burdeau, Georges "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, I. G. D. J. 1972, página 138, quien afirma que el principio de separación de poderes debe considerarse como una técnica política y no un dogma de filosofía política como lo consideraron los hombres de la Revolución Francesa. Autores como Loewenstein, Duverger, Bourjol, Vedel y otros autores modernos también critican la teoría de la separación de poderes.

(4) Al respecto, George Vedel afirma: "...Los problemas del Jefe de Estado no son los problemas de sus relaciones con el Parlamento en tanto tal o con otros órganos del Estado como el rey. Los verdaderos problemas son los problemas de relaciones con su partido y estas relaciones de su partido con la masa de los electores. Por otra parte, en la medida en que esta dominación temporal de un partido político sobre el gobierno del Estado no será realizada, el poder no será separado, dividido entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino más bien entre los partidos políticos, sin distinción del cuadro en el cual esta división exista". (Vedel, Georges, Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, p. 173).

No obstante lo anterior, ambos son electos por el pueblo y con ello se aseguran ambos poderes, un origen popular.

2º Como consecuencia de lo anterior, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo están en un plano de igualdad por ese origen popular. El texto constitucional reafirma lo anterior: de acuerdo con los artículos 130 y 105 ambos Poderes están investidos de un carácter popular. El artículo 130 señala que el Poder Ejecutivo es ejercido, en nombre del pueblo, por el Presidente de la República y sus Ministros en calidad de colaboradores.

Por otra parte, el artículo 105 establece:

"La potestad de legislar reside en el pueblo el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa".

De conformidad con estos dos artículos, ambos poderes tienen una representación popular, en mayor o en menor medida.

Cabe preguntarse: cuál es el alcance de la expresión "el pueblo delega"? Existe un mandato de representación propio del derecho privado? En consecuencia, debe el representante hacer todo aquello que le ordene el representado? O más bien consideran ustedes que el Diputado es libre de actuar?

Un autor francés nos da esta respuesta: la expresión el pueblo "delega" hay que entenderla como "el pueblo designa". (5)

3º El tercer aspecto consiste en una estricta repartición de competencias entre los dos Poderes que emanan del principio de separación de Poderes. Esta repartición permite a ambos poderes tener una independencia. Sin embargo, a pesar de no existir medios de acción de un Poder sobre el otro, en el sentido del régimen parlamentario, existen ciertos medios de acción muy importantes.

La Constitución de 1949 creó por primera vez una institución que acerca a nuestro régimen parlamentario. Los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente introdujeron la moción de censura y las interpelaciones a los Ministros. Sin embargo, esa disposición fue redactada de una manera incompleta, por cuanto los constituyentes no establecieron ninguna sanción.

Además de ese caso de acción de un Poder sobre el otro, existen otros medios constitucionales y políticos de influencia de un Poder sobre el otro. Esos medios de acción serán estudiados en la segunda parte de este capítulo, por ahora vamos a analizar los aspectos que garantizan una independencia de un poder sobre el otro.

#### A.—Independencia del Poder Ejecutivo:

La elección del Presidente por sufragio universal constituye un elemento que le garantiza una gran independencia en relación con el Poder Legislativo.

(5) M. Prélot, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Précis Dalloz, Troisième Edition, 1963, p. 399.



El Presidente de la República ha sido investido directamente por el pueblo y de esta manera, no puede ser destituido por ningún Poder. El Presidente es políticamente irresponsable, salvo las excepciones que establece la Constitución.

El Presidente de la República no es responsable como lo es un Primer Ministro en un régimen parlamentario.

¿Qué tipo de responsabilidad tiene el Presidente de la República y sus Ministros?

Para responder a esta pregunta es necesario afirmar en primer lugar que el contenido de la responsabilidad del Presidente no está determinado ni definido por la Constitución. Esta última lo que hace es mencionar una lista de casos donde existe responsabilidad del Presidente y de sus Ministros. La única distinción que establece la Constitución es entre la responsabilidad que no implica delito y la responsabilidad penal. La primera solamente se aplica en el ejercicio de sus funciones y un año después de abandonar el cargo.

El artículo 148 de la Constitución afirma: "El Presidente de la República será responsable del uso que hiciere de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva". Este primer párrafo nos dice únicamente que el señor Presidente es responsable del uso que hiciere de las atribuciones constitucionales en forma exclusiva. Sin embargo, no menciona qué tipo de responsabilidad tiene el Presidente y cuál es la sanción si hace mal uso de esas atribuciones.

El artículo 148 continúa diciendo: "Cada Ministro de Gobierno será conjuntamente responsable con el Presidente, respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos". Se establece, pues, la responsabilidad de los Ministro conjunta con el Presidente, sin señalar qué tipo de responsabilidad y su sanción.

Finalmente, el artículo 148 establece: "La responsabilidad por los actos del Consejo de Gobierno alcanzará a todos los que hayan concurrido con su voto a dictar el acuerdo respectivo". En esta parte del artículo se establece una excepción a aquellos Ministros que no hayan votado, o que hayan votado en contra. Ahora bien, cabe plantearse la situación de que una decisión se tome sin votación, en Consejo de Ministros. En primer lugar, sería dudosa su validez por faltar un requisito esencial del procedimiento, pero de todas maneras cabe preguntarse: ¿Qué responsabilidad le cabe a los Ministros que ni siquiera conocían de qué se trataba la decisión.

El artículo 149 señala los casos en que existe responsabilidad del Presidente y del Ministro de Gobierno que hubiere participado:

1.—Cuando comprometan en cualquier forma la libertad, la independencia política o la integridad territorial de la República;

2.—Cuando impidan o estorben directa o indirectamente las elecciones populares o atenten contra los principios de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia o de la libre sucesión presidencial, o contra la libertad, orden o pureza del sufragio;

3.—Cuando impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa, o coarten su libertad e independencia;

4.—Cuando se nieguen a publicar o ejecutar las leyes y demás actos legislativos;

5.—Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial, o coarten a los tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión, o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que corresponden a los organismos electorales o las Municipalidades;

6.—En todos los demás casos en que por acción u omisión viole el Poder Ejecutivo alguna ley expresa".

Una análisis rápido del artículo nos hace comprender que el primer inciso hace referencia a la integridad del territorio, la independencia política del Estado. Es una responsabilidad derivada de su condición de Jefe de Estado. Este artículo se relaciona directamente con los artículos 1, 2, 3, 4, 6 y 7 de la Constitución, que determinan la naturaleza del Estado costarricense y su soberanía. La responsabilidad derivada de los actos que contempla el artículo 149 inciso e) es política y su sanción no está señalada por la Constitución. El artículo siguiente habla de responsabilidad penal y no penal y de la oportunidad de reclamarse la responsabilidad por hechos que no impliquen delito. El artículo 151, nos habla del procedimiento que se debe seguir para la formación de causa penal, afirmando este artículo, que dichos funcionarios no podrán ser perseguidos, ni juzgados sino después de que, en virtud de acusación interpuesta, haya declarado la Asamblea Legislativa haber lugar a formación de causa penal.

En consecuencia, no se establece en todo el capítulo V, la sanción del Presidente y de sus Ministros.

Los incisos 3 y 4 se refieren a actos que impidan el funcionamiento del Poder Legislativo y la falta derivada de no publicar las leyes o dejarlas sin ejecución. Cuántas leyes no se ejecutan por diversas razones en Costa Rica y sin embargo, no existe ninguna sanción para el Poder Ejecutivo? Cuando la Asamblea Legislativa aprueba, por satisfacer a los electores, una serie de leyes que son inaplicables, qué responsabilidad cabría al Poder Ejecutivo por su inejecución?

El inciso 2) del mismo artículo 149 hace referencia a la intervención del Poder Ejecutivo en las elecciones. La razón de este inciso es posible explicarla por las intervenciones que, con anterioridad a la Constitución actual, tenía el Poder Ejecutivo en las elecciones.

El inciso 5 del artículo 149 establece la responsabilidad de quienes ejercen el Poder Ejecutivo por obstaculizar el funcionamiento del Poder Judicial, de las Municipalidades y el Tribunal Supremo de Elecciones.

Finalmente, el artículo 149 en su inciso 6 señala la responsabilidad de quienes ejercen el Poder Ejecutivo por violación de ley expresa.



En consecuencia, cabe plantarse si al Presidente y a los Ministros por violación de una ley se les puede sancionar de conformidad con los artículos 148, 149, 150 y 151?

A respecto, es importante lo que señala el Lic. Eduardo Ortiz: "El estado, en otras palabras, es responsable con base en los artículos 9 y 41 de la Constitución Política, siempre que haya falta de servicio, sea cual fuere el autor del daño o la función desempeñada. Pero sólo es corresponsable también el funcionario, por esas mismas faltas cuando se trata del Presidente y Ministro en uso de potestades constitucionales. Esto sólo basta para probar que nuestra constitución tampoco acepta la llamada doctrina del órgano, incompatible con una simultánea responsabilidad ante la víctima de dos personalidades jurídicas distintas e independientes, el Estado y el servidor público coimponente del agravio. Sí, pues, ambas culpas coexisten, es porque, en el caso del Presidente y del Ministro al menos, se supone que estos son personas frente al Estado y no simples partes o elementos de su organización, que pueden actuar y responsabilizarse por su cuenta, sin perjuicio de la paralela sujeción del Estado mismo". (6)

Finalmente, el profesor Ortiz afirma: "Se confirma, con ello, la fuerza de la interpretación ya dada de los artículos 9 y 41 de la Constitución, como creadores en Costa Rica de una responsabilidad objetiva del Estado, similar a la de los comitentes en el C. Civil y susceptible de regirse por iguales principios que ésta". (7)

El Lic. Eduardo Ortiz nos habla de la responsabilidad general del Estado, frente a los particulares. El artículo 148 de la Constitución hace referencia a la responsabilidad política. Esta responsabilidad política está mal enfocada en nuestra Constitución por cuanto no se establece sanción a la misma. Sin embargo, la Asamblea Legislativa podría plantearla con base en las disposiciones constitucionales antes analizadas. Todavía más, de acuerdo con el artículo 148 y siguientes, por violación de una ley, podría imputársele responsabilidad política al Presidente y a los Ministros.

Cabe preguntarse si la salida del Presidente de la República del país, sin la autorización del Parlamento, conlleva, con base en el artículo 148 y siguientes, alguna sanción. ¿Qué tipo de sanción podría aplicársele si ella no está contemplada en la Constitución? ¿Qué órgano lo sancionaría? Nada resuelve nuestra Constitución.

Hasta el momento no se ha impuesto ninguna sanción al Presidente ni a los Ministros, todo lo que ha contribuido a que la irresponsabilidad del Poder Ejecutivo frente al Legislativo haya sido la nota constante desde la aplicación de la Constitución actual.

En conclusión, la independencia del Poder Ejecutivo en relación con el Poder Legislativo ha estado garantizada por su elección popular, universal, y por la irresponsabilidad frente al Parlamento.

(6) Ortiz, Eduardo, Derecho Administrativo, Tomo II, textos mimeografiados, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 50.

(7) Ibidem.

Los mensajes anuales del Presidente como medio de informar al Parlamento permiten un cierto control de la actividad del Poder Ejecutivo.

### B.—Independencia del Poder Legislativo:

La independencia del Poder Legislativo está garantizada por la ausencia en nuestra Constitución del derecho de disolución del Parlamento por parte del Presidente de la República.

Por otra parte, el Parlamento goza de una gran libertad en el ejercicio de sus funciones, principalmente cuando aprueba una ley y cuando aprueba el presupuesto general de la República.

La planificación exige una mayor coordinación entre los órganos y limita la independencia del Poder Legislativo, pero en todo caso, en nuestro criterio, debe existir aprobación legislativa al plan.

En último término, los Diputados tienen garantizada, constitucionalmente, su libertad, a través de la inmunidad parlamentaria.

- a) El Presidente de la República no tiene el derecho de disolver el Parlamento:

Tal institución pertenece al sistema parlamentario. En el sistema parlamentario, el Presidente, cuando por ejemplo la Asamblea no aprueba la política de su gobierno o cuando aquélla impide la nominación de un gobierno, disuelve el Parlamento y convoca a nuevas elecciones.

En el régimen parlamentario es posible que los diputados sean reelectos y que la Asamblea obtenga una mayoría parlamentaria contraria a la política del Presidente de la República. En tal caso, se interpreta constitucionalmente que el Presidente ha perdido la confianza del pueblo y, en consecuencia, debe de renunciar. Sin embargo, no siempre ocurre así.

En el sistema presidencial, en cambio, los Diputados son electos por un cierto tiempo y su mandato termina cuando ese tiempo haya expirado. Este aspecto garantiza a los Diputados más libertad en el ejercicio de sus funciones.

- b) La aprobación de la ley y del presupuesto.

La ley es aprobada sin la intervención del Poder Ejecutivo y su contenido es, generalmente, ilimitado.

El Poder Ejecutivo si bien es cierto que interviene gracias a su derecho de iniciativa, mientras la ley se encuentra en su etapa de aprobación, no puede jurídicamente intervenir. Afirmamos jurídicamente porque en la práctica, en razón de la existencia de partidos políticos, el Poder Ejecutivo interviene en una forma decisiva.

En cuanto al presupuesto, el Parlamento lo aprueba. En Costa Rica sabemos bien que los diputados introducen todas las modificaciones que ellos estimen pertinentes.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



En este sentido, el presupuesto es un instrumento que le garantiza una gran independencia al Poder Legislativo, en Costa Rica.

Finalmente, la Asamblea Legislativa dicta su propio reglamento. En otras palabras, la Asamblea Legislativa tiene la potestad de organizarse como ella lo desee, seguir el trámite de discusión en Comisiones que estime pertinente. No puede, vale decirlo, alterar el procedimiento de la ley que le fija la Constitución: el procedimiento de tres debates.

Esta atribución del Poder Legislativo es de índole administrativa.

### c) La independencia de los Diputados:

El hecho de que los Diputados sean elegidos por sufragio universal les da una gran independencia en relación al Poder Ejecutivo.

En primer término, los diputados no dependen del Poder Ejecutivo ni por su nombramiento ni por su posibilidad de revocación, por cuanto en el sistema presidencial, el Poder Ejecutivo no puede revocar el nombramiento de los diputados ni colectivamente, mediante la disolución, ni individualmente.

En segundo lugar, en virtud de su elección popular, el diputado representa los ciudadanos; pero su carácter representativo no los liga jurídicamente con los ciudadanos. Este aspecto le da una gran independencia en relación con el Poder Ejecutivo, y reafirma su papel de representantes de los ciudadanos frente a la Administración.

En último término, la situación particular de los diputados les confiere una gran independencia respecto del Gobierno, por cuanto ellos (los diputados) están al abrigo de las persecuciones, aun judiciales, gracias al sistema de las inmunidades parlamentarias.<sup>(8)</sup>

## SECCION II

### LA TENDENCIA HACIA UN REGIMEN SEMIPARLAMENTARIO

Vamos a ver cómo los medios de acción del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y viceversa alejan un poco el Sistema Presidencial costarricense, de un sistema presidencial clásico.

Cuando se discutía la actual Constitución, los miembros de la Comisión Constitucional propusieron un régimen semiparlamentario

(8) Sobre este aspecto, ver M. Ameller, "Les Parlements", P.U.F. 1968, París, Francia, p. 65; M. Prébot, Institutions Politiques et droit Constitutionnel, Précis Dalloz, París, France, 1963, p. 708 y 709. Pietro Virga, diritto Costituzionale, Milano Dott. A. Tiffré Editore. 1971, p. 209.

que no tuvo aceptación por la Asamblea Nacional Constituyente. Como resultado de esa inaceptación, se llegó, como lo vamos a ver, a un sistema muy particular, donde el Poder Ejecutivo quedó bastante debilitado constitucionalmente, mientras el Poder Legislativo conservó sus atribuciones.

Vamos a analizar los medios de acción de un poder sobre el otro, por cuanto esos medios constituyen el eje del sistema y la manera como esos medios se organizan y funcionan le dan las características constitucionales al sistema.<sup>(9)</sup>

### A. Los medios de acción del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo:

Es necesario mencionar la importancia que tales medios tienen especialmente cuando el Poder Ejecutivo se encuentra situado frente a una mayoría parlamentaria contraria a su política, por cuanto el Presidente de la República tiene el apoyo de una mayoría parlamentaria, las decisiones son tomadas dentro de un mismo partido, sin que haya grandes enfrentamientos políticos.

Cabe aclarar que los medios de acción se pueden ejercer directamente, como la iniciativa de las leyes, el veto, el mensaje presidencial dirigido al Parlamento y la convocatoria a sesiones extraordinarias; o de una manera indirecta por los partidos políticos o por la opinión pública a través de la prensa, radio y televisión.

#### a) La iniciativa de las leyes:

El Poder Ejecutivo posee la iniciativa de las leyes en todo momento; es decir, en el período de sesiones extraordinarias y ordinarias.

En general, las constituciones latinoamericanas reconocen al Presidente el derecho de tomar la iniciativa de las leyes, aspecto que también le reconoce a los diputados, sin embargo estos últimos únicamente en el período de sesiones ordinarias. De ahí que la doctrina haga una distinción entre proyectos de ley que emanan del Poder Ejecutivo y proposiciones de ley que provienen de los diputados.<sup>(10)</sup>

Esta distinción, sin embargo, no aparece en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. El reglamento habla de "proyectos de ley", refiriéndose a textos de origen parlamentario y de origen gubernamental.

En todo caso, el anterior aspecto muestra una diferencia entre los regímenes constitucionales de América Latina y el régimen presidencial clásico de los Estados Unidos. No obstante lo anterior, las consecuencias prácticas son las mismas, por cuanto el Presidente de

(9) Toinet, Marie France, Le Congrès des Etats Unis., Collection S.U.P. 1<sup>a</sup> édition, 1972, p. 6.

(10) Lambert, Jacques, op. cit. supra nota 1, pág. 430.



los Estados Unidos posee de hecho la iniciativa, gracias a su partido político.

b) El veto:

La Constitución Política confiere al Presidente de la República este medio que le permite oponerse a un texto aprobado por el Parlamento. El Presidente se puede oponer a la totalidad del texto o a una parte del mismo.

En la Constitución costarricense y, de una manera general, en casi todas las constituciones latinoamericanas, el derecho de veto presenta características diferentes de aquellas que presenta el veto norteamericano.

Al respecto, el profesor Lambert señala que el veto parcial es un medio de acción mucho más completo y flexible que el veto total.<sup>(11)</sup>

El veto es, en Estados Unidos, un instrumento puramente negativo: él impide que el Poder Legislativo sea despótico en sus decisiones.

En América Latina, el veto presenta dos características diferentes de aquel de los Estados Unidos: en virtud del veto parcial el Poder Ejecutivo puede oponerse a una cláusula o una parte del texto y de otra parte, él puede proponer su modificación.

El veto parcial existe en Costa Rica y permite, de esa manera, el establecimiento de una cierta colaboración entre los dos Poderes. En efecto, el Poder Ejecutivo puede oponer el veto a una parte del texto: un capítulo, un artículo, etc. sin rechazar la totalidad del mismo.

Frente a esta posibilidad del Poder Ejecutivo, el Parlamento puede rechazar o aceptar la modificación propuesta por el Poder Ejecutivo. Si el Parlamento no acepta la modificación total o parcial del texto, para aprobarlo de nuevo y así resellarlo, necesita del voto de 38 diputados, es decir dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

— Los límites del veto:

El veto se puede oponer únicamente a la ley. Los otros actos legislativos escapan al veto.

Sin embargo, el principal límite al veto lo constituye el Presupuesto. De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, el proyecto que aprueba el presupuesto no puede ser objeto de veto, aunque el Presupuesto se a considerado por la misma Constitución como una ley (art. 179).

Este límite es el más importante por cuanto el gobierno no posee ninguna arma contra la aprobación del Presupuesto, y, sobre todo, porque el Poder Legislativo puede restringir libremente los gastos y, también, aumentarlos, con solo determinar las fuentes económicas.

(11) Ibid. pág. 431.

La situación del Parlamento en este extremo es particularmente privilegiada. El Poder Ejecutivo se encuentra en una situación difícil cuando él debe desarrollar programas y una mayoría parlamentaria contraria a su política, modifica las disposiciones presupuestarias.

El segundo límite es el tiempo. El veto debe oponerse dentro de los diez días siguientes contados a partir de la fecha en que se haya recibido un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa.

¿Qué pasa si el Presidente no opone el veto dentro de ese plazo? El último párrafo del artículo 126 resuelve el punto: "Si no lo objeta dentro de ese plazo no podrá el Poder Ejecutivo dejar de sancionarlo y publicarlo".

*El veto constitucional: o control previo de la Constitucionalidad de una ley.*

Cuando el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea, ésta enviará el proyecto a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva el punto dentro de los diez días siguientes. Este veto se ha denominado tradicionalmente veto judicial. Pero el Lic. Bernal Aragón lo denomina "veto constitucional", nombre que define mejor la institución, por la presencia de los tres poderes en la solución del conflicto. Sin embargo, el veto por razones de oportunidad es también constitucional.

Todo ello nos permite hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del llamado "veto constitucional" o "veto judicial". La situación de encontrarse regulado en un artículo aparte del veto por razones de oportunidad, denota una naturaleza jurídica diferente.<sup>(12)</sup> El llamado "veto constitucional" lo opone el Poder Ejecutivo para proteger la constitucionalidad de un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, no para contrapesar ni atacar la oportunidad del mismo. En consecuencia, el Poder Ejecutivo no se opone al proyecto por cuanto para tal efecto, dispone del veto por razones de oportunidad, sino que más bien, el Presidente está velando por la constitucionalidad del proyecto de ley y con ello, permite la intervención de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva la inconstitucionalidad o no del texto.

De ahí que, no obstante que la Constitución mencione la palabra "veto", no estamos frente a un "veto"; es, fundamentalmente, un control previo de la constitucionalidad del proyecto de ley.

En consecuencia, podría, en nuestro criterio, oponerse al llamado "veto por razones de inconstitucionalidad al Presupuesto de la República", por no existir prohibición en nuestra Carta Política.

(12) El "veto" por razones de inconstitucionalidad está regulado por el artículo 128 de la Constitución mientras que el veto por razones de oportunidad, aparece en el artículo 125 del mismo Cuerpo de normas.



En cuanto al trámite la Corte Suprema de Justicia debe resolver dentro de un plazo de 10 días. En el caso de que resuelva, por votación de dos terceras partes del total de los miembros, que existen disposiciones contrarias a la Constitución, se tienen por desechadas las mismas. El resto se enviaría a la Asamblea para la tramitación correspondiente y lo mismo hace la Corte cuando resuelva que el proyecto no contiene disposiciones inconstitucionales (artículo 128 de la Constitución Política).

Cabe plantearse varios puntos: ¿Qué se debe entender por "tramitación correspondiente"? Es posible interpretar que la Asamblea debe darle el trámite corriente, es decir, debe darle tres debates y remitirlo posteriormente al Poder Ejecutivo, el cual no podrá negar la sanción al Proyecto. (13)

#### Importancia del veto:

El veto juega un papel muy importante, fundamentalmente cuando el Presidente de la República se encuentra frente a una mayoría parlamentaria contraria a su política. El derecho de veto equilibra un poco el poder de la mayoría parlamentaria, aumenta el papel de la minoría que permite o impide el resello del proyecto; y, finalmente, hace posible el establecimiento de una cierta colaboración entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En efecto, la minoría juega un papel muy importante. Si ella tiene 20 diputados, estos 20 impiden que una ley sea resellada por la mayoría parlamentaria.

#### c) El Mensaje Presidencial:

El mensaje presidencial dirigido al Parlamento es una obligación del Presidente de la República. Es también un medio de acción por cuanto el Presidente propone una serie de medidas que él estima importantes para el buen funcionamiento del gobierno.

El mensaje anual permite a los parlamentarios ejercer un cierto control sobre el gobierno, por cuanto él rinde cuentas de su administración y de la situación política. (art. 139, inciso 4)

#### d) Otros medios de acción:

Los últimos medios de acción del Ejecutivo sobre el Legislativo, que vamos a analizar, son el derecho de los Ministros de presentarse al Parlamento y la convocatoria a sesiones extraordinarias.

##### 1º El derecho de los Ministros de presentarse al Parlamento:

Los Ministros pueden presentarse a las sesiones del Parlamento. Sin embargo, la determinación del día y la hora de esta visita perte-

(13) Ver Aragón Bernal, El veto Constitucional, Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1974, pág. 122.

nece a la Asamblea Legislativa. Al contrario, la Asamblea Legislativa puede pedir a los Ministros presentarse y dar respuesta a las preguntas de los diputados (art. 121, inc. 24).

En comisión, sin embargo, los ministros asisten a defender los proyectos propuestos por el Gobierno.

##### 2º La Convocatoria a sesiones extraordinarias:

La convocatoria a sesiones extraordinarias es un medio muy importante que dispone el Poder Ejecutivo sobre el Parlamento, por cuanto este último no se puede reunir en este período de pleno derecho, sino únicamente con la convocatoria del Poder Ejecutivo y para conocer los proyectos sometidos por el mismo.

El único caso en que la Asamblea Legislativa se reúne de pleno derecho está contemplado en el artículo 140, inciso 4) que señala entre las atribuciones del Poder Ejecutivo: "En los recesos de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de derechos y garantías a que se refiere el inciso 7) del artículo 121 en los mismos casos y con las mismas limitaciones que allí se establecen y dar cuenta inmediatamente a la Asamblea. El decreto de suspensión de garantías equivale, ipso facto, a la convocatoria de la Asamblea a sesiones...".

Es nuestro criterio, que las disposiciones constitucionales restringen demasiado la posibilidad de reunirse la Asamblea Legislativa en el período de sesiones extraordinarias. Creo que se impone una reforma que permita al Parlamento reunirse de pleno derecho cuando existan violaciones a la Constitución, o por petición de un cierto número de diputados. Debe conocerse básicamente los asuntos enviados por el Poder Ejecutivo, tal y como lo establece el texto constitucional. Pero debe dejarse un cierto tiempo para conocer asuntos de interés general que bien pudiera el Poder Ejecutivo estar ocultando.

#### B. Los medios de acción del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo:

Estos medios de influencia determinan, en parte, la dialéctica del sistema. El Poder Ejecutivo depende mucho de esos medios, sobre todo del presupuesto y la ley.

Como veremos oportunamente, el dominio de la ley es ilimitado.

Cuando estudiemos las atribuciones del Parlamento, vamos a insistir sobre estos dos medios de acción, que adquieren una importancia fundamental, cuando el Parlamento posee una mayoría de diputados, opuesta a la política del Presidente de la República.

Por ahora, vamos a analizar la atribución de control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo.

En efecto, a pesar de la timidez de la disposición constitucional, el principio de la moción de censura, aunque moral fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, la posibilidad de interpelar a los Ministros fue introducida por primera vez en nuestra Constitución.



a) La moción de censura:

El proyecto de Constitución preparado por una comisión compuesta de juristas propuso la creación de un sistema semiparlamentario. Los miembros de esta comisión sugirieron el establecimiento de la moción de censura con su correspondiente sanción: la caída del Ministro.

La Asamblea Nacional Constituyente no aceptó esa proposición. En consecuencia, los diputados constituyentes de la fracción Social Demócrata propusieron una alternativa: la moción de censura sin su correspondiente sanción.

Muchas críticas se hicieron, entre las cuales podemos citar la falta de lógica del sistema y la inmadurez de nuestro pueblo para establecer un sistema semiparlamentario.

Finalmente, los constituyentes aprobaron la moción de censura, aprobada por dos tercios de los votos presentes de los diputados, sin su consecuencia lógica: la sanción; es decir, la caída del Ministro. Esta moción de censura es, en consecuencia, moral únicamente.

En la práctica, este medio de control no ha operado. Hasta la fecha ningún Ministro ha sido censurado moralmente...

El Reglamento de la Asamblea Legislativa señala las condiciones formales de censura e impide la revisión de una moción de censura aprobada.

b) Las Interpelaciones de los Ministros:

Las interpelaciones de los Ministros fueron establecidas por primera vez en la actual Constitución, como lo mencionamos anteriormente. Antes de la Constitución de 1949 los Ministros se presentaban a la Asamblea para expresar sus ideas sobre cualquier tema, sin que esa competencia estuviera establecida en la Constitución. Por otra parte, el Poder Legislativo pedía la presencia de los Ministros, gracias a una disposición del Reglamento de la Asamblea; pero aquéllos no estaban obligados a presentarse. En varias oportunidades, un Ministro se negó a presentarse al Congreso. El Parlamento no podía hacer nada.

c) Las comisiones de control:

Las comisiones de control son un nuevo medio de control parlamentario creadas por la actual Constitución.

Todos los aspectos relativos a la integración, funcionamiento, y las atribuciones de las comisiones están regulados en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

En la Constitución, sin embargo, se determina que la Asamblea nombrará de su seno, entre los diputados, las comisiones para examinar toda clase de asuntos que ella estime importantes. Las comisiones tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer a cualquier

persona con el objeto de interrogarla, de conformidad con el artículo 121, inciso 23.

De esa forma, los actos del Poder Ejecutivo podrán ser vigilados por el Parlamento. (14)

Al respecto, es importante señalar la importancia de las comisiones de control. El caso "SAOPIM" ilustra la labor que pueden desempeñar estas comisiones.

¿Cuántos asuntos aun ocultos saldrían a la luz pública con la presencia de una comisión permanente de control?

CONCLUSION:

Es indudable que, la Constitución de 1949, limitó el Poder Ejecutivo. Don Rodrigo Facio redactó el proyecto formulado por la Comisión Constitucional y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, dijo que la idea fundamental de la comisión era suprimir la preponderancia del Poder Ejecutivo para evitar la dictadura. (15)

La creación de las instituciones autónomas reguladas por la Constitución, descentralizó la actividad administrativa, limitando enormemente las atribuciones del Poder Ejecutivo. Actualmente, sin embargo, con la reforma de 1968 y la creación de los Presidentes Ejecutivos la autonomía de dichas instituciones ha desaparecido, prácticamente.

Las características del régimen presidencial costarricense establecidas por la Constitución actual son bastante particulares: la presencia de medios de acción diferentes de aquellos del régimen presidencial clásico y la idea de establecer un régimen semiparlamentario han dado un régimen presidencial muy particular.

Finalmente, el establecimiento del control parlamentario constituye un paso importante en la evolución de la actividad estatal: el avance de la actividad administrativa del Estado exige un mayor control parlamentario. En ese control parlamentario debe dársele oportunidad a las minorías. De esa manera, nuestro régimen podrá encontrar equilibrio y el Poder Ejecutivo no abusará de su creciente poder.

(14) Sobre el Control Parlamentario, véase, Deseulles, Henry, "Le Pouvoir de contrôle Parlements nordiques, L. G. D. J. 1973, pág. 13 y ss.

(15) Aguilar Bulgarelli, Oscar, Costa Rica y sus Hechos Políticos de 1949. Problemática de una década, Editorial Costa Rica, 1969, págs. 297-298.



## LA EMPRESA PUBLICA\*

Mauro Murillo

(\*) Conferencia pronunciada por el autor en el Seminario ofrecido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica a las Cámaras de Industria y Comercio, 1973.



## I. Generalidades.

### 1. Concepto de Empresa Pública (1)

Obviamente debemos comenzar esta exposición por el concepto de empresa pública, a fin de precisar exactamente de qué es de lo que vamos a ocuparnos.

Pero en atención a que la empresa pública no es más que una forma de empresa, debemos antes lógicamente ocuparnos del concepto de empresa.

La empresa, como la administración, puede ser vista como actividad o como organización, aunque con la advertencia de que no serían más que aspectos de una misma realidad. La empresa entonces tendría una faceta dinámica, la actividad, y una faceta estática, la organización. La empresa sería una actividad organizada, o bien una organización predispuesta para cumplir una determinada actividad.

Veamos primero la empresa como actividad, o sea la actividad de empresa.

La actividad de empresa es una actividad económica, una actividad en sentido amplio de producción. Es actividad de empresa la agrícola, la industrial o de transformación, la comercial o de cambio, y la de servicios.

La actividad es profesional, es decir, habitual, continua.

(1) BIBLIOGRAFIA. Sobre el concepto de empresa, cfr.: PANUCCIO, voz "Impresa (diritto privato)", en la Enciclopedia del Diritto vol. XX, Milán, 1970; FERRARI, voz "Azienda (diritto privato)", cfr., Enciclopedia cit., Vol. IV, 1959; VERRUCOLI, voz "Cooperative (imprese)", Enciclopedia cit., Vol. X, 1962. Sobre el concepto de empresa pública, cfr.: ROVERSI MONACO, Gli enti di gestione, Milán, 1967; GUARINO, Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia, Milán, 1962, y Scritti di diritto pubblico dell'economia, Milán, 1970; OTTAVIANO, voz "Impresa pubblica", Enciclopedia cit., Vol. XX, 1970; TREVES, voz "Azienda (diritto pubblico)", Enciclopedia cit. vol. IV, 1959; GIANNINI, Diritto Amministrativo, 2 vols., Milán, 1970. V., amplius, mi trabajo sobre la empresa pública aparecido en la Revista de la Contraloría General, N° 15.



La empresa supone un mercado en el que participa. Con ello se trata de negarle la categoría de empresa a las actividades que se desarrollan para el exclusivo consumo del propietario. La empresa entonces es tal sólo si ofrece sus bienes y servicios al público, lo que presupone a su vez que la empresa se ejercita en un régimen de derecho privado.

2.º La organización de la empresa está compuesta por los medios necesarios: medios personales y materiales. Estos últimos forman la "hacienda".

La organización debe constituir una unidad, es decir, tener su propia individualidad, lo cual no quiere decir que no pueda formar parte de una organización mayor, pero sí se exige que mantenga cierta independencia, cierta separación.

Tal vez el problema más serio que se plantea en la elaboración de una noción unitaria de empresa, es decir, en la elaboración de un concepto de empresa que sea válido para la empresa privada y para la pública a la vez, sea el del fin de la empresa. Una primera precisión que debemos hacera quí es la distinción entre fin del empresario y fin de la empresa.

El empresario es el titular de la empresa, es decir, el sujeto de derecho a quien pertenece la empresa, v. gr.: en el caso de una empresa individual, una persona física, y en el caso de una empresa colectiva, una sociedad. El fin del empresario será necesariamente subjetivo, y en el caso del empresario privado es obvio que normalmente será de lucro.

El fin de la empresa se considera objetivo. La empresa debe tender a obtener ingresos suficientes para subsistir por sí sola. La empresa es tal sólo si logra desenvolverse en el mercado sin quebrar, y sin que su vida dependa permanentemente del sostén que le brinde otra empresa u otro sujeto. Este es el llamado principio de autosuficiencia. Es la economicidad mínima que debe obtener toda empresa.

Expuesto el concepto de empresa, podemos ahora intentar la determinación del concepto de empresa pública. Al efecto lo que interesa es encontrar aquel rasgo de la empresa pública que sea típico de ella, es decir, su carácter diferenciador.

Una tesis restringida encontraría tal carácter en la naturaleza del empresario: si éste es privado, la empresa es privada, caso contrario sería pública. Una tesis amplia sostendría que es pública toda empresa que sirva de instrumento para alcanzar fines públicos, entendiéndose que ello se dará en todo caso en que el empresario sea una administración pública, y, además, cuando aunque lo fuere una persona privada sea en definitiva un instrumento de acción de una administración pública.

Nosotros acogemos esta última posición. En realidad, el fenómeno es uno solo. Una sola es la actividad, que siempre será actividad de empresa, sometida como se dijo, al derecho privado. Variará solamente el molde organizativo utilizado. Es claro que el aspecto organizativo estará en unos casos regulado por el derecho público y

en otros por el privado, y que no siempre toda la actividad de la empresa estará reglada exclusivamente por el derecho privado. Pero el fenómeno seguirá siendo uno solo: la intervención pública en el campo de la economía a través del instrumento de la empresa.

## 2. Tipos de Empresa Pública (1)

El criterio de la naturaleza del empresario, que lo desechamos como útil para determinar el concepto de empresa pública, nos servirá ahora sin embargo, para individuar los diversos tipos de empresas públicas.

Existen pues empresas públicas ubicadas dentro de la administración pública, y empresas públicas que están fuera de ella, y dentro de las primeras, unas constituyen órganos administrativos, y otras entes, según que la organización esté o no personificada.

Tenemos así tres tipos de empresa pública: a) la empresa pública —órgano de un ente público; b) la empresa pública —ente público; y c) la empresa pública —ente privado. Estas son los tres modelos organizativos fundamentales que presenta la empresa pública.

Históricamente aparece primero la empresa-órgano, posteriormente la empresa-ente público, y de último la empresa-ente privado.

Hoy día normalmente subsisten los tres tipos dentro de la mayoría de los sistemas occidentales, pero puede comprobarse fácilmente como uno ha sido evolución de otro precedente. La empresa-órgano se dio inicialmente no sólo para individuar la prestación de un servicio o el ejercicio de un monopolio fiscal, sino también para agilizar su funcionamiento. Luego se vio como la empresa-órgano no garantizaba suficientemente dicha agilidad, por lo que se le personificó y se le aumentó su independencia. Por último, el Estado descubrió que no le era indispensable permanecer dentro del ámbito público, y que bien podía utilizar, como cualquier otro sujeto de derecho, los modelos organizativos del derecho privado, fundamentalmente el de la sociedad. En el fondo lo que ha habido es un proceso de agilización de la actividad de la administración pública. En un principio esta actividad fue vista en forma indiferenciada, por lo que se trató de someterla a los mismos límites. Límites que por cierto resultaron sumamente rigurosos, al punto de que de no atenuarse hubieran impedido ejercitar actividad de empresa. El régimen publicístico fue atenuándose progresivamente hasta llegar al máximo concebible dentro de la administración pública: la figura de la empresa-ente público en su último grado de desarrollo, que de público tiene casi sólo el nombre. Y cuando se deseó no contar del todo con limitaciones publicísticas, se recurrió entonces al instrumento de la so-

(1) BIBLIOGRAFIA: GIANNINI, Le imprese pubbliche in Italia, Riv. delle Società, 1958; GARRIDO FALLA, La empresa pública en el derecho español, vol. I de la Empresa Pública, Studia albortotiana N° X, Bólonia, 1970. V., amplius, mi trabajo cit.



ciudad, que es el más flexible de todos, y sin duda el más eficaz, al punto de que tiende hoy día a predominar allí donde el fenómeno de la empresa pública esté suficientemente desarrollado.

La figura de la empresa-órgano se da cuando un ente público no tiene como misión principal la actividad de empresa, sino que ésta reviste, en relación con su actividad total, un carácter secundario o accesorio. En tal supuesto se crea un órgano especial que en forma relativamente independiente asume la actividad de empresa.

Se requiere un mínimo de autonomía del órgano, derivada de su individualidad. No sólo debe tener una competencia exclusiva, una administración separada, sino además, independencia financiera. Estos son rasgos suficientes para que se exija, por principio, su creación por ley.

El régimen jurídico relativo a su administración financiera normalmente es más flexible que el aplicable en general al ente del cual forma parte el órgano. El órgano es dotado también de legitimación negociada, de modo que puede contratar, aunque a nombre del ente. Puede atribuírsele incluso legitimación judicial, a fin de que pueda comparecer en juicio.

La empresa-ente público se da cuando el ente desarrolla como actividad exclusiva o principal la de empresa. Es el llamado ente público económico.

La independencia del ente público económico es mayor que la de la empresa-órgano, como se dijo. Tales empresas integran un sector diverso de la administración pública, precisamente el de administración descentralizada. Su régimen jurídico en general será diverso, sobre todo en cuanto a administración financiera y controles.

Quizá el modelo más evolucionado de ente público económico sea el italiano, en donde buena parte de la doctrina sostiene que la actividad de tales entes está sometida exclusivamente al derecho privado, y a los que se les niega incluso autonomía política, es decir su capacidad de fijar las políticas generales que deben seguir (independencia en materia de gobierno, según la terminología de nuestra Constitución).

Este último rasgo, sobre todo, es el que funda la calificación de tales entes como instrumentales, en relación con el Estado. En realidad no se concibe lógicamente la existencia de entes públicos-empresa que no estén adscritos a un Ministerio de Gobierno, que no estén sometidos a la dirección del Gobierno.

Cabe por último resaltar la existencia de una figura especial de ente público económico: el que tiene por objeto la administración de acciones en sociedad, o sea, el que tiene una actividad de "holding". El fenómeno de la empresa holding-ente público se da sólo en donde las participaciones públicas accionarias alcanzan un gran volumen, y tienen dichas holdings la ventaja de permitir reunir las participaciones en grupos coincidentes con sectores de actividad.

La empresa-ente privado, o bien la sociedad mixta, es formalmente una sociedad como cualquier otra: constituida conforme al Código de Comercio y regida por éste.

La participación pública debe ser tal que le permita a la administración controlar económicamente la sociedad, lo que se logra controlando la asamblea general de socios que es la que nombra a los administradores. Fuera de esta relación no se da otra entre la administración pública propietaria de las acciones y la sociedad.

El régimen total de la sociedad mixta debe ser privado. Caso contrario se desnaturalizaría el instrumento utilizado. Por ello es que estas sociedades no soportan, por ejemplo, controles de tipo publicístico.

Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto de que no se desvirtúe el fin de la sociedad.

La creación de empresas-órgano y de empresas-ente público debe realizarse por ley. Lo mismo no sucede siempre con la empresa-ente privado. La posibilidad de crear sociedades o de participar en ellas es de principio, en tratándose del Estado y de los demás entes políticos (como los municipales), dada la generalidad de sus fines. En los restantes entes públicos se requiere cuando menos una autorización legal implícita.

### 3. La Empresa Pública y el Fin Público (\*)

El fenómeno de la empresa pública ha revolucionado buena parte del derecho público; ha puesto en entredicho muchos de los conceptos tradicionales, y ha originado la creación de nuevas concepciones. Incluso la gran expansión que ha sufrido el derecho público en los últimos tiempos se debe en buena medida a la manifestación masiva de la empresa pública.

Muchos de los temas teóricos relativos a la empresa pública objeto de grandes discusiones, hoy día pueden considerarse más o menos definitivamente aclarados. Así por ejemplo, no se discute más si el Estado puede o no tener la condición de empresario, si la empresa es o no instrumento adecuado para obtener el logro de los fines públicos, si el Estado puede o no eventualmente perseguir el lucro. El Estado (y los demás entes públicos) puede, como cualquier otro sujeto de derecho, ejercitar la actividad de empresa.

Según un criterio formal, fin público sería todo aquel perseguido por la administración pública. Materialmente en cambio fin público sería todo aquel que conciérne de un modo directo e inmediato a la colectividad considerada ésta en su conjunto.

Quizá sólo en el caso de la empresa destinada a la prestación de un servicio público el fin sería materialmente, inmediatamente pú-

(1) BIBLIOGRAFIA: ROVERSI MONACO, op. cit., GIANNINI, op. cit., BUONOCORE, "Note minime in tema di "Stato imprenditore", Riv. Diritto e Giurisprudenza, 1968; OTTAVIANO, "Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni", Riv. delle Società, 1960. Amplius, mi trabajo cit.



blico. En los demás casos el fin de la empresa sería instrumental en relación con un fin último materialmente público. Tal es el caso v. gr.: de los entes públicos bancarios.

Donde en verdad se plantea necesariamente el problema del fin público es en relación con las sociedades controladas (económicamente) por la administración pública. El fin público, a nuestro modo de ver, debe encontrarse exclusivamente en las participaciones accionarias. Es decir, las sociedades en sí no perseguirían un fin público, sino el que ya indicamos, cual es el de mantener su economicidad. Pero con esto la cuestión no queda resuelta. Dado el control que se ejercería sobre los administradores de la sociedad, es evidente que éstos, de hecho, se ven forzados a tomar determinadas decisiones que no siempre serán beneficiosas (económicamente) para la sociedad.

El problema se plantea entonces en términos de hasta dónde puede lícitamente la administración pública utilizar, en beneficio del interés público y con menoscabo del interés de los socios particulares, su control sobre las sociedades mixtas. El legislador ha debido intervenir, con soluciones varias, tendientes a garantizar un mínimo de utilidades a los accionistas particulares. Lo que demuestra, por otra parte, que sin cierto ajuste normativo el modelo de la sociedad no es fácilmente utilizable por la administración pública. Algunos incluso han propugnado una regulación especial para estas sociedades.

#### 4. La Empresa Pública como instrumento de la intervención pública en la economía. (1)

La intervención pública en la economía puede ser autoritativa o no. La primera implica una regulación legal específica, en la que se establecen limitaciones a la actividad privada, como ocurre con las normas y controles a que se someten en nuestro medio los bancos privados.

La intervención no autoritativa es la que se da precisamente con la empresa pública. Cuando la administración aparece como empresaria (figuras de la empresa-órgano y de la empresa-ente público), tal intervención se dice directa. Cuando la administración utiliza más bien su posibilidad de tener acciones en sociedades, se habla entonces de una intervención indirecta.

Pero cualquiera que fuere el sistema adoptado (en general los Estados adoptan simultáneamente todas las posibilidades, aunque como se dijo hoy día tiende a prevalecer la participación accionaria) es lo cierto que la empresa pública se ha convertido en un instrumento indispensable de acción pública, sobre todo en relación con los procesos de programación económica.

(1) BIBLIOGRAFIA: CASELLI, L'impresa pubblica nell'economia di mercato, Milán, 1970; STAMMATI, La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, en La Empresa Pública cit., vol. I; ROVERSI MONACO, op. cit.; GUARINO, op. cit. Amplius, mi trabajo cit.

En los supuestos de Estados subdesarrollados, cual es el nuestro, se habla incluso de una insubrogabilidad de la empresa pública. Dice CASELLI (op. cit., pág. 64):

"En general en todos los países en fase de desarrollo, la empresa pública cubre normalmente una laguna de empresariedad, y por tanto no aparece subrogable. En otras palabras, los recursos destinados a la empresa pública, si fueren abandonados a la espontaneidad del mercado, con toda probabilidad antes que financiar grandes sectores de inversión, que tienen carácter prioritario respecto del desarrollo de otros sectores, se fraccionarían en programas de inversión de escasa productividad económica general aunque con suficiente rendimiento haciendal, o bien aumentarían el peso de las posiciones monopolísticas, aumentando así los desequilibrios del sistema económico nacional".

Hemos querido resaltar este último aspecto, en consideración a que en nuestro medio puede afirmarse que no se ha hecho suficiente uso de la empresa pública, lo cual obedece evidentemente a una falta de conocimiento preciso del instrumento, a una falta de conciencia de la posibilidad que se tiene a mano.

#### 5. El principio de subsidiariedad de la Empresa Pública. (1)

De un principio que establece la subsidiariedad en la utilización de la empresa pública se habla sobre todo en la doctrina española, con fundamento en el ordenamiento positivo español. Se dispone en efecto en dos leyes fundamentales (Fuero del trabajo y ley de Principios del Movimiento Nacional):

"En general el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación".

"La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada, y en su caso suplida por la acción del Estado".

En realidad el problema, en términos teóricos, no es precisamente jurídico (dicho sea de paso, un economista señala que se trata de un falso problema: CASELLI, op. cit., pág. 41). Jurídicamente puede afirmarse que el Estado está en completa posibilidad de hacer uso de la empresa pública, allí donde lo crea conveniente para el interés público, sin que deban concurrir determinadas condiciones.

(1) BIBLIOGRAFIA: DUQUE "Empresas Nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el derecho español", en La Empresa Pública cit., vol. I; MEILAN, "Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España", Idem vol. II.



## II. La empresa pública en Costa Rica.

### 6. Idea General.

Como habíamos adelantado, el desarrollo de la empresa pública ha sido más bien escaso en nuestro medio.

Se ha dado la evolución desde la forma de la empresa-órgano, pasando por la empresa-ente público y llegando a la empresa-ente privado. Pero las formas adoptadas demuestran que no se tiene una idea clara de lo que debe ser una empresa pública, o bien que ha faltado la decisión política necesaria.

Insistimos en que la utilización de la sociedad por la administración representa el máximo de liberalización de la acción pública. Pero entre nosotros esto ha ocurrido con cierta inseguridad, con cierta improvisación si se quiere, que a la postre no ha permitido la formación de modelos organizativos apropiados.

Quizás más que verdaderos ejemplos de empresa-órganos lo que hemos tenido sean más bien amagos, como ha ocurrido con la Fábrica Nacional de Licores, a la cual estimamos que le ha faltado independencia para poder tener su propia individualidad, aparte de que, dada la índole de su ocupación más conveniente parece que se constituyera como una sociedad.

Una administración que podría perfectamente convertirse en empresa-órgano es la Dirección General de Correos, organizándola debidamente.

La empresa-ente público puede presentar diversos modelos. El más utilizado ha sido el de la institución autónoma. En efecto, nuestros más representativos ejemplos de empresa pública son los Bancos del Estado, organizados como institutos autónomos por mandato constitucional. Pero el modelo de la institución autónoma no es precisamente el más conveniente. Tiene dos defectos: a) es un modelo de uso general; y b) está sometido a un régimen publicístico impropio de una empresa.

Como institución autónoma se han organizado entes de muy variada índole. Desde el Patronato Nacional de la Infancia hasta el Banco Central de Costa Rica, desde la Caja Costarricense de Seguro Social hasta los Bancos Comerciales del Estado, desde el Consejo Nacional de Producción hasta el Instituto Nacional de Seguros. Puede afirmarse que la institución autónoma es un molde al que todo le cabe. Lo cual, evidentemente, lo ha convertido en un modelo defectuoso. El error ha estado, y se lo debemos a los constituyentes, en creer que podría crearse un modelo organizativo útil para organizar toda suerte de actividades, de empresa o no. En otros términos: no había conciencia de la existencia de un tipo de ente público distinto de los demás: el ente-empresa.

Quizá un poco por la falta de convencimiento de la diversa tipología de los entes públicos, y otro poco por nuestra desconfianza nata, es lo cierto que las instituciones autónomas se sometieron a un

régimen publicístico inadecuado para el ejercicio de empresa. Se exige por ejemplo la existencia de un presupuesto sujeto a ciertas reglas en su formación, se prescriben normas bastante restrictivas en la actividad financiera, se sancionan controles exagerados, etc. Hasta hace poco tenían incluso garantizada su autonomía política. Desgraciadamente, la Constitución se ocupó de las instituciones autónomas, por lo que una reforma de las mismas sería más difícil.

Curiosamente, el modelo más adecuado para organizar empresas públicas ha resultado el de la institución semi-autónoma, precisamente por no ocuparse de él la Constitución. Es cierto que de las leyes de creación de las diversas instituciones semiautónomas que existen no quedan claros los contornos del modelo, pero es lo cierto que lo que realmente importa es la falta de límites para el legislador derivado de la ausencia de normas constitucionales. En futuras leyes el legislador perfectamente podría idear un modelo organizativo adecuado para la actividad de empresa, sobre la base de la institución semiautónoma.

No hemos afirmado que todas las instituciones semiautónomas creadas hasta el momento sean verdaderas empresas. En general les falta la autosuficiencia, puesto que dependen de subvenciones periódicas del Estado.

Otro modelo de empresa-ente público puede ser el consorcio municipal, previsto por el Código Municipal. Decimos puede ser porque increíblemente no existe ninguno aún. Dichos consorcios nacerían por un convenio entre municipalidades aprobado por ley, y tendrían por objeto la prestación de servicios.

En los últimos años se ha ido dando, aunque lentamente, la participación pública accionaria (Lacsa, Radiográfica, Recope).

Pero quizá el primer ejemplo de verdadera empresa pública-ente privado se dio con la adquisición de la mayoría del paquete accionario de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, por parte del Instituto Costarricense de Electricidad. Recientemente, se han creado dos sociedades mixtas, de las cuales nos ocuparemos seguidamente.

### 7. La Asociación Bananera Nacional.

Su creación fue autorizada por la ley 4895/71.

La ASBANA es ciertamente un curioso ejemplar de nuestra institucionalidad: parece ser un ente público por varias razones, tiene nombre de asociación, pero es una sociedad anónima, según la ley.

Para destacar que se trata de un ente público es suficiente, en nuestro criterio, su creación como sociedad y su sujeción al Código de Comercio (art. 1º).

El rasgo más importante de ASBANA es su fin legal: "el desarrollo bananero nacional" (art. 3º), del cual no son sino sólo consecuencias otras normas particulares que se establecen, como las relativas a sus atribuciones (art. 4º), a su organización (art. 7º y ss.), etc. Se trata de un fin que sustancialmente es público. Pero evidentemente



hay un error de concepción: tal fin no es el perseguido por la sociedad, sino más bien el perseguido por el Estado a través de ella. Es decir, a una sociedad no pueden atribuírsele fines públicos directamente, salvo desnaturalizándola.

Los aspectos organizativos son los que revisten mayor interés en este caso.

La ASBANA tiene una Asamblea General de Accionistas, una Junta Directiva, un Gerente y un Auditor. La Asamblea es el órgano supremo; la Junta "dirige" la sociedad; el Gerente es el que la administra y la representa judicial y extrajudicialmente; y el Auditor "vigila" y "fiscaliza".

La Ley regula la integración de la Junta Directiva: un representante del Estado (que tiene la tercera parte de las acciones); dos representantes de los Bancos del Estado (que tienen otra tercera parte de las acciones); y dos representantes de los accionistas particulares (que tienen el resto de las acciones). Tales representantes no son nombrados por la Asamblea General; el del Estado es nombrado por el Consejo de Gobierno; el de los Bancos por la Comisión de Coordinación Bancaria del Banco Central de Costa Rica; el de los accionistas particulares por ellos, en reunión separada (art. 8°).

Se establecen una serie de prohibiciones (art. 9°) e incompatibilidades (art. 10) para integrar la Junta Directiva. Se regula el plazo del ejercicio del cargo de Director, y se garantiza la inamovilidad de principio (art. 11).

El Gerente dura también cuatro años en su cargo, y sólo puede ser removido con el voto de cuatro de los cinco Directores (art. 17).

El Auditor es nombrado por la Junta Directiva y de ella depende directamente. Administra a su personal auxiliar (arts. 19 y 20).

Si se compara la organización de ASBANA con el modelo típico de organización de nuestras instituciones autónomas, encontramos una gran semejanza. Sin dudas, ASBANA fue concebida siguiendo el modelo de la institución autónoma.

Hasta donde entendemos, la organización de las instituciones autónomas se inspiró en la estructura de las sociedades anónimas. En el caso de ASBANA se produjo el fenómeno inverso: la creación de una sociedad con una organización inspirada en la de las instituciones autónomas.

El art. 20 de la Ley llega hasta a establecer un recurso de "apelación" ante la Junta Directiva contra las "resoluciones" del Auditor, norma absolutamente inconcebible en una sociedad.

El art. 21 sanciona la intervención de la Contraloría General de la República. Esta deberá realizar un auditoraje anual, e informará a la Asamblea Legislativa "haciendo las observaciones que crea oportunas en cuanto al manejo de los fondos del sector público". Para empezar, no qued aclaro si el auditoraje se referirá sólo a los fondos aportados por el sector público o a todos; de toda suerte, no se prescribe que los fondos serán administrados separadamente según su procedencia, de donde el auditoraje tendrá necesariamente que comprender

todo el movimiento económico de la sociedad, y las observaciones que se formulen deberán referirse a todo el manejo económico. Tampoco queda claro sobre qué versará el auditoraje. Ni siquiera se especifica la razón o utilidad de informar a la Asamblea Legislativa, ni la razón por la cual más bien no se informa al Consejo de Gobierno. Todo ello aparte de que de todos modos tales sociedades no deberían sujetarse a un control del tipo que ejerce normalmente la Contraloría.

En suma, ASBANA es una sociedad, y como tal, ente privado. Tiene una evidente relevancia pública, dado su fin, sus atribuciones, y algunas particularidades de su régimen jurídico. Por su fin, esta sociedad debió de haber sido una entidad pública. La escogencia entre una institución autónoma y una sociedad no es difícil: basta examinar el cometido. La utilización del modelo de la sociedad tiene un límite lógico: las sociedades no pueden servir para todo. Y por otra parte, se olvida que las sociedades son eficaces en razón de su estructura y de su régimen. Modificada esa estructura y ese régimen se acaba la garantía de su eficacia.

Cuando se contemplan concepciones legislativas tan sui géneris como la de ASBANA, uno se pregunta qué es lo que sucede entre nosotros. Recordemos que recientemente se reformó la Constitución Política a fin de eliminar la garantía de la autonomía política (es decir, en materia de gobierno) de las instituciones autónomas. Pues bien, en el caso de ASBANA lo que ha sucedido, en el fondo, no jurídicamente, es la creación de una institución autónoma con autonomía absoluta.

### 8. La Corporación Costarricense de Desarrollo.

Entre ASBANA y la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), corren importantes diferencias.

ASBANA fue creada por escritura pública, como toda sociedad. Es cierto que se emitió una ley que "autorizó" su creación, pero en este aspecto la ley era innecesaria. CODESA en cambio fue creada directamente por la ley (v. Ley N° 5122/72); su origen es exclusivamente legal.

ASBANA se rige (art. 1° de la Ley 4895) por su Ley autorizativa y por el Código de Comercio. CODESA se rige por su Ley constitutiva y "supletoriamente por las disposiciones sobre la materia contempladas en el Código de Comercio" (art. 2°), de donde este Código en vez de regulación directa, inmediata, pasa a ser una reglamentación meramente subsidiaria.

Por otra parte, ASBANA fue creada sin ambages como una sociedad anónima, mientras que CODESA lo fue como una empresa "con las características de una sociedad anónima" (art. 7°).

CODESA no queda sometida solamente a su Ley constitutiva y "supletoriamente" al Código de Comercio: debe actuar también conforme a determinados reglamentos que debe emitir (art. 2°): el art.



8º de su ley la obliga a reglamentar las operaciones que puede realizar conforme a la misma ley.

Falta en CODESA la intervención de la Contraloría General de la República, sancionada en el caso de ASBANA. Pero ello no puede tomarse como una ventaja de la primera. En otras palabras, ello no significa que el legislador remedió el problema del control de la empresa pública-ente privado y optó por la solución más apropiada. Nada de esto, porque a cambio de tal ausencia se incluyeron controles doblemente más graves: la Corporación (nombre no muy feliz por cierto) "llevará a cabo sus actividades en consulta y coordinación con la Oficina de Planificación, el Banco Central, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el Ministerio de Hacienda, y, cuando corresponda, con las entidades públicas que intervienen en los campos cubiertos por sus programas y proyectos específicos de fomento económico", según el art. 9º de la Ley. Por fortuna no se dispuso sobre las consecuencias de la falta de consulta ni sobre los mecanismos concretos de coordinación. Pero como si fuera poco, además se estableció que CODESA debe informar periódicamente al Banco Central sobre sus planes a realizar y sobre sus labores realizadas. Por fortuna también no se dispuso sobre las consecuencias de la omisión de tales informes, ni sobre las potestades del Banco Central una vez que reciba los informes.

La organización de CODESA es también sustancialmente diferente. Se mantiene el esquema de la existencia de una Asamblea de Accionistas, un Consejo de Administración, uno o varios gerentes y un auditor. Pero la importancia de la Asamblea, el Gerente, y del Auditor es minúscula: todos estos órganos ceden ante el Consejo de Administración y su Presidente Ejecutivo. Incluso la integración del Consejo es más grave ahora: el Ministro de Economía, Industria y Comercio es miembro nato. Estamos obviamente en frente de un nuevo modelo organizativo, de otra innovación más en nuestra multiplicidad de formas estructurales.

Aparte de tener el mismo porcentaje de acciones en mano pública (2/3), tanto una como otra tienen un fin sustancialmente público: CODESA tiene como objetivo "promover el desarrollo económico del país" (art. 4º).

La pregunta que salta, después de la descripción efectuada, es lógicamente la de la naturaleza pública o privada de CODESA. Si en el caso de ASBANA nos fue suficiente para afirmar su naturaleza privada el hecho de que se hubiera constituido como una sociedad anónima y estuviera regida por el Código de Comercio, en atención a que tales hechos no se dan con la misma claridad en el caso de CODESA, su naturaleza jurídica resulta bastante discutible. La situación se agrava por cuanto nada obsta (al menos no hay obstáculo constitucional) para que el legislador cree una entidad pública con forma de sociedad.

A nuestro modo de ver, no obstante sus particularidades CODESA es una entidad privada. Si bien su Ley constitutiva no fue lo clara y precisa que debió de haber sido, queda sin embargo ex-

cluido de toda duda que la intención del legislador fue la de constituir un ente privado.

Ello sea dicho simplemente para efectos de justificar la ubicación que de CODESA hemos hecho entre las empresas públicas de naturaleza privada, pues no es lo que más nos interesa aquí. Lo que en este instante realmente nos preocupa es el uso que de la sociedad, como forma típica de las organizaciones privadas que realizan actividad de empresa, se está haciendo por parte del legislador. CODESA, señores, es un ejemplo más de desnaturalización del modelo organizativo de la sociedad. CODESA confirma, reafirma, consolida, una línea de conducta legislativa iniciada con ASBANA. Es, ni más ni menos, en el fondo, que la creación de entidades autónomas, las más autónomas que jamás se hayan visto. Los dos casos examinados representan, en nuestro criterio, un descubrimiento legislativo más sensacional incluso que el de la creación de entidades autónomas sin la mayoría de los dos tercios de votos prescrita por la Constitución, o sea las llamadas instituciones semiautónomas.







Creo que es conveniente adoptar una definición de valor, sin perjuicio de que durante el desarrollo del trabajo nos veamos obligados a sustituirla por otra, si las exigencias del mismo nos obligaran a ello. En calidad de por ahora, pues, se podría decir con Abbagnano, <sup>(1)</sup> que valor es en "general, todo objeto de preferencia o elección".

En la existencia del hombre encontramos dos aspectos diferentes: la capacidad de conocer y la capacidad tendencial, que es dinámica, activa y realizadora. El hombre no es ni una concepción estática y plenamente realizada ni tampoco un fenómeno simple que se arrastra sin sentido en el fluir de la historia y la realidad. Desde la consideración del hombre como un ser biológico, a través de su sentido exterior fundamental, el tacto, el hombre siente y logra dividir lo que le causa placer de lo que le produce dolor. También a través de su instinto capta lo que es nocivo o perjudicial para sí mismo y para toda su especie. En la captación de esta circunstancia vemos que el hombre preserva valores para sí y para su especie y los capta de manera irreflexiva, innata y preintelectual.

Al despertarse la conciencia en el hombre, éste se encuentra inserto en un mundo, donde vive en una interacción vital, que se construye en un complejo intercambio, donde ese hombre toma parte existencialmente, y así selecciona medios, se fija metas, persigue determinados objetos y modela toda su vida. El hombre en su vida refleja, en dos clases de juicios que emite acerca de la realidad, pero cuyo contenido revela direcciones distintas y, fundamentalmente, sentidos diferentes. Uno de estos juicios podría llamarse "juicios de ser", o sea por medio de los cuales objetivamente —o hasta donde es posible guardar la objetividad para ese ser humano—, se afirma lo que las cosas son, con independencia de lo que puedan significar para nosotros, o sea, es el enfrentamiento del hombre que conoce con la realidad que entrega su contenido inteligible.

La otra clase de juicios se han llamado "juicios de valor", y por medio de éstos se afirma lo que las cosas son para el hombre. Viene el hombre a expresar la resonancia que le produjo en sí mismo la realidad y a demostrar la no indiferencia con que cada uno de nosotros se enfrenta al mundo que lo circunscribe, o sea, que con los

<sup>(1)</sup> "Diccionario de Filosofía". 2ª edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1963. p. 1173.



juicios de valor se aprecia lo que las cosas significan para cada uno de nosotros. Esto es afirmar que las cosas *son*, pero al mismo tiempo *valen*; tienen las cosas un contenido que puede saciar las ansias cognoscitivas, pero también nosotros las convertimos en apetecibles y les damos una bondad que puede colmar nuestros apetitos. Muchas veces, cuando con orgullo decimos que hacemos juicios de ser, el fundamento último de tales juicios de ser se basa en un juicio de valor y, es ese valor, casualmente, el que nos ha conducido al juicio de ser.

Si afirmamos que las cosas *son* y *valen*, por esta sola circunstancia nos enfrentamos ya con toda la ardua problemática de la axiología: o el valor se yuxtapone por el hombre al ser de las cosas o se cierne, separado y autónomo, por encima del hombre, o brota del ser mismo de las cosas, como una de sus riquezas, de donde es en el ser que vamos a encontrar la fundamentación metafísica de su cognoscibilidad. Algunas de las cuestiones fundamentales que debe resolver la filosofía en relación con los valores, pueden resumirse en estas preguntas: ¿Dónde se funda el valor? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Qué relación existe entre el ser y el valor? ¿Cómo captamos los valores?

De acuerdo con el modo en que contestemos estas preguntas fundamentales a la axiología, es que podemos clasificar las distintas teorías sobre los valores. Las dos principales se han llamado teorías subjetivistas y teorías objetivistas. Si encontramos alguno que afirme que los valores existen con independencia de la circunstancia de que sean valorados o no, sostendrá una teoría objetivista; al contrario, al afirmarse que no es posible encontrar valores separados del ser que evalúa o efectúa las valoraciones, acogerá una teoría subjetivista. El problema con que nos hemos topado no se termina aquí, sino que si exprimimos más los hechos, hallaremos que la opinión que nos indique que los valores dependen exclusivamente de las valoraciones de cada uno de nosotros es una tesis subjetivista, pero, si afirmamos que los valores no dependen de la valoración propia e individual, sino que resultan el consenso social, ¿qué tesis sostendremos, es subjetivista o es objetivista?

No es subjetivista de acuerdo con lo que hemos dicho de esta teoría, pero tampoco es objetivista, pues ésta implica que los valores tienen una existencia independiente de las valoraciones. De acuerdo con la posición objetivista podríamos muy bien decir que los valores son absolutos, pero, a su vez, los valores que dependen de valoraciones individuales y los que dependen de valoraciones sociales se transformarían en relativos. Así hemos encontrado frente a las teorías absolutistas otras que son relativistas y, todavía más, dentro de estas últimas, podríamos encontrar dos subgrupos diferentes.

En efecto, "valores objetivos con relación a distintos individuos podrían no tener la objetividad de los valores absolutos y, a su vez, los valores individuales serían relativos frente a una axiología sociológica que pretendiese que todo valor es producto de una creación o de una estimación social. Aún cabría preguntar si son objetivos o absolutos, o relativos o subjetivos los valores, si se sostiene que ellos se relacionan, en su carácter de creaciones o estimaciones, con ten-

dencias inherentes a todo ser humano por su misma condición humana. No es fácil responder a esta interrogación; en cambio, no es difícil, a veces aún dentro de la obra de un mismo autor, descubrir el empleo de un mismo vocablo con significaciones por lo menos parcialmente distintas". (2)

Se puede afirmar —como decía Comte—, que la vida del hombre y la historia humana son vida e historia de muchos, porque el hombre, si es historia, sólo lo es en común. De tal modo, en el hombre aparecerían tres componentes que lo definirían y los cuales son imposibles de separar: su naturaleza individual, su dimensión histórica y su dimensión colectiva. Cuando se analice únicamente uno de esos componentes de manera indiscutible topamos con los otros dos. Existen en las sociedades ciertas condiciones indispensables para su existencia como valores relativamente permanentes durante la vida de esa sociedad, o sea, que en la base encontramos un juicio subjetivo, pero que el hombre al razonar lo transforma en objetivo al generalizarlo. De tal modo, que las evaluaciones son muy a menudo el producto de las tendencias de un pueblo, de un tiempo, de un hombre o de una profesión, y nosotros las consideramos válidas para toda la humanidad. Así, se puede sostener con Stern que "la mayoría de las disensiones entre los hombres vienen, no, como lo decía Leibnitz, de lo que entienden del significado de las palabras, sino de los sentimientos diferentes que unen a ellas". (3)

Pero, nos afiliemos a una u otra teoría, nos puede quedar el consuelo de que si tomamos en conjunto las doctrinas subjetivistas, objetivistas y sociológicas con referencia a los valores y llegamos hasta el fondo de cada una de esas tesis, en primera impresión totalmente dispares, podemos comprobar, que en el fondo afirman —de una manera o de otra— los valores de la personalidad, de la comunidad, de la universalidad, que todos vienen a reducirse en tres: la libertad, la solidaridad social y la humanidad.

Ahondemos, sin embargo, para ir haciendo claras nuestras propias ideas, un poco más en la ardua problemática de los valores.

A partir de fines del siglo pasado, el concepto de valor adquiere gran importancia y se convierte en uno de los temas fundamentales de la filosofía. Las discusiones que planteó bien puede decirse que agotaron casi por completo el campo de los problemas morales. En este sentido, en el dominio de la teoría de los valores, se presentó el mismo conflicto que se había ya oído en cuanto a la teoría del bien: la participación entre un concepto metafísico o absolutista y un concepto empirista o subjetivista del valor en cuanto tal. El primero da al valor una categoría metafísica, la cual es completamente independiente de las relaciones de ese valor con el hombre, con sus actividades o las sociedades. Esta concepción se dirige a intentar una separación radical entre el valor y la duda, la crítica o la negación de esos va-

(2) Dujovne, León "Teoría de los valores y filosofía de la Historia". Biblioteca Filosófica Paidós. Buenos Aires, 1959, p. 36.

(3) Dujovne, León, ob. cit. p. 400.



lores y del modo de vida que crean cuando se funda el hombre o la sociedad en sus actuaciones respectivas. El intento, cuando se enfrenta a la realidad circunstancial o a la realidad histórica es totalmente pueril, si pensamos en un valor que está terriblemente arraigado entre los hombres, que desata pasiones y, que como decía el Arcipreste de Hita.

“Al torpe fase bueno, et omen de prestar,  
fase correr al cojo, et al mudo fabrar,  
Sea un ome nescio et rudo labrador,  
...le fasen fidalgo é sabidor”. (4)

Además, y como si lo anterior fuese poco, es cambiante y relativo, y los filósofos, con mucha pudicia y remilgos, no lo quieren tomar en cuenta. Me refiero al dinero.

No podemos hacer, por otro lado, una división tajante entre un *homo sapiens* y un *homo faber* u *homo economicus*, dando al primero el saber científico y a los segundos un saber tecnológico productor de riquezas y, sobre todo, si tratáramos de hacer una diferencia de valores entre los de la ciencia y los de la técnica, como parece decirlo Spranger, (5) pues en la época actual ambas esferas se entrecruzarían. Si lo económico es fundamental para la vida del hombre y si en eso pudiéramos encontrar una explicación del origen de la filosofía de los valores, o de uno de sus orígenes, no podríamos negar la relación íntima que se establece entre economía y derecho, y en última instancia, con la moral. “Moral y derecho no son lo mismo, pero si hay quienes sostienen que el derecho es el ordenamiento que asegura la vigencia de un mínimo de moral indispensable para la convivencia social, no son menos convincentes las razones de quienes afirman que las instituciones jurídicas contribuyeron a abrir el camino a las formas morales más elevadas en la vida concreta de las sociedades humanas”. (6) Esto nos puede servir para ilustrar dos tesis también contrapuestas, la que nos habla de la pluralidad de las esferas de los valores y la relativa independencia de sus exteriorizaciones y la del monismo valorativo, donde cada valor es independiente de otro. Más adelante, y como conclusión, volveremos sobre este problema.

De tal modo, la metafísica de los valores que considere a éstos como principios ontológicos, que son realizables únicamente por Dios o por alguna razón universal, quitaría del hombre toda razón de ser, pues al seguir tal hipótesis hasta el extremo, los valores no tendrían necesidad del hombre para poder ser realizables. En el mundo, un deber para el hombre no sería posible más que bajo la condición de que existan valores, y éstos, sin la participación del hombre en su quehacer, permanecerían irrealizados. Este deber del hombre no es otro que el que fundamenta a la dignidad suya y su peculiar posición en medio de todos los seres.

(4) Arcipreste de Hita, “El Libro de Buen Amor”. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. París, 1936, p. 81.

(5) Dujovne, ob. cit., p. 440.

(6) Dujovne, ob. cit., p. 440.

Tal vez el mejor representante de la tesis acerca de los valores que se ha llamado empirista o subjetivista sea Federico Nietzsche, quien afirmaba que hay una relación estrecha entre el ser del valor y el hombre, de donde no existe un valor que no sea “una posibilidad o un modo de ser del hombre mismo”. (7) Sin embargo, dentro de este sendero en la concepción del valor, la tesis relativista nació más claramente dentro del historicismo diltheyano. “La historia misma —dice Dilthey— es la fuerza productiva que engendra las determinaciones de valores, los ideales, los fines con los que se mide el significado de hombres y de acontecimientos”. (8) De donde, “lo valioso... existe en la historia únicamente en la medida en que nace, actúa y perece en esta conexión? existe una determinación de valor desprendida de este curso histórico?... El patrón de todo juicio... lo encontramos en los conceptos relativos de valor, significado de nación y de época... esto quiere decir el reconocimiento... de la inmanencia... de aquellos valores y normas que se presentan como absolutos en la conciencia histórica”. (9)

La teoría indicada no es tan nueva, porque ya Jenófanes, poeta y filósofo griego, más o menos contemporáneo de Pitágoras, en el 532 a. de C., había señalado en uno de sus poemas lo que nos ilustra, tal vez con mayor claridad que Dilthey, el problema en que ahora estamos: “Los etíopes dicen de sus dioses que son de nariz roma y tez oscura, y los tracios de los suyos que son de ojos azules y cabellos rojos. Si los bueyes y caballos tuvieran manos y quisieran dibujar o producir obras de arte como los hombres, los caballos dibujarían a sus dioses como caballos, y los bueyes como bueyes, y esculpirían sus cuernos divinos conforme al modelo de los suyos propios”. (10)

Más drásticamente que nuestro casi contemporáneo Dilthey y el antiguo griego, Georg Simmel (1858-1918), filósofo alemán, reafirmó el relativismo de los valores en relación a la historia. Para arribar a su concepción, Simmel parte del estudio de los valores económicos y al reconocerles su intrínseca relatividad, llega a darles esa categoría a todos los otros valores. De aquí se colige que el valor nunca es una entidad objetiva. Su objetividad se produce únicamente por la correlación que se establece entre sujeto y objeto, por lo tanto, se niega la subsistencia de los valores absolutos y se define como valor solamente lo que los hombres reconocen como tal en determinadas condiciones históricas. Hace Simmel una acertada distinción entre lo que sería la propia esfera de los valores y la esfera de la realidad, basado en que entre ambas no se encuentra la división efectuada por un *status* ontológico propio, sino por una calificación categorial, que puede, al final de cuentas, investir cualquier objeto.

(7) Abbagnano. Op. cit., p. 1176.

(8) El Mundo Histórico. Obras completas. VII. Fondo de Cultura Económica. México. 1944. p. 317.

(9) Ibidem, p. 317-318.

(10) Diehl, E. *Anthologia Lyrica*, I. Teubner. Leipzig. 1922, ps. 58-59 cit. por Toynbee, Arnold J. “Estudio de la Historia”. Emecé. Argentina. 1956. I. 23.



De todo lo anterior —y únicamente en mi criterio—, se puede deducir que el valor no es tan sólo la preferencia o el propio objeto de la preferencia, sino lo que es preferible, deseable, “el objeto de una anticipación o de una espera normativa”.<sup>(11)</sup> Por otro lado, el valor no es únicamente un ideal del que se pueda prescindir completamente en las elecciones o preferencias, porque es una guía o norma, que puede ser violada y transformada en su opuesto en cualquier momento de la elección misma y, en todo caso, teniéndola únicamente como un criterio de juicio.

No otra cosa es lo que afirma Frondizi: “La organización económica, jurídica, las costumbres, la tradición, las creencias religiosas y muchas otras formas de vida que trascienden la ética, son las que han contribuido a configurar determinados valores morales que luego son afirmados como existentes en un mundo ajeno a la vida del hombre. Si bien el valor no puede derivarse exclusivamente de elementos fácticos, tampoco puede cortarse toda conexión con la realidad. Un corte semejante condena a quien ejecuta a mantenerse en el plano descarnado de las esencias”.<sup>(12)</sup>

Es únicamente por obra de la sociedad que el valor se dota de fijeza y de cierta generalidad. Pero los valores —como se puede comprobar fácilmente dándole un vistazo a su propia historia particular— evolucionan, cambian, se transforman y pueden devenir en sus contrarios. Cada uno de ellos tiene su propia historia y, es más, los valores por su diversidad, cambio y movimiento, forman, concebidos de esta manera, el contenido más profundo de la historia. “Si en los rasgos fundamentales de la naturaleza humana y de las condiciones esenciales de la vida en sociedad hay algo de universal, de permanente, y de necesario, los valores que le corresponden han de presentar también una suerte de necesidad, “bajo la diversidad de las formas y la variedad de las aplicaciones”.<sup>(13)</sup>

La mudanza de los valores, pues, no puede negarse, porque podemos comprobar la infinidad de morales históricas, y el cambio en las modas, que también son valores, y los gustos de las diversas épocas culturales, que como dice Hartmann, “prefieren ya un lado, ya otro, de las cosas humanas”.<sup>(14)</sup>

Según Jolivet, tesis que comparto, es “el hombre quien inventa y crea los valores, como otras tantas respuestas a esta llamada de lo alto (la voz de la conciencia), que es la llamada a realizarse a sí misma según la perfección de su naturaleza. Y a la vez, el hombre se inventa a sí mismo, en el sentido de que adquiere una conciencia cada vez más clara de lo que él es, y de lo que debe realizarse para ser

(11) Abbagnano, ib. p. 1178.

(12) “¿Qué son los valores?”. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición. México. 1958. p. 127.

(13) Dujovne, León. ob. cit., p. 214.

(14) Ibidem, p. 110.

plenamente lo que es”.<sup>(15)</sup> O sea, que el hombre es quien en definitiva juzga subjetivamente, fuera de todo control de índole objetiva, y es ese hombre de carne y hueso el único responsable de su propio juicio o valoración. Sartre lo indica de manera muy clara: “Ma liberté est l'unique fondement des valeurs”, mi libertad es el único fundamento de los valores y no hay nada, que venga a justificarme a mí mismo —fuera de Dios—, el que yo escoja un valor en lugar de otro, o me enrede con una jerarquía de valores en lugar de otra.

Si se habla de valores, debe llegarse en última instancia a enfocar también la ética. Según una definición bastante aceptada, se puede decir que la ética es “la ciencia del impulso de la conducta humana e intenta determinarlo con vistas a dirigir o disciplinar la conducta misma... habla de los ‘motivos’ o de las ‘causas’ de la conducta humana o también de las ‘fuerzas’ que la determinan y pretende atenerse al reconocimiento de los hechos”.<sup>(16)</sup> Sin embargo, en la “ética contemporánea falta aún una teoría general de la moral, que corresponda a la teoría general del derecho, o sea una teoría que considere la moral como una técnica de la conducta y se aplique a considerar las características de esta técnica y las modalidades por medio de las cuales se realiza en grupos sociales diferentes”. Obviamente, una teoría general de la moral no partiría de una tarea preventiva en relación con una tabla de valores determinada: su tarea sería simplemente la de considerar la constitución de las tablas de los valores que se ofrecen al estudio histórico y sociológico de la vida moral y de descubrir, en caso de ser posible, las condiciones formales o generales de tal constitución. Pero podría —y debería— utilizar ampliamente la ética del siglo XVIII y, en general, la ética de la motivación y presentarse como la continuación de tal concepción. La ética, como técnica de la conducta, parece a primera vista más extensa que el derecho como técnica de la coexistencia. Pero si se reflexiona que toda especie o forma de la conducta es una forma o especie de coexistencia, o recíprocamente, se ve enseguida que la distinción de los dos campos es mera materia de conveniencia para delimitar problemas particulares, grupos de problemas o campos específicos de consideración o de estudio”.<sup>(17)</sup>

Si tomamos en cuenta que la idea generalizada de que el valor supremo y directriz del derecho es la justicia, y hacemos a un lado las doctrinas formalistas de la moderna filosofía del derecho, que acogen la tendencia de prescindir de todo ideal valorativo y, por consiguiente, de la misma noción de la justicia, abandonada por esas teorías al plano de las esferas política y social, y considerada extraña a la del derecho, nos enfrentaríamos primero que todo, a distinguir los principales significados de tal idea de justicia. Podríamos, entonces, resumir la problemática milenaria sobre la justicia en dos principales

(15) Cit. por Mandrioni, Héctor D. “Introducción a la Filosofía”, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1964, p. 145.

(16) Abbagnano. Ibidem, p. 467.

(17) Abbagnano, ibidem, p. 475.



significados o tendencias: a) según el cual la justicia es la conformidad de la conducta a una norma; y b) aquel por el cual la justicia constituye la *eficiencia* de una norma o de un sistema de normas. Se entiende en este contexto, por eficiencia de una norma, una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres. En el primer sentido indicado, este concepto es conveniente para juzgar el comportamiento humano, tomado globalmente, o el de una persona en particular, pero también por su comportamiento. Ahora bien, de acuerdo con el segundo criterio dicho se lo adopta para juzgar las normas en sí que regulan ese comportamiento.

En otras palabras, este significado último de justicia es el ejercicio del juicio, por medio del cual todo hombre libre puede juzgar las órdenes normativas que lo rigen. En cuanto al fondo de este juicio y que en la actualidad no puede ejercerse echando mano a nociones lógicas o ideales quiméricos, es un hecho reconocido, pero es también cierto, que es un hecho que debe ser considerado como objeto de una disciplina específica —que bien podría ser la filosofía del derecho—, para que lo haga positivo dentro de un rigor científico, sin quitarle, empero, ninguna de sus condiciones empíricas. Así tratado, el concepto de justicia puede todavía llegar a tener la función que siempre ha conservado y poseído, o sea, la de ser un instrumento de reivindicación y de liberación del hombre.

Podríamos decir, que la idea de justicia, como juicio que puede y debe aplicarse al derecho, según sus propias épocas históricas, ha sido frecuentemente asimilado al concepto extraño a ella que debe enjuiciar. Así, vemos que Aristóteles, (18) expone que la “sanción del derecho es el orden de la comunidad política y la sanción del derecho es la determinación de lo que es justo”. Para poder llegar a la comprensión de un derecho de tal categoría, es necesario llegar a concebir el derecho natural, y éste con las características absolutas de ser siempre el mejor y siempre el mismo, como lo define Aristóteles en su “Ética a Nicómaco”. (19) Esta concepción tiene que llevarnos todavía más adelante, pues es ese derecho natural el “que tiene la misma fuerza en todas partes y es independiente de la diferencia de opiniones”, (20) cuando, si se fundara el derecho en la convención o en la utilidad, sería análogo a las unidades de medida o juicio que variarían de lugar a lugar. Fueron los estoicos —como es bien sabido—, quienes con el tiempo hicieron más explícito el fundamento filosófico de toda esta doctrina, al identificar totalmente el derecho natural con la justicia y a la justicia con la razón.

También Grocio acuerpa esta tendencia, al definir el derecho natural como “el mando de la recta razón que indica la fealdad moral o la necesidad moral inherente a una acción cualquiera, mediante el acuerdo o el desacuerdo de ella con la naturaleza racional misma”, (21)

(18) “Política”. I. 2. 1254a.

(19) V. 16, 1135 a 1.

(20) Ibidem, V. 6, 1135 a 17.

(21) De iure belli ac pacis, I. 1, 10, cit., de Abbagnano, ibidem p. 297.

o sea, que quien da el sentido de la justicia y de la injusticia es el derecho natural, porque se “entiende por injusto aquello que repugna necesariamente a la naturaleza racional y social”. (22) También Kant, aunque no tan claramente, concibe esta misma situación, al decirnos que el derecho es “el conjunto de las condiciones por medio de la cual el arbitrio del uno puede acordarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”. (23) Bajo este aspecto, el derecho natural y el derecho positivo no difieren y vendrían a diferenciarse únicamente en cuanto a que el primero, o sea el natural, descansa sólo en principios *apriori*, mientras que el otro, el positivo, resulta de la voluntad del legislador. (24) Parecida línea a la de Kant siguen tres grandes filósofos del derecho: Jellinek, Croce y Stammler. El primero con su teoría del derecho como mínimo ético; el segundo con su relación de actividad jurídica y actividad económica, identidad que le sirve al filósofo italiano para distinguir el derecho de la moral, pero también para relacionarlo con ella, de acuerdo con el esquema kantiano; y, el último, “quien considera el derecho natural como tendencia inmanente en todo derecho positivo y la moralidad como perfección del Derecho recto, o sea su cumplimiento último”. (25)

—0—

Se han hecho ya en el transcurso de este trabajo muchas referencias a la justicia como norma y guía del derecho o como valor supremo del mismo. Se podría hacer referencia ahora —haciendo un gran paréntesis—, a las formas en que nuestra legislación positiva —al menos las Constituciones Políticas y la legislación que se pudiera llamar mayor— trata el concepto. Tomemos nuestras Constituciones Políticas en conjunto. No es sino en el artículo 34 del “Segundo Estatuto Político de Costa Rica”, de 16 de mayo de 1825, en que se viene a citar por primera vez la palabra justicia, pero de manera indirecta, sin definirla ni darle importancia, al hablar de que cuando exista un conflicto entre dos pueblos o un pueblo y un particular debe observarse “en este caso, para la administración de justicia, la Ley de Tribunales”. En el artículo anterior —sea el número 33— se dispone que el Gobierno hará “que las autoridades respectivas administren justicia recta y prontamente con arreglo a las leyes”. De aquí en adelante, con ligerísimas excepciones, estos conceptos globales han venido repitiéndose en nuestra legislación, con pasmosa regularidad, sin meditar suficientemente en cuanto al fondo de lo que se dice. La justicia no puede calificarse así. Si no fuera justicia recta no sería justicia. Esto anterior casi que también se puede aplicar al otro concepto limitador del de justicia. De acuerdo con esta constitución y otras muchas siguientes, la justicia debe impartirse siempre y cuando se haga

(22) Ibidem, I, 2, 1, cit. de Abbagnano, ibidem p. 297.

(23) Metafísica de las Costumbres. I, Intr. s 3.

(24) Ibidem, Div. de la doctr. del D., s B.

(25) Abbagnano, ibidem p. 301.



“con arreglo a las leyes”, y si una de éstas fuera injusta —lo cual no es de extrañar—, la justicia no podría aplicarse en manera alguna, pues ella debe siempre bajar la cabeza ante el imperio de la ley.

En la “Constitución de la República Federal de Centroamérica”, de 22 de noviembre de 1824 —no hecha por costarricenses—, hay dos referencias: una indirecta al disponer sobre la “Suprema Corte de Justicia”, y otra directa al señalar que es obligación de esa Suprema Corte velar “sobre la conducta de los jueces inferiores de la Federación, y cuidará de que administren pronta y cumplidamente la justicia”. Aquí se le quitó a la justicia el calificativo de recta pero se le agregó el de cumplida. Este calificativo a la justicia, que debe administrarse “cumplida” o “cumplidamente”, se ha repetido casi en todas nuestras cartas fundamentales a partir de la Federal. Esta idea, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa lleno, cabal, acabado, perfecto. Es, como se decía atrás, tan necio el calificativo como el de justicia recta, porque si la justicia dejara de ser “cumplida”, perdería su propio sentido y se convertiría, automáticamente en injusticia.

La “Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica”, de 25 de enero de 1825, es la primera Constitución en nuestra historia jurídica que invierte el lugar común de considerar la justicia como legalidad o sea su estricta conformidad con las normas o leyes debidamente promulgadas y supedita, más bien, el derecho a aquélla. El artículo 7º dice: “La Ley debe ser igual para todos y no puede prohibir, sino lo que es dañoso á la sociedad, ni mandar sino lo que sea útil y justo”. Como si esto fuera poco, recalca en el siguiente artículo 8º: “Toda ley que viole los sagrados derechos del hombre y Ciudadano, declarados en los artículos precedentes, es injusta y no es Ley”. No habría encontrado yo una solución positiva más perfecta para el arduo y grave problema que significa el derecho injusto. Con sencillez nuestros antepasados, muy inteligentemente, y haciendo un paréntesis en el concepto repetido luego con tenacidad, de confundir justicia con derecho, declararon que no era derecho lo que fuera injusto. También esta Constitución se refiere indirectamente a la justicia al disponer sobre la “Corte Superior de Justicia” (Cap. 9º) y al referirse a la “administración de justicia” (art. 110). En la reforma a esta Ley fundamental de 22 de abril de 1830 se transformó bastante todo lo relacionado con la “Corte Suprema de Justicia”.

Dando un salto a la “Ley de Bases y Garantías” de 8 de marzo de 1841, se hace una referencia indirecta al organizar la “Cámara de Justicia (art. 4, inciso 4), y como obligación del Primer Jefe se encuentra la de velar porque “la justicia se administre cumplidamente”.

La “Constitución Política del Estado de Costa Rica”, de 9 de abril de 1844, consagra a favor del pueblo (art. 3º) el derecho a la revolución, si “el Gobierno, cualquiera que sea su forma, no llene el objeto de su institución, manteniendo la paz pública por la observancia de las leyes justas”, y, es más, en el artículo 5º declara nulos los actos del Estado “si atacan á alguno ó algunos de los derechos na-

turales del hombre ó de la comunidad”. Este concepto se aclara en el artículo 20: “La ley debe ser igual para todos y no puede prohibir sino lo que es dañoso á la sociedad, ni mandar sino lo que le sea útil y justo”. Con 20 años más de la Ley Fundamental permanece todavía viva esa idea. Esta Constitución, en cuanto a la legislación procesal, tanto civil como criminal, da una norma general muy interesante: “las leyes que lo arreglan —se refiere a esos procesos— deben ser estrictamente justas y razonables”. También organiza la “Corte Suprema de Justicia” y se refiere a la “Administración de Justicia”.

La Constitución Política de 10 de febrero de 1847, se asustó del amplio derecho a la revolución que garantizaba la Constitución anterior, y muy comedidamente, dejó la cuestión como el derecho de quejarse al Poder Legislativo. En cuanto al sistema procesal hizo la misma referencia que la anterior. Al organizar el Poder Judicial, reservó a la Corte Suprema de Justicia el fiscalizar que los jueces administren justicia pronta y cumplidamente (art. 134).

Extrañamente, la Constitución de 27 de diciembre de 1859, sólo se refirió a la justicia al hablar en su artículo 124 de los “funcionarios que administren justicia” y antes a la “Corte Suprema de Justicia”.

En la Constitución de 15 de abril de 1869, volvió a relucir la confusión entre derecho y justicia al disponerse en el artículo 41, que todo “costarricense ó extranjero, ocurriendo a las leyes, debe encontrar remedio para las injurias o daños que haya recibido en su persona, propiedad ú honra. Debe hacerse justicia cumplidamente y sin denegación, prontamente y sin dilación, y en estricta conformidad con las leyes”. Por supuesto, también habla de justicia cuando organiza la “Corte Suprema de Justicia”. La Constitución de 1871 repite lo citado atrás de la de 1869, con algunas variantes sin mayor importancia.

La Constitución de 1917 se refiere a los “tribunales de justicia” (art. 7º) y manda en el artículo 20 que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma”, porque, “la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales de justicia”. También recurre en el error de las anteriores y dice que la justicia debe ser pronta y cumplida, pero “en estricta conformidad con las leyes” (art. 21). Sin embargo, en otro párrafo de este mismo artículo, consagra un principio que no se vuelve a ver en las Constituciones costarricenses y es el que los “tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda o decida el caso sometido a su fallo. No habiendo ley aplicable, acudirán a los principios de derecho y de eterna justicia”. Este concepto podríamos decir que bajó de categoría, porque ahora lo tenemos acomodado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 3º). También esta Constitución se refiere indirectamente a la justicia cuando organiza la “Corte Suprema de Justicia” (art. 108 y sigs.).

La Constitución de 1871 volvió a vivir casi que por arte de magia cuando murió la de 1917, y en su larga vida conoció muchos



remiendos. En lo que nos interesa, en cuanto ahora nos concierne, es el efectuado por Ley N° 24 de 2 de julio de 1943, que colocó en nuestras Constituciones una nueva clase de justicia, al ordenar que los derechos y beneficios procedentes del trabajo, se deriven "del principio cristiano de Justicia Social" (art. 65). ¿Será esta justicia una derivación o especialidad de la Justicia? Desgraciadamente, esa Constitución reformada y la de 1949 vigente, que acogió el principio con algunas variantes graves, no explican qué es el asunto; más bien esta última Constitución, dice que la enumeración de principios no excluye otros "que deriven del principio cristiano de justicia social", pero le impuso un freno legalista a esa justicia cristiana y social, al disponer que se aplicará en la forma "que indique la ley".

El artículo 41 de la Constitución en comentario, haciéndose eco de la tradición legalista del país, primeramente consignada en el artículo 34 del Segundo Estatuto Político de 1825, vuelve a decir: "ocurriendo a las leyes, todas han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Otra vez, la confusión entre justicia y derecho, o más bien, creer con vana ilusión que todo el derecho es irradiación de la justicia. Es un concepto bastante pobre de justicia como legalidad. Veamos que esta idea se hace también patente en el artículo 48, cuando al garantizar el recurso de Hábeas Corpus, no lo da a quien sin justicia se encuentre prisionero, sino a quien se considere "ilegítimamente" privado de su libertad. En la organización del Poder Judicial (Título XI), la única referencia a justicia se hace cuando se dispone sobre la Corte Suprema de Justicia y, es más, el artículo 153 ordena que el Poder Judicial debe conocer y resolver definitivamente los asuntos que se le encomiendan por ese mismo artículo, pero no dice cómo ni de acuerdo con qué, aunque en el artículo siguiente se diga que el "Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la Ley", y por esto podemos entender que aquellos casos debe resolverlos solamente de acuerdo con la Constitución y las leyes, haciendo a un lado la Justicia.

No tomando en cuenta muchas referencias en nuestra legislación a justa causa, justo título, etc., para no hacer más extenso este exagerado paréntesis, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 3°, al señalar los tribunales que funcionan en el país, se olvida del derecho y dice con grandilocuencia que la "Justicia se administra...". El Código de Procedimientos Civiles, resumen del legalismo más acendrado, olvidándose de ese su pecado original, en el artículo 1° dispone que para "entablar una acción ante los tribunales de justicia —yo apunto y no de derecho— se requiere...", y el Código de Trabajo, en su artículo 1°, reproduce más o menos el 65 de la Constitución de 1871, y nos vuelve a hablar de "los principios cristianos de Justicia Social".

Tal vez como un dato curioso se podría agregar, que en todos nuestros índices legislativos o jurisprudenciales, desde los hechos a mano, en papelitos y con infinita paciencia por don Octavio Beeche,

hasta los modernos equipados a máquina, con cientos de tarjetas y secretarías y la ayuda de computadoras, me imagino yo, no han hecho una sola referencia, ni directa ni indirecta, a la voz "justicia". Podríamos preguntarnos ahora, ¿qué si se habrá juzgado —consciente o inconscientemente—, que tal voz no tiene importancia ni para el abogado litigante ni para quien use esos índices? ¿Será esto una posible influencia del triste positivismo jurídico decimonónico todavía vigente en Costa Rica?

Luego de este largo paréntesis, nos queda la idea de que entonces la justicia —enfocada dentro del aspecto del derecho cruelmente positivo—, no es otra cosa que la aplicación a un caso concreto de lo que disponga una ley, al menos aquí en Costa Rica, y que esa luz y guía del derecho, o esa máxima aspiración del derecho, que debe ser la justicia, queda en muy poco. Eso nos viene a confirmar que en cada época histórica son los hombres los que crean sus propios valores.

—0—

Si en última instancia, pues, se concibe a los valores como creados por el hombre, y a este hombre no colocado en un recipiente al vacío, sino inmerso en la sociedad y a esta sociedad fluida y cambiante, topamos con varios problemas que se deben resolver: 1) que la sociedad no es un ente inmutable siempre igual a sí mismo, sino que pasa por diversas etapas, desde su propia génesis, a su período de crecimiento, luego al colapso y, finalmente, a su desintegración; y 2) que la sociedad o civilización no está compuesta, desde su génesis a su desintegración, por los mismos individuos, además de que los componentes de la sociedad también cambian, personalmente y en sus funciones de relación con la sociedad misma.

La sociedad se compone de individuos interrelacionados por un sistema de instituciones. Se podría descomponer una sociedad cualquiera en su etapa de crecimiento en dos grupos relevantes: una minoría creadora o individuos creadores y una mayoría no creadora, que responde, sin embargo, a la incitación del cambio que le ofrecen los primeros por un proceso de mimesis. No olvidemos que Aristóteles también llamaba al hombre un animal mimético. Esto se puede ver muy claro en las sociedades que durante el período de génesis y luego al tránsito al crecimiento, se desarrollan por estos complejos de imitación, al haber respondido la minoría creadora con todo éxito, al reto inicial que la empuja al crecimiento.

Cuando la sociedad se abalanza al colapso y, finalmente, sucumbe en la desintegración, la minoría creadora se transforma en una minoría dominante y la mayoría no creadora se divide en dos componentes: un proletariado interno y un proletariado externo. Veamos ahora muy resumidamente como responden estos grupos a la producción de los valores, que es lo que aquí fundamentalmente interesa, en las diversas fases por las que atraviesa toda civilización.



Toda sociedad, concebido este término dentro de la terminología toynbeeana, nace debido a dos circunstancias, por su desprendimiento de sociedades primitivas al ingresar a la civilización —la míoica o sumérica de tribus y grupos que se pierden dentro de la prehistoria—, o por el proceso de filiación —como procedió la civilización nuestra occidental cristiana de la helénica—. Nacida la sociedad por el éxito en la contestación acertada de un reto, y si contesta debidamente la concatenación que se presenta luego de reto-respuesta y así sucesivamente, inicia su proceso de crecimiento, o sea, su propio ir hacia la autodeterminación y diferenciación de las otras sociedades. Esta autodeterminación, sin embargo, no se produce en todos los componentes de la sociedad tomándola como una totalidad, sino que se inicia y prospera debido a una serie de personalidades creadoras que arrastran a la mayoría a imitarlas, por el juego de movimientos automáticos espirituales de mimesis. Estas personalidades comienzan el proceso en sí mismas por un retiro de la propia sociedad y un retorno a la misma con un nuevo bagaje de ideas. El irse fuera de la sociedad —de manera física o espiritual— para volver a ella con un cúmulo de experiencias nuevas, incita a esa sociedad a la imitación que va produciendo paulatinamente el desarrollo de la sociedad. Recordemos el ejemplo de Mahoma —por claro en cuanto a este respecto—, que se retiró de la ciudad santa de la Meca a meditar a los montes y a la ciudad de Medina y, luego, volvió a conquistar espiritual y físicamente a la ciudad santa. Tan claro es el ejemplo, que la cronología árabe se inicia con la Hégira, o sea, el retiro. Otro grupo de líderes o personalidades creadoras de esta misma especie pueden encontrarse en San Pablo, San Benito, Gregorio el Grande, Buda, Solón, Pedro el Grande, Lenin, Confucio, etc.

Este movimiento de retiro y retorno, originalmente personal e individual, lo sufren en su conjunto también los componentes parroquiales de una sociedad. Así, por ejemplo, Atenas en el segundo capítulo del crecimiento de la sociedad helénica; Italia en el segundo capítulo de crecimiento de la sociedad occidental e, Inglaterra, en el tercer capítulo de crecimiento de esa misma sociedad.

Ahora bien, esta pléyade de creadores incita a las mayorías no creadoras de la sociedad a seguirlos y son ellos en realidad quienes marcan las pautas valorativas de su correspondiente sociedad. Pero, también, son los estados parroquiales quienes crean —en épocas determinadas y determinables—, un conjunto de valores que se imponen sobre el conjunto de la sociedad dentro de la cual forman parte. Tenemos, como ejemplo a Italia, en el período llamado “Renacimiento”, a Inglaterra, cuando en el tercer período de nuestra sociedad incitó a las otras con su sistema constitucional y, ahora, se quiera o no, son los Estados Unidos de América, los que crean una serie de valores —o disvalores, según la perspectiva histórica o política desde donde nos coloquemos—, que el resto de la sociedad occidental trata de imitar e imita.

Pero, cuando una sociedad entra en su colapso —por no haber contestado debidamente un reto o incitación, en la helénica, por

ejemplo, la obra de paz entre todos los estados parroquiales helénicos en el siglo V a. de C.—, y, finalmente, en su desintegración, su composición interna se desmembra. Ya no presenta la clara unidad que la iba diferenciando de las otras a través de su crecimiento, sino que al producirse en su cuerpo social un cisma, la vemos formada por una minoría dominante, cambio que tuvo en sí misma la minoría creadora y, dos proletariados —idea que en este contexto no tiene explicación ni explicación marxista, sino como grupos de individuos que viven en la sociedad pero que realmente no son de la sociedad—, proletariados que es uno interno y otro externo. Estos proletariados juegan dos diversos papeles. El primero formado por elementos extraños de civilizaciones colindantes o propios de la civilización dentro de ella, crean por reacción a la opresión de la minoría dominante, un escape, y así por un sincretismo muy explicable, nacen dentro de ellos las religiones superiores, al menos en los proletariados de civilizaciones de una segunda generación. El externo, compuesto por elementos fuera de la civilización, dan el último golpe a ésta, en el fenómeno que se conoce con el nombre de invasiones bárbaras.

La minoría dominante, que crea en la sociedad en desintegración el “Estado Universal”, o sea esa unidad política total que viene a obtener una sociedad en ese período de su desarrollo, por ejemplo, es el papel que jugó el Imperio Romano para la Sociedad helénica, forma una serie de instituciones tendientes a la unificación política de esa sociedad y también a la conservación de los valores que se juzgan importantes del pasado de la sociedad. Las codificaciones romanas y bizantinas y su papel son ejemplo de lo dicho atrás, en la sociedad helénica en desintegración. Pero, estos valores del pasado en conservación se enfrentan a grupos nuevos de valores: los creados por el proletariado interno y los traídos de afuera por el externo.

El proletariado interno de la sociedad en desintegración crea siempre —repito—, cuando se trata de una sociedad de la segunda generación (por ejemplo: la sociedad míoica/1a. generación/; sociedad helénica/2a. generación/; sociedad occidental cristiana/3a. generación), la religión superior que ata esa sociedad con su filial. Esta nueva serie de valores entran en conflicto con los valores de la sociedad desintegrándose. Claramente, podemos ver esta situación con el conflicto suscitado entre los cristianos primitivos de Roma y la actitud que hacia ellos mostraba el Imperio. El conflicto entre los sistemas de valores opuestos llega a extremos, pero, al ingreso en la sociedad moribunda de los invasores de afuera, o sea el proletariado externo, adquiere mayor virulencia y suceden varias situaciones: la minoría dominante se pliega al sistema de valores creado por el proletariado interno (en las codificaciones bizantinas las instituciones romanas se encuentran ya modificadas por el cristianismo), y el proletariado externo los acoge pero transformándolos. Los proletariados externos —en todo caso—, para citar un ejemplo, toman la religión superior pero en forma de herejía: los bárbaros adoptaron los principios cristianos en forma de nestorianismo, arrianismo, monofisismo, etc.



Esto nos hace ver, que en determinados momentos históricos, los valores que pueden detectarse en una sociedad sometida a estudio, no forman nunca un único sistema, sino que son entrelazamientos de sistemas, muchas veces en conflicto y, en conflictos que llegan casi siempre a la virulencia. Entre nosotros mismos —si nos examinamos con valentía—, no encontramos un único sistema rígido de valores que nos gobierne, sino que aparecen muchas veces ellos determinados por las circunstancias históricas o sociales en que nos encontremos. Lo que llamados eufemísticamente cambio de ideas, amplitud de mente, o, usando esa palabra tan en boga hoy, “concientización”, no es otra cosa que el desechar un sistema de valores para acoger otro. Ahora, bien puede decirse, que el criterio que nos ha servido para cambiar también es un valor, pero ese nuevo valor, sin duda alguna, ha sido el producto de una nueva concepción de mundo en el momento en que nos hallamos. Desgraciadamente, podríamos decir que no hay —al menos en mi criterio—, un sistema de valores absoluto, sino sistemas de valores netamente históricos en entrelazamientos conflictivos.

C. Wrigth Mills, en su libro “La Imaginación Sociológica”,<sup>(26)</sup> dice lo siguiente, que vendría a calzar con lo que se ha sostenido hasta ahora: “Y en el fin mismo, si se llega al fin, los problemas morales se convierten en problemas de poder, y en último extremo, si se llega al último extremo, la forma definitiva de poder es la coacción. De lo que creemos no podemos deducir cómo debe obrar otro hombre de cómo creemos nosotros que debemos obrar. Al final, si es que llega el final, tenemos que dar en la cabeza a quienes no están de acuerdo con nosotros; esperemos que el final se presente pocas veces. Entre tanto, siendo todo lo razonables que podamos, debemos discutir”. Este párrafo transcrito se explica por sí mismo y su evidente relación con el problema que estamos tratando aquí.

Ahora bien, se han hecho a lo largo de estas meditaciones referencias y discusiones en cuanto a los valores en general, pero en relación con algunos que pudiéramos llamar propiamente jurídicos, para separarlos del resto, se ha guardado silencio. Podría replicarse que se ha dicho bastante sobre la justicia, pero este valor no pertenece propiamente al campo del derecho, sino que es el principio por el cual se puede juzgar al mismo derecho desde afuera, como un valor que lo sobrepasa y, también, este valor, que no es propiamente jurídico, desempeña su papel en el juzgamiento de muchas situaciones de la vida diaria que no tienen la menor relación con el derecho.

O sea, que la justicia es en cuanto al derecho la razón que hace aptos para juzgar las cosas y es, en ese sentido, superior a lo que se juzga de acuerdo con ella, de donde el derecho debe reconocerse como inferior a lo que sirve de pauta para su juzgamiento. Por ejemplo, un artista bien puede juzgar las obras que crea, pero de allí no puede elevarse a juzgar la norma que “conoce” y según la cual ha

juzgado. Dicho de otro modo, si esa norma que capacita el juzgamiento fuese capaz de ser juzgada —debería de ser de tal modo o de otro—, no se podría ni siquiera juzgar, porque haría falta la norma según la cual está capacitado para juzgar. Por tanto, jurídicamente hablando no se puede juzgar con la razón jurídica la norma según la cual se juzga. Se comprueba sí, que la justicia —entendida como norma para juzgar— es lo que como tal es objeto de conocimiento y regla de juicio pero no objeto de juicio ella misma.

De esto se deduce que, comprobada la realidad de que con la justicia se puede juzgar al derecho y demostrado que no se podría juzgar el derecho si no existiese la regla de la justicia, tiene que concluirse que la justicia no puede sobrepasarse ella misma como regla de juicio sobre el valor de lo jurídico.

Ahora bien, esto no quiere decir que tal valor de justicia es inmutable y eterno, sino que es un valor que se adapta al medio histórico en que se encuentre la civilización específica, de donde, comparando los distintos valores del juicio, puede encontrarse que la justicia en sí misma cambia, como modo de juzgamiento, de acuerdo con el proceso en que la civilización se encuentre, tal y como se indicó atrás.

Creo que encontrar una fórmula que nos defina a los valores jurídicos con un criterio ontológico propio, o una serie de características que los definan de tal manera para así formar una axiología netamente jurídica, es bastante difícil y creo yo que imposible, sobre todo si se recuerda, o nos hacemos eco, de la sentencia, que es casi un axioma, que nos dice que el derecho es un realizador de valores. Dicho esto también con salvedades grandes, pues hay una serie extensa de instituciones humanas que realizan valores y que pueden también imponerlos normativamente o bajo coacción, sin que sean creaciones del derecho, me refiero, sobre todo, a las iglesias, como administradoras de las religiones superiores, entre otras instituciones.

Se podría argüir, sin embargo, que al derecho pertenece un valor especialmente jurídico, o sea su imposición inexorable en cuanto a la violación de una norma jurídica en especial, o sea, que vendríamos a caer en la teoría que nos dice que la coacción es el único factor que nos puede ayudar a esclarecer la esencia de lo jurídico en relación con los otros órdenes normativos. Pero esto no es cierto —según mi criterio—, ya que ese orden coactivo se encuentra en otros ordenamientos normativos, y, muchas veces, con una imposición mucho más fuerte que la del derecho, porque parte desde el fondo de la conciencia del hombre hacia el exterior y no solamente es exterioridad pura como el derecho.

El derecho, como producto cultural del hombre y de las sociedades, no viene a ser otra cosa que la plasmación de una serie muy grande de valores de esa misma sociedad, desde los más íntimos e individuales —como la dignidad y el honor— hasta algunos puramente materiales —como la riqueza y su propio disfrute—, haciéndose eco entonces el derecho de toda esa concepción de mundo vigente en la

(26) Traducción de Florentino M. Torner. Tercera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 1971, p. 94.



sociedad. De ahí es que el derecho generalmente vaya atrás del avance de los valores o de su transformación en la sociedad, siendo necesario siempre su frecuente reajuste, por medio de la reforma de los preceptos legales o de la interpretación judicial, que no es otra cosa que su adaptación a la época actual.

En tal sentido, no es posible hallar unas características *sui generis* de los valores jurídicos, porque el derecho no es creador de sus propios valores, sino que ayuda a la salvaguardia, conservación o declaración de los valores que la sociedad respectiva ha creado en su desarrollo histórico, al someter esos valores a un régimen especial de aclaración sistemática de los mismos. Una declaración de derechos de una Constitución Política, no es otra cosa que el poner en orden una serie de creencias fundamentales de la sociedad, así como en los códigos civiles, por ejemplo, en la sección de personas o en la que ahora se conoce como derecho de familia, se colocan las ideas que la sociedad tiene sobre esa familia y sus relaciones propias y sociales.

Cuando se habla de legislador, con cierto eufemismo, como si fuera una institución ajena a la humanidad, lo que llamamos legislador no es más que un conjunto de hombres, cada uno con su propio condicionamiento histórico y social, que pretenderá, con mayor o menor resolución, imponer su voluntad sobre los otros. Muchos ejemplos podemos encontrar en la historia de cómo la voluntad de uno se ha impuesto sobre los demás e imprime un nuevo modo de vida, que no es otra cosa que valores. Así, pues, con referencia a lo que atrás se decía, estos legisladores —según las circunstancias históricas propias de la sociedad en donde se presenten—, pueden asumir el carácter de una personalidad creadora —como Moisés—, o una personalidad dominante —como Hitler—, o minorías creadoras —como los grupos de individuos que crearon las repúblicas renacentistas italianas— o minorías dominantes, como esos grupos que pulularon no solamente en las tiranías y dictaduras centroamericanas.

Desde los romanos —tal vez un poco escépticos como producto de una civilización en desintegración— la teoría de la validez histórica de los valores —valga la redundancia—, ha tenido plena justificación. Ellos usaban decir *veritas et virtus filiae temporis* —la verdad y el valor son hijos del tiempo—. En esto, siguiendo el consejo de Alfred Stern, (27) deberíamos afirmar ese mismo principio, pero dándole otra connotación más amplia *veritas et virtus filiae temporum* —la verdad y el valor son hijos de los tiempos—, o sea, de todos los tiempos en conjunto, acogiendo dentro de la idea las contradicciones que vemos dentro de las civilizaciones y las contradicciones que nosotros también sufrimos, porque nuestros propios valores no son solamente nuestros, vienen tanto del pasado como chocan y se estremecen y muchos se deshacen al encontrar los del presente. Sin el pasado no tendríamos presente, aunque sea obvio subrayarlo.

(27) "La Filosofía de la Historia y el problema de los valores". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Eudeba. Traducción de Oscar Nudler. Buenos Aires. 1963. p. 218.

Toda controversia en axiología nos demuestra como primer punto la maravillosa creatividad del espíritu humano y, en un segundo lugar, las controversias que se han visto durante toda la historia sobre valores económicos, artísticos, morales y jurídicos. En la hora actual del mundo somos testigos de grandes antagonismos, más en el escenario de la vida que en el de la especulación filosófica, mucho más bruscos también, entre naciones diferentes y distintos orbes culturales y dentro de cada sociedad o dentro de cada país, entre el Estado y el individuo y también entre diferentes grupos sociales. Cada una de estas fuerzas oponentes pueden traducir su teoría a valores, y ya dentro de estas fuerzas oponentes a tendencias subjetivistas, objetivistas y absolutistas, pero en el fondo todos con ansias de universalidad.

No podemos negar tampoco en la hora presente la contradicción grave entre las tendencias e intereses universales y nacionales o, también, entre grupos humanos muy particulares. El llegar a la guerra por estas controversias amenaza con destruir inclusive a los que no participan en el debate y aún a los mismos beligerantes. Hay una discordia básica entre los que se proclaman defensores de la libertad en nombre de la dignidad del individuo y otros que aspiran a realizar el ideal de justicia en la sociedad. Esto, no nos hace pensar con tristeza?

"No es, acaso, inevitable la reflexión de que es quimérica una libertad que cohonest a la miseria y es invocada como presunta justificación de toda clase de expoliaciones? No es, acaso, evidente, que la justicia en nombre de la sociedad, no es justicia si para hacerse efectiva recurre al expediente del despotismo? El reclamo del respeto a la dignidad de la persona humana, supone la idea de humanidad. Cualesquiera que sean las connotaciones que se involucren en el término *salvación*, en la vida de los hombres en este mundo es legítima la reflexión de un sabio en el mejor sentido del vocablo: desunidos, la salvación es imposible; unidos, ella se vuelve probable". (28)

Yo creo personalmente que el afirmar una tesis historicista de los valores, esto llegue a implicar como respuesta afirmativa, que se está llegando a "afirmar que la vida humana carece de sentido y no es otra cosa que un absurdo", sino más bien lo contrario, que los valores que el hombre crea en la historia y que dentro del ámbito de su libertad acepta o rechaza, son los que convierten a ese hombre en un ser concebido como un complejo haz de libertades responsables ante sí mismo, su sociedad, la historia y, en última instancia, ante Dios.

Es, pues, dentro de la esfera de la libertad del hombre, que es Ley de Dios, donde puede hallarse la creación y vida de los valores, y donde se actualizan como producción originaria de esa "Ley perfecta de libertad" (St. I. 25) de que nos ha hablado el Apóstol Santiago, acrecentada y hecha viva "en la gloriosa libertad de los hijos de Dios" (Rom. VIII. 21) que nos indica el Apóstol de los Gentiles, Pablo de Tarso, y de acuerdo con la cual únicamente hemos de "ser juzgados" (St. II. 12).

(28) Dujovne. Ob. cit., p. 452.



## BIBLIOGRAFIA

- Abbagnano, Nicola. "Diccionario de Filosofía". Traducción de Alfredo N. Galletti. Segunda edición en español. Fondo de Cultura Económica. México, 1966.
- Arcipreste de Hita. "El Libro de Buen Amor". Librería de la Vda. de Ch. Bouret. París, 1936.
- Aristóteles. "Obras". Traducción del griego, estudio preliminar, preámbulos y notas por Francisco P. Samaranch. Tolle, Lege. Aguilar Ediciones. Madrid, 1964.
- "Ética Nicómano". Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Clásicos Políticos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1960.
- Dilthey, Wilhelm "El Mundo Histórico". Obras Completas VII. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.
- Dujovne, León "Teoría de los valores y filosofía de la historia". Biblioteca Filosófica Paidós. Volumen 2. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1959.
- Fronzizi, Rizieri "¿Qué son los valores?" Fondo de Cultura Económica. 1ª edición. México, 1958.
- Kant, Immanuel "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Traducción de Manuel G. Morente. Espasa Calpe. Madrid, 1942.
- Mandrioni, Héctor D. "Introducción a la Filosofía". Editorial Kapeluz. Buenos Aires, 1964.
- Mills C. Wright "La Imaginación Sociológica". Prólogo de Gino Germani. Traducción de Florentino M. Torner. Tercera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1971.
- San Pablo "Epístola a los Romanos".
- Santiago "Epístolas católicas".
- Stern, Alfred "La Filosofía de la Historia y el problema de los valores". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Traducción de Oscar Nudler. Buenos Aires, 1963.
- Toynbee, Arnold J. "Estudio de la Historia". Volúmenes I a XIV. Traducción de Jaime Peniaux y otros. Emecé Editores S.A. Buenos Aires, 1956-1968.

## SUMARIO

### LOS VICIOS FORMALES EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA

*Dr. Francisco Castillo*  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Costa Rica.



## SUMARIO

### CAPITULO I—Generalidades.

I—Los vicios "In judicando" e "In procedendo".

II—Diferentes sistemas en cuanto a la sanción del irrespeto de las procesales.

### CAPITULO II—El sistema de los errores "in procedendo" y sanción en el nuevo Código Procesal Penal.

#### SECCION I—Las nulidades.

A) Principios fundamentales en cuanto a nulidades.

1—Nulidades declarables de oficio y a petición de parte.

a—Las nulidades declarables a petición de parte.

b—Las nulidades declarables de oficio.

2—Nulidades específicas y genéricas.

B) Efectos de la nulidad.

#### SECCION II—Otros errores "in procedendo".

A) Las irregularidades.

B) La inexistencia

#### III—Conclusiones



Ucr04  
Fsmulda

## CAPITULO I

### 1-GENERALIDADES

1) El juicio, escribe Francois Gorphe, (1) es un proceso psicológico, que debe desenvolverse como una operación lógica y conforme a las reglas establecidas por la ley y exigidas por la justicia.

El estudio de las leyes psicológicas que rigen el razonamiento judicial es hoy objeto de profundas investigaciones. Es, sin embargo, más importante para el jurista el estudio de las reglas lógicas y legales que debe observar el juez para dictar una sentencia válida y justa.

2) El legislador debe velar por que el juicio sea justo. De ahí que él sancione los vicios en que puede incurrir el juez por errores de apreciación en la reconstrucción de los hechos o en la visión jurídica de los mismos, o por errores en razonamiento. Estos vicios tradicionalmente se han denominado errores "in iudicando" y producen lo que se ha llamado el "mal jugé".

Además, el comienzo, desarrollo y terminación del proceso deben hacerse con respeto a determinadas reglas de forma, que garantizan los derechos subjetivos del acusado o simplemente el buen orden y funcionamiento del proceso. Las violaciones a estas reglas constituyen los llamados errores "in procedendo". (2)

#### I- Los vicios "in iudicando" e "in procedendo".

3) La distinción entre vicios "in iudicando" e "in procedendo" es importante. Ambos tipos de errores no son equiparables desde el punto de vista de sus efectos. El error "in iudicando", el "mal jugé", es siempre idéntico a sí mismo y por lo general, lesiona un

(1) GORPHE, François, "Le Décisions de Justice", Recueil Sirey, pág. 14.  
(2) SCHUPBACH, Henri, "Le Recours en Cassation Spécialement en Procédure Civile Neuchateloise", Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, Suisse, 1961, pág. 20.



derecho subjetivo. No ocurre lo mismo con el error "*in procedendo*", que en los casos más benignos solamente perturba el normal desarrollo del proceso; cierto es que casos graves —violación del principio de defensa de juicio, por ejemplo— sí atenta contra un derecho subjetivo, y produce indefectiblemente, el "mal-jugé".<sup>(3)</sup> Otra diferencia entre ambos errores es la siguiente: los vicios "*in procedendo*", además de tener, en algunos casos, medios preclusivos expresamente establecidos, tienen también medios impugnativos propios (particularmente, el incidente de nulidad). Además, en algunos casos, no son deducibles en Casación si no se han establecido oportunamente los correspondientes reclamos (471 inc. 2 C.P.P.). Los vicios "*in judicando*", por el contrario, pueden proponerse por primera vez en Casación (471 inc. 1º CPP), lo que es particularmente exacto en un procedimiento penal que no tenga doble grado de instancia.<sup>(4)</sup>

4) El mecanismo que permite revelar los vicios de uno u otro tipo es semejante en ciertos casos; por ejemplo, en la sentencia. Cuando se trata de controlar los vicios de ésta, el procedimiento es el mismo, sea que se trate de errores de fondo o de procedimiento. El control —sobre todo en Casación— de los vicios "*in judicando*", requiere una triple investigación: la individualización de una particular situación de hecho, determinación por el Tribunal de un particular error "*in judicando*" cometida por el juez de mérito en la obra de subsunción del hecho en cierto esquema normativo y establecimiento del nexo de causalidad existente entre el error de derecho sustancial y el dispositivo de la sentencia impugnada. El procedimiento para la determinación de los vicios "*in procedendo*" es semejante: la primera operación es la individualización del "hecho" (sólo que se trata de circunstancias relativas a los actos de procedimiento); la segunda es la determinación de un particular error "*in procedendo*", cometido por el juez o el autor del acto; la tercera, concierne al establecimiento del nexo de causalidad que liga eventualmente el vicio de procedimiento con el acto impugnado o con el dispositivo de la sentencia. Pero que hay casos —aquellos de nulidad absoluta, especialmente en el nuevo Código de Procedimientos— en que esa relación de causalidad se presume.<sup>(5)</sup>

5) En algunos casos, la distinción entre errores "*in judicando*" e "*in procedendo*" se dificulta. Por ejemplo, un caso límite es el error en la clasificación jurídica de los hechos. El error de encuadramiento del delito solamente puede producir nulidad absoluta, en el sentido de los artículos 145 y 146 Cpp. cuando se trate o afecte la correlación

(3) SCHUPBACH, Op. Cit., pág. 22.

(4) Así, CARULLI, Nicola, "La deducibilità in casazione dell'erronea qualificazione Jurídica e l'incompetenza per materia", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961, Giuffrè, Editore, pág. 917.

(5) En tal sentido, SIRACUSANO, Delfino, "In tema di Rivolazione dei Vizi in Judicando da Parte della Corte di Cassazione", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961, Op. cit., págs. 1199 y 1200.

entre la contestación y la sentencia —el caso concreto, es el cambio de los hechos— cuando la mutación del título del delito importe incompetencia. En tal caso, la nulidad absoluta se produce por aplicación de los artículos 15 y 16, salvo que nos encontráramos en la situación reglada por el mismo artículo 16, según el cual "Esta disposición no regirá cuando un juez de competencia superior hubiere actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior".

En todos los otros casos, el error de calificación no produce nulidad, a pesar de que evidentemente haya un error de procedimiento, pues no todo error "*in procedendo*" produce nulidad. Y como lo dice el artículo 397, ello constituye una simple irregularidad: el juez puede modificar la calificación del delito por el efecto devolutivo de la apelación, sin que rija la prohibición de la "*reformatio in peius*", del artículo 459.<sup>(6)</sup>

Pero es posible que el error de encuadramiento de los hechos constituya también un error "*in judicando*". Ello porque las disposiciones procesales en materia de calificación tienen dos perspectivas: una de carácter sustancial, que concierne el exacto encuadramiento de la figura criminosa, y que se resuelve en la exacta aplicación de la ley penal: la inexactitud en la aplicación de ésta produce un error "*in judicando*"; la otra, la procesal, a que nos hemos referido.

De lo anterior se deduce que aunque la calificación de los hechos sea exacta desde el punto de vista del derecho sustancial, puede haber violación de la ley procesal. La hipótesis es fácil de encontrar: el juez cambia los hechos. Desde el punto de vista sustancial eso puede ser correcto. Pero tal cambio puede, en las hipótesis vistas (incompetencia, falta de correlación entre la contestación y la acusación), producir nulidad. Se explica así por qué, cuando del debate surja un hecho diverso del enunciado en la acusación, el artículo 397 declara que "...el tribunal dispondrá la remisión del proceso al fiscal para que formule una nueva requisitoria".

6) El estudio de los errores "*in procedendo*", tema de nuestra conferencia, lleva al análisis de las formas procesales, de su quebranto y de las consecuencias que éste produce.

Por formas procesales se entienden las actividades de las partes, del órgano jurisdiccional y del Ministerio Público —sin entrar a discutir si el Ministerio Público es o no parte— por las cuales la *litis* se encamina desde su inicio hasta su definición.<sup>(7)</sup> Las formas procesales deben amoldarse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión. Su irrespeto produce los errores "*in procedendo*" y determinadas consecuencias: la *irregularidad*, la *nulidad* (absoluta y relativa) y la *inexistencia*.

(6) CARULLI, Op. cit., pág. 924.

(7) CHIOVENDA, J. "Principios de Derecho Procesal Civil", Madrid, 1925, Vol. II, págs. 122 y 123.



## II. Diferentes sistemas en cuanto a la sanción del irrespeto de las formas procesales.

Ha habido, históricamente, dos grandes sistemas en cuanto a la sanción por el irrespeto de las formas procesales: el consagrado en el Código Gregoriano, párrafo 408, según el cual "toda contravención a la ley importa nulidad" y el sistema francés, consagrado en los Códigos de Procedimientos Civiles (art. 1030) y de Instrucción Criminal (art. 408) franceses, según el cual en nulidades debe estarse a la regla: "pas de nullité sans texte".

Ambos sistemas son extremos, y en términos generales, no han sido ni son seguidos en toda pureza por ningún sistema. Por ejemplo, la jurisprudencia francesa, debido al hecho de que el Código de Instrucción Criminal olvidó sancionar con nulidad muchas formalidades esenciales para los derechos de la acusación o de la defensa o para la correcta constitución de las jurisdicciones, creó, al lado de las nulidades textuales, las nulidades virtuales o sustanciales. (8)

7) La doctrina distingue a la teoría clásica de las nulidades de aquella moderna.

La teoría clásica, defendida en Francia por los autores de la Escuela de la Exégesis y en Alemania por los Pandectistas, considera que los casos de nulidades forman tres categorías: las inexistencias, las nulidades absolutas y las nulidades relativas. Cada una de estas categorías tiene cuatro características, relativas a los efectos sobre el juicio inválido, a la calidad para invocar la eficacia, a la facultad de declarar la ineficacia prescrita y a la posibilidad de sanar el acto viciado. Estas cuatro características se hayan, en cada categoría, unidas por un ligamen lógico.

Así, los actos inexistentes no requieren constatación judicial, no obligan a nadie, son imprescriptibles e inconfirmables; los actos absolutamente nulos son objeto de una constatación judicial declarativa, cualquiera puede denunciarlos y son irremediables, imprescriptibles e inconfirmables; los actos relativamente nulos son válidos hasta su anulación por una decisión judicial constitutiva, la calidad para invocar la nulidad de ellos es determinada por la ley, y son prescriptibles y confirmables. (9)

La teoría clásica de las nulidades parte del principio de que el concepto de invalidez es general para todo el derecho y no particular para una rama jurídica. La idea que sirve de base a tal afirmación es que, si la nulidad es una consecuencia adosada por la ley a ciertos actos en los que faltan algunos requisitos, la misma es de carácter general. (10) Por ejemplo, la aptitud del sujeto es requerida en todos

(8) VITU, André, "Procédure Pénale", Presses Universitaires de France, París, 1957, pág. 314.

(9) SCHUPBACH, Op. cit., pág. 32.

(10) En tal sentido BERIZONCE, Roberto O., "La Nulidad en el Proceso", Editorial Platense, Buenos Aires, 1967, págs. 59-60; COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del Proceso Civil", 3ª Edición. Buenos Aires, 1958, pág. 374.

los ámbitos del derecho. Se llamará capacidad en el ámbito del derecho privado; competencia en el del derecho público interno; jurisdicción o soberanía en el del derecho internacional. Los actos realizados sin esa aptitud serán nulos. Pero debe observarse que los requisitos procesales cumplen una diferente función en el derecho procesal que en el de fondo. La nulidad procesal se alimenta de los principios básicos que sobre el tema dominan en todo el derecho. Sin embargo, presentan caracteres específicos que los distinguen de las demás ramas.

La teoría moderna de las nulidades, impulsada entre otros por Géný, (11) abandona la división tripartita o bipartita de los casos de invalidez, en beneficio de una categoría vasta y única. La doctrina moderna es pragmática y considera a la nulidad no como un estado del acto, sino como una sanción establecida por la ausencia de una condición que el derecho exige para la validez del acto. Esta sanción está en relación con la regla de derecho y su función es garantizar la aplicación de ella. A propósito de cada especie de nulidad es necesario preguntarse qué personas pueden prevalerse de la misma, durante cuánto tiempo la acción puede ser ejercida, y bajo qué condiciones la nulidad puede ser cubierta por la confirmación. Por tanto, al estudiar cada nulidad, no puede partirse de categorías lógicas preestablecidas ni de nociones apriorísticas.

8) Teoría clásica y teoría moderna coinciden en que la nulidad de un acto puede producirse por violación de las reglas de forma o por ausencia de contenido del acto procesal. Este, como cualquier acto jurídico, necesita de un contenido. En consecuencia, los vicios que pueden afectar al acto procesal pueden ser intrínsecos —referidos a su contenido— o extrínsecos —referidos a la violación de las formas estatuidas.

Cabe observar que las legislaciones por lo general se refieren sólo a los vicios extrínsecos de los actos. La doctrina ha construido la teoría de los vicios intrínsecos del acto procesal.

9) El acto procesal requiere, además de la forma, de tres elementos: causa, objeto y voluntad. (12)

### a-1) La voluntad.

10) El acto procesal, como cualquier otro acto jurídico, debe ser voluntario. Cabe, pues, la pregunta: Son admisibles los vicios de la voluntad como causa de nulidad? Y en el caso de ser admisibles, cuáles vicios habrá que tener presentes?

11) La diversidad de fines que hay entre el acto procesal y el negocio jurídico hace imposible una aplicación mecánica de la teoría de los vicios del consentimiento del derecho civil al acto procesal. Además, hay que tomar en cuenta que el juez debe influir en

(11) GENÝ, F. "Méthode d'interprétation et sources en Droit Positif Privé", págs. 147, 148.

(12) BERIZONCE, Op. cit., pág. 23.



la formación de este acto, que gran parte de los actos procesales son revocables, y por ello mismo, la antítesis del negocio jurídico. (13) En ese punto está de acuerdo la mayor parte de los procesalistas: por ejemplo, Eugenio Florián, (14) piensa que los vicios de la voluntad de los actos procesales penales deben ser apreciados con criterios diferentes de los dados en la disciplina de esos vicios en el derecho privado. Tales criterios de apreciación, según el ilustre autor, pueden ser excogitados del mismo sistema penal. Afirma también que, con relación a los efectos jurídicos del vicio interno de la voluntad, el vicio no vale por sí como motivo formal de nulidad o de inexistencia del acto. Tales vicios del acto procesal están sujetos a la libre apreciación del juez, porque los actos procesales singulares no valen en su sustancia ni tienen fines autónomos, sino que todos son coordinados a los fines del proceso. Sin embargo, Florián piensa que el vicio de la voluntad produce nulidad del acto cuando se trate de un acto estrictamente formal (constitución de parte civil, querrela, etc.).

Giovanni Leone, primeramente creyó que, partiendo del principio de taxatividad de las nulidades y considerando la imposibilidad de una aplicación analógica de los esquemas de derecho privado al problema, los vicios de la voluntad no podían producir la nulidad del acto procesal. (15) Pero en su "tratado" (16) hace varias distinciones al respecto: a) no tienen ningún relieve los vicios de la voluntad en aquellos actos que se concreten en una manifestación de conocimiento, como la confesión, el testimonio o la pericia, aunque el juez —discrecionalmente y con los elementos de prueba ofrecidos—, podrá tomar en cuenta el vicio de la voluntad. b) Por lógica, no tienen ninguna influencia los vicios de la voluntad en los actos no negociales. Para los actos procesales negociales debe aplicarse la teoría del derecho privado, que distingue los vicios de la voluntad en aquellos que producen nulidad absoluta y aquellos que producen anulabilidad. Y así, en el derecho privado la violencia moral ('vis compulsiva'), el error y el dolo producen anulabilidad; la violencia física ('vis absoluta') produce la inexistencia. Partiendo de esta premisa, distingue en el proceso penal los casos de violencia física —que producen inexistencia, categoría no legislativa sino lógica— de los otros vicios de la voluntad que únicamente producen nulidad. Estos últimos no tienen ninguna influencia en el derecho procesal: si la tuvieran caería por tierra el principio de taxatividad de las nulidades. Además, no existe

- (13) GUARNIERI, Giuseppe, "Irrelevanza dei vizi della volontà negli atti processuali", en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1957. Giuffrè Editore, Milano, 1957, pág. 615 s.
- (14) FLORIAN, Eugenio "Diritto Processuale Penale", 3ª Ediz. Roma, Edizioni Utet, 1939, pág. 127. Obsérvese que el mismo autor en sus "Elementos de Derecho Procesal Penal", (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1933, (fecha del Prólogo). Traducción de L. Prieto Castro) no se refiere al problema.
- (15) LEONE, G., "Lineamenti di Diritto Processuale Penale", 4ª Ediz., Milano, Giuffrè, 1956, pág. 251.
- (16) *Ib.*, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, tomo I, págs. 690 y ss.

ni procedimiento dirigido ni procedimiento adaptable a la comprobación de tales vicios. Por último, advierte Leone, (17) que aunque el vicio de la voluntad no tenga influencia suficiente para determinar una nulidad efectiva en el proceso, sí pueden ser considerados en otros institutos. Por ejemplo, si el acto viciado por defecto de la voluntad es de aquellos en los que se reconoce a las partes un poder dispositivo, el vicio de la voluntad se sanciona por la emisión de otro acto dispositivo: una constitución de parte civil o el establecimiento de una querrela bajo coacción o amenaza, pueden ser revocados. En otros casos, el vicio de la voluntad puede ser equiparado con el caso fortuito o con la fuerza mayor y, entonces es posible repetir el acto procesal. Los vicios de la voluntad que afecten a una sentencia (que no sean producto de la fuerza física) no pueden ser reparados, por el principio procesal de identificación de los motivos de nulidad con los de impugnación. Como la ausencia de voluntad en la sentencia solamente puede conducir a la injusticia de la misma —y esa injusticia es juzgada por las partes—, el no promover éstas la impugnación implica la conformidad con la sentencia.

Parecida a la tesis de Leone es la de Guarnieri: (18) para éste tiene relevancia el vicio únicamente en los casos en que el vicio determine un acto físicamente existente, pero jurídicamente vaciado de todo contenido. En esa hipótesis, dice, se tendrá no tanto un acto nulo cuanto un *no acto*. Observa también, que por lo general no hay medios en el proceso para reclamar contra los actos viciados de inexistencia, debido a que esa situación casi nunca ocurre.

- (17) LEONE, "Tratado", Op. cit., tomo I, pág. 696-697-698.
- (18) GUARNIERI, Op. cit., pág. 618.



## CAPITULO II

### "EL SISTEMA DE ERRORES 'IN PROCEDENDO' Y SU SANCION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL"

1) Puede decirse, sin temor a dudas, que uno de los parámetros para medir la bondad de una legislación es el sistema de nulidades que contenga. Si el Estado de derecho se caracteriza por la necesidad de un juicio para imponer una sanción a quien ha violado el precepto, no menos cierto es que el juicio debe ser legal. En materia procesal, ha dicho Georges Levasseur<sup>(19)</sup> "es preferible dejar escapar a un culpable a condenar a un inocente, porque en materia de administración de justicia, el fin no justifica los medios". En medio de todas las variables jurídicas, el hombre es una constante. Y el primero de sus derechos es el ser libremente defendido y legalmente condenado.<sup>(20)</sup>

Teniendo por finalidad el proceso penal el castigo de un hombre que ha cometido un delito, fácilmente se comprende que la teoría de los errores "*in procedendo*" tiene por fin la protección de los principios fundamentales del derecho represivo, de las libertades esenciales del imputado y de su defensa.<sup>(21)</sup>

Poca meditación se necesita para descubrir este particularismo que presenta el proceso penal frente al civil. Mientras el proceso civil es un accidente en el conjunto de contratos y de situaciones jurídicas múltiples, el proceso penal es la consecuencia lógica de la infracción y el antecedente indispensable de la reacción social.<sup>(22)</sup> El proceso penal, por mandato del artículo 39 de la Constitución Política, debe

(19) LEVASSEUR, Georges, "*Les Nullités de l'instruction Préparatoire*", en *La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence*, Ed. Cuyás, París, 1965, pág. 472.

(20) ALLEHAUT, Maurice, "*Les Droit de la Defense*", en *la Chambre Criminelle et sa Jurisprudence*, Op. Cit., pág. 467.

(21) GARRAUD, "*Traite Théorique et Pratique d'instruction Criminelle et Procédure Pénale*", tomo I, París, 1912, N° 1099.

(22) MERLE, Roger et VITU, André, "*Traité de Droit Criminel*", Editions Cuyás, 1967, pág. 139.

establecer un sistema de nulidades, consecuencia de la violación de los preceptos que determina los principios de represión y del derecho de defensa. El artículo 39 Constitución dispone que nadie puede ser sometido a pena por un delito sancionado por ley anterior sino "...en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, *previa oportunidad concedida al individuo para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad*".

## SECCION I—LAS NULIDADES

3) Desde el punto de vista del sistema de nulidades, el nuevo Código Procesal Penal es superior al vigente. La teoría de las nulidades se afina; los derechos de la defensa aumentan; casi todas las violaciones del derecho de defensa producen una nulidad absoluta.

A) *Principios fundamentales en cuanto a nulidades.*

4) El nuevo Código Procesal distingue dos tipos de vicios "*in procedendo*": la nulidad (relativa y absoluta) y la irregularidad. Con disposiciones iguales a las del nuevo estatuto, la doctrina italiana ha creado una tercera categoría, de carácter lógico: la inexistencia.

5) El nuevo Código Procesal consagra el principio conocido como "*Pas de nulité sans texte*". El artículo 144 dispone que "Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad".

Y como prescritas bajo pena de nulidad están las llamadas *nulidades específicas*, que son las de los artículos 16, 36, 73, 19, 20, 38, 91, 92, 94, 100, 106, 107, 133, 138, 189, 192, 229, 269, 276, 281, 287, 288, 243, 341, 344, 359, 360, párr. último, 349, 373, 376, 384, 385, 390, 392, 396, 400, 412.

También son prescritas bajo pena de nulidad las nulidades llamadas por la doctrina italiana "genéricas", que son las del artículo 145, según el cual: "Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes: 1) al nombramiento, capacidad y constitución de jueces y tribunales; 2) A la intervención del Ministerio Público en el Proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria; 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece".

### 1—Nulidades declarables de oficio y a petición de parte

El nuevo Código Procesal distingue también otros dos tipos de nulidad: la declarable a petición de parte y la declarable de oficio.



a) *Las nulidades declarables a petición de parte*

I—La parte (privado —imputado o parte civil, demandado civil— o el Ministerio Público) no debe haber concurrido con su conducta a causarla (aplicación del principio, “*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*”) (art. 147).

II—Solamente es alegable por la parte que tenga interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (“*pas de nullité sans grief*”). (art. 147).

III—La nulidad declarable a petición de parte, tiene causas de preclusión. O sea, solamente puede ser alegada por la parte en determinadas oportunidades, según la etapa del proceso en que se produzca. Tales causas de preclusión son establecidas por artículo 148 Cpp, aplicable a todos los casos de nulidad. Sin embargo, hay nulidades que deben ser interpuestas en oportunidades especiales y que tienen, por consiguiente, medios preclusivos especiales. Tal es el caso de la nulidad cuando sea consecuencia de una recusación fundada (art. 36), que sólo es declarable si el recusante ha pedido la nulidad “...en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al juzgado que debe actuar”.

Ahora bien, estas causas de preclusión aparecen en contradicción con el artículo 471, inc. 2), como veremos.

7) La nulidad declarable a petición de parte, es subsanable y entre las causales de subsanación están (art. 149):

a) Que la parte o el Ministerio Público nos la oponga oportunamente. La oportunidad para interponerlas deriva de los motivos de preclusión del artículo 148.

El artículo 149 entra en contradicción con el artículo 471, inc. 2, que permite alegar una nulidad relativa en Casación (por la forma) “...cuando el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho manifestación de recurrir en Casación”. El inciso 2º del artículo 471 puede interpretarse de dos formas: a) que la petición de subsanación del defecto es condición para la apertura del recurso de casación por la forma, si ello era posible y que no es condición si la petición de subsanación no era posible. Y que, además, la simple manifestación del vicio y de que se va a recurrir en Casación, sea o no posible, interponer la nulidad, es motivo de apertura del recurso de Casación por la forma. b) la segunda interpretación posible es que si se puede reclamar dentro del término preclusivo, no es posible la Casación; de lo contrario, si no era posible, la Casación se abre con sólo la manifestación de que se recurrirá a ella.

b) Cuando haya habido aceptación de la parte de los efectos del acto, de manera expresa o tácita.

a) Cuando el acto hubiera conseguido el fin con relación a todos los interesados, no obstante su irregularidad.

d) La nulidad declarable a petición de parte, por lo general, tiene solamente un medio de impugnación, que es el incidente de nulidad. Este incidente debe ser fundado (dice el artículo 148 Cpp “La petición de nulidad será motivada”), que se tramita oyendo a las partes. Es posible también plantearla en la apelación (si se trata de actos de instrucción apelados) o en el alegato ante Casación, cuando la nulidad lo sea de una sentencia (art. 148 Cpp).

b) *Nulidades declarables de oficio.*

8) El segundo tipo de nulidad que contiene el Código es la declarable de oficio “...en cualquier estado y grado del proceso”. Esta nulidad se diferencia radicalmente de la anterior, y sólo en determinados casos existe:

a) Cuando expresamente lo establezca así el legislador, lo que hace únicamente en 5 artículos: en tratándose de incompetencia territorial (art. 19), aunque el 20 limita expresamente los efectos de esta nulidad; en tratándose de incompetencia por razón de la materia (según resulta de la combinación de los artículos 16 y 28), en los casos citados en el artículo 350 (falta de los requisitos que debe contener el requerimiento de elevación a juicio (art. 341) y falta de los requisitos que debe contener la petición por el Agente fiscal de citación a juicio, en el juicio de citación directa, (son los mismos del requerimiento de elevación a juicio (art. 412 y 341). Un caso dudoso de nulidad declarable de oficio es el del artículo 38.

b) El artículo 146 dispone que deben declararse de oficio las nulidades del artículo anterior (145, y que son aquellas que afectan al nombramiento, capacidad, etc. de las partes, la intervención del Ministerio Público y a la intervención y defensa etc. del imputado), cuando “...impliquen la violación de normas constitucionales”.

El Código de Córdoba tiene un artículo parecido al 146 nuestro, pero centrado en el caso de la indefensión, porque la Constitución argentina prevé el derecho de defensa. El Código Italiano, modelo del Código de Córdoba, tiene los mismos tres casos, y declara que todos ellos se refieren a nulidad absoluta.

En nuestro país, el artículo 39 de la Constitución establece de manera clara el derecho de defensa. No hay reglas relativas a la intervención en juicio de otras partes diferentes del acusado, ni relativas a la intervención del Ministerio Público, ni a la composición de los Tribunales. De modo que puede considerarse que se produce nulidad absoluta cuando no se observan las reglas relativas “...a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece...” (y de la parte civil, art. 79), cuando se produce indefensión; es decir, violación de reglas constitucionales (art. 146).



¿Cuáles son las características de esta nulidad?

1) Es una nulidad sanable, pero a diferencia de aquella vista anteriormente, solamente por la cosa juzgada.<sup>(23)</sup> No rigen para ella los medios preclusivos. Siendo insanable, no puede ser convalidada porque:

a) La parte no la reclame oportunamente.

b) Las partes, expresa o tácitamente, hayan aceptado la situación.

c) Aunque el acto nulo haya producido el fin respecto de todas las partes.

Esta última situación ha producido críticas en Italia por las consecuencias paradójicas que de ella derivan. Por ejemplo, habrá nulidad absoluta si no se citó a una parte, y la habrá, aunque la parte se presente a la audiencia!<sup>(24)</sup>

2) Poco importa que la parte haya concurrido a causarla o que no la perjudique (aunque la situación difiere en tratándose de la indefensión), pues puede ser declarada de oficio.

3) Por último, por ser declarable en cualquier grado. Es posible interponerla, por primera vez, en Casación, como expresamente resulta del artículo 471, inc. 2 y del 146 Cpp.

## 2—Las nulidades específicas y genéricas.

9) Salvo por lo apuntado, la distinción entre nulidad absoluta y relativa tiene poca importancia. En efecto, no la tiene en cuanto a los efectos, ni en cuanto a la esencia misma del vicio. Pero en este aspecto sí tiene mucha importancia la distinción entre nulidad específica y genérica. O más exactamente, los casos de nulidad genérica.

10) Las causas de nulidad genérica, consignadas en el artículo 145 Cpp. provienen del derecho italiano, según reforma que hubo en éste en 1955. Tres son las causas de nulidad genérica:

a) *La violación de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces y tribunales.*

11) Escribe Carlo Peyron,<sup>(25)</sup> que este artículo sanciona la incapacidad del juez en sentido lato. Y por capacidad en sentido lato

(23) Entre otros, SCARPELLO, Gaetano, "I riflessi della dichiarazione di nullità sul Corso del Procedimento Penale", en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, pág. 65.

(24) En tal sentido CAVALLARI, Vincenzo "Notificazione all'imputato all'ester e sanatoria di nullità processuali", en *Scuola Pensativa*, 1961, Giuffrè, Milano, pág. 346.

(25) PEYRON, Carlo, "Il vizio di Costituzione del giudice come causa di nullità assoluta", en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1965, pág. 590.

entiende Manzini,<sup>(26)</sup> tres subespecies: a) La capacidad de adquisición de la calidad del juez (edad, nacionalidad, etc.) b) la capacidad genérica (admisión al ejercicio de función jurisdiccional) c) la capacidad específica (que presupone la competencia, la ausencia de causas de inhibición o excusa y la composición colectiva del tribunal en el modo y con el número de miembros establecidos por la ley).

12) Del inciso 1º del 145 hay que excluir aquellas nulidades reguladas expresamente en el Código, relativas a la capacidad del juez (referentes a la competencia por materia (art. 16) o por territorio (art. 19), y las causas de inhibición, pues para ellas hay disposiciones expresas (arts. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38).

Hay que excluir también la hipótesis del "non iudex", que veremos, constituye una hipótesis de inexistencia.

También hay que excluir la nulidad derivada del nombramiento (llamada por Manzini, de nómina) y en particular, los vicios relativos a la adquisición de la capacidad de juez, porque la ausencia de uno de los requisitos del nombramiento, como cualquier otra nulidad ocurrida en el procedimiento administrativo de nombramiento, gozando de la presunción de legitimidad del acto administrativo, permanece válido y eficaz mientras no sea anulado o revocado por autoridad competente.

La nulidad del artículo 145, inc. 1 queda, pues, reducida a muy poco: la habrá únicamente por el defecto de constitución de número del Tribunal (si es colegiado), que puede producirse por exceso o por defecto, o bien, del número de un tribunal monocrático, vicio que únicamente puede producirse por exceso. Y al respecto, la doctrina distingue dos situaciones diferentes.

13) El primer caso de defecto de composición se da cuando uno de los integrantes del Tribunal esté borracho, drogado o dormido. El Código —han dicho autores italianos— exige en este caso no sólo la presencia física, sino también la espiritual del juez. Y el juez, escriben Kliencknecht—Reterberger und Müller,<sup>(27)</sup> debe estar en posibilidad de seguir el debate. En tal hipótesis, sostiene Carlo Massa, existe nulidad (absoluta), porque se afecta la constitución del Tribunal (en nuestro derecho, art. 145). No es posible en este caso considerar el vicio como relativo a la capacidad del órgano jurisdiccional, especialmente cuando se trate de un tribunal colegiado y se trate de una sentencia, pues tal situación se refiere a un vicio de la voluntad. Únicamente dentro de los vicios de la voluntad podría encuadrarse en el error. Este, para ser relevante jurídicamente, debe incidir sobre el acto procesal. Y el acto procesal en el caso concreto es una sentencia, producto de un tribunal colegiado.

14) El segundo caso de defecto de composición se refiere a la violación del principio de "inmutabilidad física del juez", según el cual el debate debe desenvolverse desde su inicio hasta su fin siem-

(26) MANZINI, "Tratado de Diritto Proc. Pen." 5 ed., 1956, vol. II, pág. 150.

(27) "Kommentar zur Strafprozessordnung", 4º ed. 1958, pág. 938.



pre ante los mismos jueces, entendidos como las mismas personas físicas. El principio en cuestión quiere que en el debate no haya sustitución física del juez y que la sentencia sea el resultado del convencimiento de los jueces que han presenciado el debate. Este principio existe en el nuevo Código Procesal porque el debate (por lo demás, como el plenario del Código Procesal Penal de 1910) está inspirado en la oralidad y en la inmediatez, a diferencia de la fase instructoria, inspirada en la escritura y en la mediatez.

Sin embargo, la nulidad debida a la violación del principio de inmutabilidad física el juez tampoco entra en el 145, inciso 1º, porque está expresamente prevista en el artículo 392.

Resta agregar que algunos sostienen que la violación de principio de inmutabilidad física el juez influye sobre la regularidad de la relación procesal y que por tanto, es un caso de inexistencia.

b) *Violación de las disposiciones relativas a la participación del Ministerio Público, en los casos en que la misma sea obligatoria.*

15) Ciertamente esta causal de nulidad genérica es muy importante. Se explica por sí misma porque el Ministerio Público es el representante del Estado acusador, del Estado que ejerce la pretensión punitiva.

Hay actos procesales en los que el Ministerio Público no interviene. Hay procesos en los que la participación de éste no es tan acentuada (así, los de acción privada).

c) *Violación de normas relativas a la asistencia, intervención y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.*

16) Con relación al imputado se presentan varios problemas: lo primero que hay que analizar es la capacidad procesal del imputado. El artículo 145, inc. 3 no tiene una referencia concreta a la capacidad del imputado. ¿Será válido un proceso en que el imputado sea incapaz procesalmente?

d) *Nulidad por incapacidad de las partes.*

1—*La capacidad de ser parte en el Proceso Penal.*

17) El imputado se presenta como titular de una serie de situaciones —derechos, obligaciones, cargas, sujeciones— que le provienen de la circunstancia de ser sujeto de la relación procesal penal, y que se expresan por medio del cumplimiento de una serie de actos penalmente relevantes. Por consiguiente, dos problemas se plantean:

a) Determinar los requisitos necesarios para que exista o subsista la aptitud a la titularidad de esas situaciones (capacidad de ser parte).

b) Determinar las cualidades necesarias para la idoneidad de la realización de los mismos actos procesales (capacidad de actuar en juicio).

Capacidad de ser parte o legitimatio ad processum y capacidad para actuar en juicio o 'legitimatio ad causam', son las dos vertientes de la capacidad procesal. Sin embargo, en materia procesal penal —y salvo contadas excepciones— la capacidad procesal del imputado coincide con la capacidad de ser parte, de modo que los requisitos indispensables para fundar la capacidad de ser imputado bastan, normalmente, para que el sujeto tenga capacidad de realizar todos los actos procesales relevantes que el legislador configure como actos del imputado. (28)

De acuerdo con el artículo 274, se es imputado "...cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible...". Determinar quién puede ser imputado, por consiguiente, consiste en averiguar a quién puede atribuirse un determinado ilícito penal. Y como en última instancia, todo aquel que comete un hecho punible está sujeto a penas o medidas de seguridad, de ahí se deduce que la capacidad de ser parte en el proceso penal (y por tanto de actuar) solamente puede definirse por la posibilidad de estar sujeto a los dos tipos de sanciones criminales. Serán incapaces de ser parte y de actuar en el proceso penal todos aquellos que no pueden ser sometidos ni a una pena ni a una medida de seguridad. Así configurada la capacidad procesal es un directo reflejo de la capacidad penal.

Dejando de lado a las personas jurídicas —excluidas por el mismo derecho positivo de la capacidad de acción del derecho penal— dos grupos son los que presentan problemas con relación a la capacidad: los inmunes y los no imputables.

Además debe incluirse a todos aquellos sujetos activos de delitos que sólo pueden ser procesados cuando haya declaratoria previa prejudicial a la acción penal.

Con relación al inmune se ha observado que "...la presencia de una persona con calidad de ser imputada entra en los presupuestos de la relación procesal penal...". Por consiguiente, la autoridad judicial a la que llegue una "notitia criminis" eventualmente referida a una persona carente de la mencionada capacidad hace superfluo el mismo pronunciamiento de un decreto de archivación y hace jurídicamente inexistente el proceso eventualmente instaurado" (ver art. 7º y otros). (29)

(28) Así, LEONE, "Lineamenti di Diritto Proc. Pen.", pág. 171; CONSO, G., "La Capacità dell'imputato nel rapporto Processuale Penale", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1959, pág. 1311.

(29) CONSO, Op. cit., pág. 1314.



18) ¿Qué podemos decir de los inimputables? ¿Qué ocurre en el caso de que el juez juzgue a una persona menor de 17 años? Nada se dice, con relación a la competencia personal en las disposiciones relativas a la competencia. Lo mismo puede decirse de los otros inimputables. En estos casos, la solución del problema depende, en definitiva, del concepto que se tenga de medida de seguridad —carácter administrativo o judicial—. Si se la considera como de carácter administrativo, el proceso se restringe a las penas; los inimputables son penalmente y procesalmente incapaces. Cuando hay enfermedad de la mente, lo que se produce es incapacidad de actuar en el proceso, pero no incapacidad de ser parte. Lo que es imposible es llegar a una sentencia condenatoria propia del llamado proceso penal de cognición.

Para la validez de la relación procesal penal se requiere la capacidad penal de los sujetos que intervienen en ella. El Código de Procedimientos Penales utiliza el término capacidad en pocos artículos: 145, inc. 1º, (que habla de la capacidad del juez); el artículo 241 (habla de la capacidad del intérprete); el 226 (habla de la capacidad para ser testigo). Llama la atención que el legislador procesal haya omitido referirse a la capacidad de aquellas personas a las que se refiere, y que es lo que en sentido técnico la doctrina procesalista privada designa con el término de *capacidad*. Vale decir, la capacidad del actor o del demandado, que en materia procesal penal sería la capacidad del imputado, del querellante, de la parte civil y del responsable civil (que puede ser persona jurídica). La explicación de este fenómeno puede encontrarse en el hecho de que tal nomenclatura tiene sentido si es posible distinguir la capacidad de actuar y la capacidad de “estar” en justicia. A su vez, la distinción entre “legitimatio ad causam” y “legitimatio ad processum”, tiene sentido cuando puede delinarse autonomía de la capacidad de la primera respecto de la segunda. Ahora bien, ello pierde, la mayoría de las veces, importancia en el proceso penal.

19) ¿Cuáles son los efectos que produce la incapacidad de los sujetos del proceso penal? Esos efectos son diversos. Por ejemplo, la capacidad del juez penal está sancionada con pena de nulidad (absoluta) en el artículo 145, inc. 1º; la incapacidad del Ministerio Público no está expresamente regulada, pero puede aplicarse el 145, inc. 2. A la incapacidad del defensor del imputado puede aplicarse el artículo 145, inc. 3, “mientras que con relación a la carencia de capacidad de los defensores de partes diferentes del imputado —partes privadas— únicamente se producía una nulidad relativa toda vez que su presencia esté requerida por la ley bajo pena de nulidad”.<sup>(30)</sup> Para la incapacidad del perito (art. 241) y la del intérprete (art. 254) el Código no establece ninguna sanción. Lo mismo puede decirse de la incapacidad del testigo (art. 226).

(30) CONSO G., “Equivoci e pericoli nell’uso della nozione di capacita processuale penale”, en Riv. Ital. di Dir. e Proc. Pen., pág. 759.

*La incapacidad del imputado da origen a una inexistencia de la relación procesal; por tanto, da origen a una inexistencia jurídica.* (31)

20) Diferente es el caso de las incompatibilidades. Las mismas son numerosas en el proceso penal (art. 241 para peritos e intérpretes (art. 254), 229 para testigos, etc.). La incompatibilidad, típica institución de derecho público, significa que la persona es excluida no porque el legislador la considere no idónea para asumir cierta posición o para desenvolver cierta actividad procesal, sino porque la precedente o concomitante actividad procesal asumida y el precedente o concomitante ejercicio de una actividad procesal, induce a considerar como no oportuno que la misma persona sea llamada a asumir una nueva posición o a desenvolver una actividad nueva en el curso del mismo proceso. (32)

## 2—Casos de nulidad del artículo 145 inc. 3.

21) Dejando de lado los problemas de capacidad, que expresamente no están regulados para el imputado en el Código, tres son los motivos de nulidad del artículo 145, inc. 3.

### a) El primero es la intervención del imputado.

2) La intervención del imputado en el juicio se relaciona con el de los llamamientos a juicio y con la puesta en conocimiento de las resoluciones judiciales. Vale decir, con las notificaciones, citaciones y audiencias.

a) En cuanto a las citaciones puede decirse que son el medio por el cual se requiere la presencia de una persona para practicar determinado acto judicial. A su vez, la persona comparece cuando se presenta ante la autoridad judicial por efecto de una citación. En el nuevo Código Procesal, la citación es una pieza esencial del proceso y a ella se refieren los siguientes artículos: 39, 52, 59, 61, 71, 63, 72, 76, 134, 135, 148 inc. 1º, 169, 189, 230, 232, 267, 316, 331, 346, 355, 358, 379, 387, 413 y 420.

b) Ciertamente que la ausencia de una citación puede producir nulidad absoluta. La doctrina individualiza una serie de situaciones en las que la falta de citación al imputado produce una total indefensión (en el nuevo Código, la citación del artículo 355, por ejemplo que lo es para la vista). La misma indefensión del imputado la puede producir la falta de notificación.

c) La citación pertenece a aquella categoría de actos llamados por Conso (33) tipos (“Fattispecie”) procesales de formación compleja

(31) CONSO, Op. cit., pág. 759.

(32) CONSO, “Equivoci...”, pág. 761.

(33) CONSO, “I fatti giuridici Processuali Penale”, Giuffrè, 1955, pág. 4 y 5.



necesariamente sucesiva. Unos tipos procesales (tipo procesal es aquel acontecimiento que tiene su propia relevancia típica) son simples (formados por un solo hecho jurídico). Los complejos son los tipos que están compuestos de varios hechos jurídicos. Hay tipos procesales complejos en los cuales los hechos que los integran deben desarrollarse sucesivamente: es el caso de los tipos complejos de formación necesariamente sucesiva, en los cuales hay un hecho jurídico que funciona como condición y presupuesto de otro hecho. En ciertos tipos, un hecho funciona como condición en el sentido de que su ausencia se presenta como un hecho impeditivo de eficacia respecto del hecho supuesto como condición. La invalidez del hecho sucesivo sólo infuye en la eficacia, no en la perfección.

23) Aplicados los principios anteriores a la citación —y particularmente al decreto de citación de los artículos 349 y 355— vemos que, como los efectos de la misma solamente se determinan por medio de la notificación al interesado, se trata de un tipo ('fattispecie' compleja), de formación sucesiva, constituida por dos hechos: el acto que debe notificarse y la notificación. En la misma se distinguen dos fases: la de expresión y la de emisión; la primera está constituida por la formación del decreto, la segunda por su notificación.<sup>(34)</sup>

El paso entre las dos fases se da cuando se imparte la orden a los sujetos enumerados en el artículo 135 para la notificación. En el ámbito de la '*fattispecie*' compleja, la formación del decreto asume el carácter de presupuesto, mientras que la notificación asume el papel de condición de eficacia, en el sentido de que su verificación o no, no incide sobre la perfección del acto precedente, sino solamente en el plano de la eficacia del mismo.

24) Varias conclusiones podemos sacar de lo anterior:

a) La ausencia o imperfección de la notificación no compromete la perfección, sino la eficacia del decreto.<sup>(35)</sup> Y las nulidades deben dividirse en aquellas del decreto de citación y aquellas referentes a la notificación del mismo.

¿Cuál nulidad es la establecida en el artículo 349? Este artículo dice que el Presidente del Tribunal "...citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y a los defensores...". Se refiere a la nulidad del decreto de citación, y ello se deduce del mismo artículo, pues indica que "Cuando se proceda por citación directa en la misma oportunidad en que se convoque a juicio se notificarán, *bajo pena de nulidad, las conclusiones del requerimiento fiscal*". Por tanto, este artículo mira al contenido del decreto. La nulidad de la notificación de la citación puede también producirse, pero en virtud del artículo 134. Este artículo indica que "Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación. Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

(34) COLANGELO, Op. cit., pág. 1277.

(35) CONSO, Op. cit., pág. 180, nota 41.

¿Qué ocurre si el notificador se equivoca y cambia la fecha? La situación estará regulada por los artículos 132 y 133.

La distinción entre la nulidad de la notificación y la nulidad del decreto de citación es importante por varios motivos. La invalidez del acto sucesivo, es cierto, no perjudica la validez del acto antecedente. Pero la *citación a juicio* es una '*fattispecie*' preordenada a la constitución de una relación procesal válida, que en virtud del defecto de notificación nace viciada de nulidad absoluta. Esta nulidad absoluta se refleja, a su vez, sobre los actos sucesivos. Y entonces, mientras la nulidad de la notificación resulta siempre irrelevante para efectos de una eventual prescripción del delito, no ocurre lo mismo con la nulidad del decreto de citación, porque si lo que interrumpe la prescripción (en el Código Italiano) es tal citación, lo es en cuanto sea jurídicamente regular.<sup>(36)</sup>

Es claro que hay otras violaciones del derecho de defensa, que pueden cometerse por un procedimiento diferente de la irregularidad de la citación, audiencia o notificación, y sería una labor de nunca acabar, enumeradas. Solamente nos referiremos a algunas de ellas:

Caso claro de violación del derecho a asistencia (legal) sería la no concesión de un plazo mayor que el establecido por el artículo 274, a petición del reo para elegir defensor. Lo mismo puede decirse de la comunicación del día de la declaración del imputado al abogado para que asista (art. 275).

Desgraciadamente, el Código sigue siendo tan malo como el anterior en lo que se refiere al derecho de defensa, pues permite que el individuo se defienda personalmente, siempre, dice el artículo 80 "que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste al normal funcionamiento del proceso".

Con ello olvidaron los legisladores las sabias palabras de Carlo Massa:<sup>(37)</sup>

"Si el proceso penal moderno se basa sobre el esquema de la relación procesal, si el juez al dirimir el contraste entre el derecho punitivo del Estado accionado por el Ministerio Público y el derecho a la libertad del imputado, contraste subsistente siempre, sean las actitudes de las partes en el proceso, no puede ponerse en duda que el imputado frente al órgano técnicamente preparado, debe tener también la defensa de un órgano técnicamente preparado..." "...Lo que significa que para la regularidad de la relación procesal no es suficiente la simple presencia del imputado, sino que es necesario que éste pueda defenderse y ser defendido, lo que hace necesaria la presencia del defensor, órgano técnico de la defensa".

(36) CAVALLARI, "*Le Notificazioni nel processo penale*", 1959, Giuffrè, Editore, pág. 290.

(37) MASSA, Carlo, "*Considerazioni sull'omissione dell'avviso di cui all'art. 410 Capp al difensore dell'imputato*", en *Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale*, Pág. 349, 1959.



25) Hay casos en que la ley autoriza una restricción de los derechos de la defensa.

Varias situaciones se presentan:

a) Especialmente en la etapa de instrucción, las garantías de la defensa pueden ser reducidas. El caso típico es el artículo 192 y 243 Cpp.

Art. 192:

"Antes de proceder a realizar algunos de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, el juez dispondrá, *bajo pena de nulidad*, que sean notificados el Agente Fiscal y los defensores; pero la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan.

Sin embargo, se podrá proceder *sin notificación* o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, la enfermedad o el impedimento del testigo antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior. *En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad*".

Y los actos que menciona el artículo 191 son los registros, los reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, excepto los dispuestos en el artículo 204 "...siempre que por su naturaleza y características se deban considerar actos definitivos e irreproducibles; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio".

Tanto el artículo 192 como el 243 importan una restricción a los derechos de la defensa. En cuanto al artículo 192, primera parte, no cabe duda que la falta de notificación al Ministerio Público o a la parte, produce, en ausencia de una urgencia, nulidad absoluta, por violación del artículo 145, inc. 2 y 3.

Diferente situación es aquella en la que, habiendo urgencia, el juez omite notificar y omite, además, dejar constancia de los motivos. Para tal hipótesis, el legislador establece expresamente la pena de nulidad. Solamente que dicha falta de motivación produce nulidad relativa. Pero, sin embargo, la inobservancia del último párrafo del artículo 192 puede producir también una nulidad absoluta. Basta pensar, en el caso de que, además de la ausencia de motivación, exista, la ausencia de urgencia, o bien, cuando habiendo motivación, la misma no corresponda a una verdadera urgencia. En tal caso ha resuelto la Corte de Casación Italiana<sup>(38)</sup> que:

"Si se admitiese la posibilidad de una genérica referencia a la absoluta urgencia del acto, sí violaría no solamente la volun-

tad de la norma, fácilmente descubrible —y sancionada con nulidad— por la omisión de los motivos de la urgencia misma, sino también la lógica del sistema, para el cual toda motivación debe ser adecuada a la resolución adoptada, en el sentido de que debe dar razón de los concretos motivos que la determinan".

Parece lógico pensar, en consecuencia, que la ausencia de notificación cuando no hay urgencia, la ausencia de motivación cuando hay urgencia, o la motivación cuando no hay verdadera urgencia, produce nulidad. Solamente que en el segundo caso se trata de una nulidad relativa (reclamable por la parte y cuando haya perjuicio), mientras que en el primero y en el tercer casos se trata de nulidades absolutas, declarables de oficio y en cualquier estado del proceso. Y lo son, porque se está suprimiendo la intervención de una parte cuando la ley dispone que participe: hay, por tanto, violación del derecho de defensa.

El problema se presenta cuando hay motivación, pero la misma no corresponde a la urgencia ('suma urgencia', según el artículo 192 Cpp). ¿Qué se entiende por 'suma urgencia'? Desde luego, las razones de 'suma urgencia' deben revestir, ante todo, caracteres de objetividad y ser de aplicación excepcional en aquellos casos en que la necesidad de adquirir el medio de prueba pueda sufrir un inminente e irreparable perjuicio con el retardo ocasionado si se notifica el aviso a los defensores. Es cierto que la valoración de la necesidad es poder discrecional del juez, pero éste no puede sustituir a las circunstancias objetivas existentes el propio convencimiento. De ahí que esta valoración discrecional debe serlo en el pleno sentido de la palabra; es decir, el fruto de elementos objetivos y concretos, y no de la arbitrariedad del juez. La situación de urgencia debe corresponder a una situación real y concreta, fácilmente determinable, y no solamente aparente y formal.

Parece cierto, por otro lado, que el perjuicio eminente e irreparable que en los casos de absoluta urgencia pueda causarse con la demora, se refiere a los rastros materiales del delito y a su recolección.

Se ha observado que la inminencia, como carácter de la 'suma urgencia', significa que el evento tenido por quien pida la resolución de urgencia debe ser de vecina y no de remota posibilidad; la 'irreparabilidad' ocurre toda vez que, dentro del modo normal de desenvolverse un juicio, el autor no pueda servirse de un remedio suficientemente eficaz contra la situación de inferioridad que derivaría del daño que lo amenaza. Los artículos 192 y 243 hacen aplicación del principio "*si periculum est in mora, receditur a regulis iuris communis*". El mismo autoriza la recepción de la prueba "*inaudita parte*", pero debe tenerse presente que, de no existir fundamento para aplicarlo, se produce una nulidad absoluta por indefensión.

(38) Cass. 3 marzo 1960, citada por PERCHINUNNO, Vicenzo, "Sull'omissione dell'avviso al difensore per ragioni di assoluta urgenza ex art. 304 - ter. Cpp". in Riv. Ital. di Diritto e Procedura Penale, 1967, pág. 1059.



b) Otra importante reducción a la defensa es la que acontece en el procedimiento de citación directa, especie de juicio ejecutivo en materia penal (art. 401 y sigtes.).

c) Especialmente en Italia se ha restringido el derecho de defensa, y también la posibilidad de asistencia de abogado a ciertos actos de la instrucción, por aplicación de la vieja distinción entre la "prueba genérica" y la "prueba específica". La primera tendería a la determinación de la materialidad del hecho, a la determinación del cuerpo del delito (*corpus instrumentorum* (cuchillo homicida), *corpus criminis* (persona o cosa sobre la cual se han ejecutado los actos que menciona la ley como delito) y el *corpus probatorium* (piezas de convicción —huellas, rastros, señales, etc. del delito o de imputado en los lugares o en las cosas). La segunda tendría por objeto la finalidad específica de identificación del reo. La prueba genérica constituiría una precondition para la prueba específica, porque sin el antecedente lógico de individualización de los actos delictuosos, no es posible la individualización del delincuente ("*priusquam de reo oportet constare de delicto*"). Ahora bien, mediante una interpretación extensiva, la jurisprudencia de algunos países con un sistema semejante al del nuevo Código Procesal ha afirmado que la falta de citación del imputado y de su defensor para una prueba genérica, no es causa de nulidad absoluta. El Código Italiano de 1930, por las críticas hechas a la interpretación jurisprudencial de este punto, modificó la situación y estableció un principio que es el consignado en un artículo semejante a nuestro artículo 191 Cpp.

d) Por último, cabe observar que el Código abre toda una gama de posibilidades "legales" de burla a los derechos de la defensa, por lo que en Francia se ha llamado las "*inculpations tardives*". Estas posibilidades derivan en nuestro derecho de la combinación del artículo 234 Cpp., referente a la declaración de los testigos y del 274. El primero permite interrogar como testigos, pero sin juramento a los que "...en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo". El artículo 274, al contrario, obliga al juez a interrogar en 24 horas de puesta a su disposición a la persona "...cuando hubiere motivo bastante para sospechar... que ...ha participado en la comisión de un hecho punible". De donde, es posible burlar la declaratoria de imputado —y las garantías que produce— mediante el artículo 234.

### B) Efectos de la nulidad

26) La nulidad produce determinados efectos: ante una nulidad declarada, de cualquier tipo que sea, hay dos posibilidades:

a) Rehacer el acto nulo y dejar vigente todo el resto del procedimiento.

b) Rehacer todo el proceso a partir del acto nulo.

27) La doctrina francesa y la jurisprudencia han seguido el segundo procedimiento: la nulidad declarada, de cualquier tipo que sea, anula todo lo actuado con posterioridad al acto nulo. Es aplicación del adagio "*Quod nullum est nullum effectum producit*".

28) El sistema seguido en el nuevo Código Procesal está establecido en el artículo 150 Cpp. Según éste:

"La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado.

El Tribunal que la declara ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación o rectificación de los actos de la resolución anulados".

Este artículo establece, pues, una limitación a los efectos de la nulidad. La absoluta, relevante en cualquier estado y grado del procedimiento, sin embargo, no vicia todos los actos cronológicamente posteriores al viciado. Son viciados sólo aquellos actos sucesivos, anteriores o contemporáneos que sean dependientes o conexos con el acto nulo.

Dos situaciones diferentes contempla el artículo 150 Cpp.

a) Los actos posteriores que decaen, a consecuencia de una nulidad, son los dependientes. Se ha sostenido por la jurisprudencia italiana que los actos procesales dependientes de otros son aquellos que encuentran en el acto nulo, sus premisas lógica y jurídica. Cayendo tal premisa, debe necesariamente venir a menos la validez de aquellos actos que a ella sigan. Escribe Crivallari,<sup>(39)</sup> que entre los actos sucesivos y el acto nulo debe existir "una relación de dependencia efectiva, no solamente accidental u ocasional".

¿Cómo debe y con base en cuál criterio, ser valorada la dependencia lógico-jurídica entre los actos sucesivos y el acto nulo? Cuando éste sea un necesario antecedente. En el caso de la pericia en la instrucción, la nulidad del auto de elevación a juicio sigue a consecuencia de la declaratoria de nulidad de la pericia de instrucción toda vez que entre la pericia y el auto de elevación a juicio subsista una situación de dependencia, entendiéndose por ello, una relación de causalidad entre el acto probatorio y el auto de elevación a juicio.<sup>(40)</sup> La jurisprudencia italiana ha desenvuelto este punto aplicando una disposición semejante a la del 150. La relación de dependencia se determina con base en un mero criterio de valoración causal, que parte del valor que expresa el acto nulo en la economía del juicio. Por ejemplo, la pericia nula no produce ningún efecto respecto del

(39) CRIVALLARI, "Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali Penali", in arch. Pen. 1959, I, pág. 197.

(40) Así, LOZZI, Gilberto, "I limiti cronologici della fase predibattimentale", 1963, Giuffrè, pág. 175.



auto de elevación a juicio si el juez, aun prescindiendo del acto en cuestión, hubiese podido formar decisión con elementos resultantes de otros actos. En tal caso, siendo válida la resolución que concluye la instrucción, el juez ordena únicamente la renovación del acto nulo, siempre que tal operación aparezca necesaria y relevante para los fines del juicio.

b) El segundo límite importante deriva del artículo 353 Cpp., que reglamenta el caso de la instrucción suplementaria. Partiendo de un artículo semejante, ha interpretado la jurisprudencia italiana que la restitución del proceso al juez de instrucción solamente es posible en los casos establecidos en el art. 456 Cpp. ital. (nuestro art. 353). La nulidad declarada por el Tribunal de juicio no siempre ocasiona un reenvío del proceso al juez de instrucción; lo ocasiona solamente en el caso de que la nulidad afecte a un acto de los establecidos en el artículo 353. (41)

c) En tratándose de la nulidad de una sentencia declarada en Casación, el artículo 483 establece la anulación de la sentencia del debate basados en ella y de los actos cumplidos de manera irregular y remite el proceso al órgano en el cual hubo el error para la nueva tramitación. Pero establece la posibilidad de que no se anule todo el proceso.

29) Por otro lado, la nulidad declarada, aún a petición de parte, favorece a todos los imputados que se encuentren en la misma situación (art. 455).

## SECCION II—Otros errores in procedendo

Además de la nulidad, existen dos importantes manifestaciones de los errores *in procedendo*. Ellas son las irregularidades procesales y la inexistencia.

### A) Las irregularidades

30) En determinadas situaciones, la violación de una regla procesal solamente ocasiona, si acaso, una llamada de atención. El vicio no afecta para nada al acto y se da la paradoja de que un acto imperfecto es, no obstante, eficaz.

La explicación del fenómeno la da Franco Cordero, (42) partiendo de la economía procesal. En tales circunstancias la transgresión

(41) FOSCHINI, G. "Nullità della sentenza istruttoria rilevata nel giudizio di appello", in Riv. Ita. di Dir. Pen., 1951, pág. 736.

(42) CORDERO, Franco, "Nullità, Sanatorie, vizi Innocui", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Giuffrè, 1961, pág. 706.

de una norma no es tal, por no seguirse un perjuicio jurídicamente relevante.

Cordero considera casos de irregularidad todos aquellos actos que o son irrelevantes, o los actos en los que por otros medios —léase actos procesales sucesivos— se ha alcanzado el fin perseguido por el legislador (art. 149, inc. 3).

Nosotros agregamos que en esta categoría entran el incumplimiento de todas aquellas formalidades que no tienen pena específica de nulidad y que no sean nulidades genéricas del artículo 145. Por otro lado, en muchos artículos, el legislador expresamente se refiere a los vicios que no producen nulidad: así, 484, 92, 144, 28, 390, 395 párr. último, 109, 110, 397 (calif.).

### B) La inexistencia

31) La inexistencia ha sido la respuesta italiana a dos características del sistema italiano de nulidades: las nulidades textuales y el hecho de que todas las nulidades sean sanables, en virtud de la cosa juzgada. La doctrina, entonces, se vio en la necesidad de crear una especie de válvula de seguridad, a través del concepto de inexistencia. (43)

32) Un primer problema que afrontó la doctrina fue el de diferenciar la inexistencia de la nulidad, especialmente de la absoluta. Y por este medio, la misma fijó las siguientes diferencias, más o menos discutibles:

a) La inexistencia es un concepto lógico jurídico; por tanto no puede estar lógicamente determinado a través de las contingentes orientaciones del legislador, quien sigue, para efectos de tipificar las nulidades, criterios de política procesal.

b) La inexistencia es una calificación inherente al acto que no existe jurídicamente como tal; la nulidad es un atributo del acto existente. El acto viciado de nulidad existe y en última instancia, si la nulidad no es declarada, rige el principio general "*imperfectum et nullum aequiparantur in iure*".

c) El acto inexistente, a diferencia del acto nulo, importa una invalidez total y absoluta, permanente, extensiva y declarable siempre de oficio por el juez. Y cuando se trate de una sentencia inexistente, el paso de la misma en "*giudicato*", lo es sólo en apariencia". (44)

d) Al mismo tiempo, el vicio de la inexistencia es denunciabile por cualquiera y en cualquier tiempo. Lo establece una resolución de carácter declarativo. (45)

(43) CIRAOLLO, Giuseppe, "La Sentenza Penale Apparente", en Rivista di Diritto Processuale Penale, 1957, pág. 115.

(44) FROSALI, "Incertenze giurisprudenziale...", Rivista Italiana di Diritto Penale, 1952, pág. 797.

(45) LEONE, G. "Sentenza Penale Inesistente", en Rivista Italiana di Diritto Penale, 1936, Págs. 19 y 20.



e) Si la inexistencia se hace valer a través de los normales medios de gravamen, su ejercicio está sometido a la disciplina procesal establecida al efecto. (46)

¿Cuáles son los actos que pueden considerarse inexistentes?

La jurisprudencia italiana da los siguientes ejemplos de tipos procesales de inexistencia: Decreto de citación que establece una fecha posterior de aquella en que el debate se ha celebrado; (47) la decisión que no puede transformarse en sentencia regular por muerte del pretor; (48) sentencia condenatoria emitida contra un difunto; (49) los actos procesales realizados por el juez o por la parte en un delito perseguible a instancia privada (querrela) cuando la misma falte (cas. 16 de febrero de 1944), entre otros casos. La sentencia de las "Sezioni Unite" de las Cámaras de 3 de junio de 1950 (italiana) declara lo siguiente:

"...la sentencia jurídicamente inexistente, siendo una realidad de hecho, no es una realidad jurídica: a diferencia de la sentencia nula, no admite sanatoria, no adquiere fuerza de cosa juzgada, no constituye un obstáculo al ejercicio de la acción penal nuevamente, ni puede ser puesta en ejecución..."

Entre los criterios que se han presentado, uno de los más acertados es el de Ciraolo. (50) Este autor distingue aquellos elementos de la sentencia esenciales para el concepto de cualquier acto jurídico de los elementos necesarios para su validez.

Según él, elementos esenciales, existenciales, del concepto de sentencia penal son los siguientes: un juez investido de una jurisdicción penal; un imputado; un documento que contenga la decisión emanada del juez y con relación al imputado. (51)

33) Estos conceptos existenciales de la sentencia dan lugar a la inexistencia cuando faltan; pero ningún legislador se ha preocupado de establecer el concepto de acto inexistente, porque las causas de inexistencia son cánones lógicos que son deducidos por negación.

#### a) *Un Juez investido de una Jurisdicción Penal.*

34) Un primer elemento esencial para la existencia de la sentencia es la presencia de un órgano jurisdiccional del cual derive la sentencia. El problema se presenta con las decisiones emanadas de jueces que no son penales sobre un asunto penal (por ejemplo, un juez civil resuelve un asunto penal). Algunos autores, partiendo de la unidad de la función jurisdiccional, creen que se tratará de un caso de

(46) Así, Zuccalá, "Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile", en Riv. Ital. dir. pen., 1949, pág. 62.

(47) Cas. 28 maggio 1934, in Riv. Ital. di Dir. Pen., 1953, pág. 508.

(48) Cas. 15 dic. 1937, citada por Fisoli, Op. cit., pág. 799.

(49) Cas. 3 de enero de 1941, en Scuola Positiva, 1951, II, pág. 177.

(50) CIRAOLLO, Op. cit., pág. 133.

(51) CIRAOLLO, Op. cit., pág. 133.

nulidad absoluta y no de inexistencia. Otros como Ciraolo afirman que en tal situación se presenta un caso de inexistencia, porque si existe unidad de la función jurisdiccional vista desde el exterior, en lo interno la jurisdicción penal es profundamente diferente de las otras. En nuestro derecho, y de conformidad con el nuevo Código, creo que es un caso de nulidad, pues la inexistencia solamente se da en ausencia de nulidad y ésta es la sanción que asigna el Cpp., art. 16, a la inobservancia de las reglas relativas a la competencia por razón de la materia, del territorio, etc.

#### B) *Un imputado.*

35) Según el artículo 400 Cpp., la sentencia es afectada de nulidad sanable cuando "...el imputado no estuviere suficientemente individualizado". A "contrario sensu", la suficiente determinación de la persona del imputado es una condición para la validez de la sentencia.

Aparece claramente que el artículo 400 Cpp. supone la existencia de un imputado, de una persona, con relación a la cual se dirigió la acción penal y respecto de quien se pronunciará la sentencia. Si el imputado falta, porque murió, etc., estaremos en presencia de una sentencia inexistente.

#### C) *Una decisión*

36) Lo mismo puede decirse de los siguientes incisos del artículo 400 Cpp. El inciso 2 prevé la falta de enunciación de los hechos imputados, el tercero la ausencia de elementos probatorios, etc. En todos estos casos tendremos sentencia nula, viciada, pero válida. La única situación que podría dar base a duda es la prevista en el inciso 5: "cuando faltare o fuere incompleta en sus efectos esenciales la parte dispositiva".

37) Se afirma que la inexistencia de una sentencia se produce cuando no hay decisión penal en el caso concreto. Podría objetarse, empero, que tal visión choca con el inciso 5 del artículo 400. La contradicción desaparece cuando se toma el concepto de "parte dispositiva", en sentido restringido. Y cuando una sentencia no decida sobre un caso concreto, sino que se limite a afirmar un puro principio abstracto jurídico, la doctrina habla de "inexistencia". (52)

38) ¿Cuáles son los medios procesales que pueden ser utilizables para determinar la inexistencia?

Es afirmación corriente que la inexistencia no produce ningún efecto jurídico; ello no elimina la necesidad de una declaratoria judicial ("accertamento") de la inexistencia, para impedir que una sentencia, jurídicamente inexistente, sea puesta erróneamente en ejecución.

(52) CIRAOLLO, Op. cit., pág. 140.



Estos medios procesales deben buscarse entre aquellos previstos por el legislador, pues al intérprete no le está permitido sustituirlo en ese aspecto.

La casación italiana (sent. Cass. 25 giugno 1958), ha previsto para ello al juez de ejecución de la pena. Pero, la mayoría de la doctrina ha investigado cuáles de los medios impugnativos corrientes pueden ser utilizados para tal fin. Así:

a) Algunos sostienen que para la declaratoria de inexistencia deben utilizarse los medios originarios de impugnación, aunque haya transcurrido el tiempo fijado por la ley para su proponibilidad. (53)

b) Otros piensan como E. Battaglini, (54) que son los medios comunes los utilizables, pero dentro de los plazos fijados por la ley bajo pena de decadencia.

c) Un tercer grupo ha negado que los casos de inexistencia de una sentencia puedan ser reclamados por medio de los medios normales de impugnación, porque solamente puede impugnarse lo que existe y no lo que no existe; y si lo que no existe fuera impugnabile solamente podría serlo dentro de los términos normales preestablecidos, pues quien deja pasar inútilmente los términos, posibilita que alcance plena eficacia el acto inexistente.

d) Otros como Roberto Mancinelli (55) creen que, si bien es cierto la inexistencia no se subsana con el paso del término para impugnar la sentencia, nada impide que la misma pueda ser propuesta por un medio común de impugnación. Solamente que cuando el problema verdaderamente se plantea ya ha pasado la fecha para impugnar. En tal caso, la solución es acudir al incidente de ejecución, previsto en nuestro Código Procesal en el artículo 502. En efecto, el objeto de dicho incidente es determinar si la ejecución se funda sobre un título idóneo. Por consiguiente, es la vía ideal para que se declare la inexistencia.

39) Un problema se plantea: es que el incidente de ejecución, según el artículo 502 solamente puede ser planteado por el Ministerio Público, por el interesado o su defensor; el juez de ejecución no podrá tomar la iniciativa para llegar, por ese medio a la declaratoria de inexistencia. La casación italiana, con texto semejante, ha atribuido tal poder al Juez de ejecución, partiendo del principio de que previamente a ejecutar, debe examinar de oficio si el título sobre el cual se fundamenta la ejecución tiene todos los requisitos que exige la ley. Ahora bien, el primer requisito de la sentencia es su eficacia.

(53) Así, ZUCCALA, "Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile", Riv. Ital. di Dir. Pen., 1949, pág. 62.

(54) BATTAGLINI, E. "Ancora sull'impugnazione di sentenza inesistenti", IN Giustizia Penale, 1957, c. 554.

(55) MANCINELLI, Roberto, "L'accertamento dell'inesistenza della sentenza Penale", en Rivista Ital. di Dir. e Proc. Pen., 1959, pág. 673.

## CONCLUSIONES

El nuevo Código Procesal consagra un sistema superior de vicios formales que el que tiene el Código Procesal Penal de 1910. En este Código, hoy todavía vigente, la nulidad cumple un papel secundario y subordinado al derecho de fondo. En las instancias, la ausencia de un incidente de nulidad, hizo que la nulidad tuviera que ser alegada a la hora de reclamar sobre el derecho de fondo. En Casación, y en virtud de la interpretación jurisprudencial, la nulidad (y en general, los vicios de forma) fueron absorbidos por el concepto de indefensión. La indefensión, alegable por el perjudicado, sólo era declarable si, habiéndola, había sido alegada en las diferentes instancias. Esto condujo a la supresión del concepto de nulidad relativa.

En el nuevo Código Procesal la nulidad juega un papel esencial. No sólo por la supresión del segundo grado de instancia para las sentencias y los autos con carácter de sentencia, sino también para efectos del recurso de Casación contra las sentencias, en el cual las causales de apertura por la forma están expresamente establecidas.

Por otro lado, la identidad de textos en lo relativo a vicios formales de nuestro Código Procesal y del italiano asegura a nuestros tribunales una amplia base doctrinal de análisis. Ello es bueno en un país como el nuestro, de escasa producción jurídica.



PARTI  
338

REVISTA JURÍDICA

LA PRESCRIPCIÓN NEGATIVA Y LA CADUCIDAD  
EN EL DERECHO CIVIL COSTARRICENSE

Dr. Víctor Pérez  
Profesor de Principios de Derecho Privado.  
Director del Instituto de Derecho Privado.



## PARTE I

### IDEAS GENERALES

El fundamento de la prescripción, así como el verdadero fundamento de cualquier institución jurídica se encuentra en un problema de vida, un problema de intereses que plantea una exigencia para el Derecho a la cual éste debe dar respuesta. En el presente caso encontramos un hecho: la inercia del sujeto activo (acreedor) de una relación jurídica; tal inercia se proyecta sobre el plano de los intereses determinando un problema.

El problema, en el caso de la prescripción puede esquematizarse en los siguientes términos: con el transcurso del tiempo, unida a la inercia aludida, se desarrolla una creciente situación de incerteza (que, en cuanto tal tiene una carga axiológica negativa para el Derecho dado que la certeza es uno de sus pilares). Por existir un interés a la certeza, esto es, por ser la certeza un valor jurídico de nuestro sistema la solución al problema debe buscarse en función de ella. El medio para obtenerla es el establecimiento de un plazo más allá del cual el interés incierto pasa a ser un interés irrelevante, lo que significa que es interés de la comunidad que se establezca un límite temporal con el cual termine la situación de incerteza.

Para algunos autores contemporáneos (SANTORO PASSARELLI) el fundamento de la prescripción se encuentra en "la oportunidad de la adecuación de la situación de Derecho a la situación de hecho". Este planteamiento es criticable porque no ve la raíz de la cuestión, no presenta cuál es el problema de intereses que exige ser solucionado y en el cual se encuentra el verdadero fundamento sustancial de esta institución. La solución no es una mera adecuación de la situación de Derecho a la de hecho, sino más bien una escogencia jurídica, una valoración del ordenamiento frente a un problema sustancial. De modo que el razonamiento correcto pareciera seguir el siguiente orden: hay una situación de incerteza, tal incerteza no debe prolongarse, debe eliminarse; la forma de eliminarla es mediante la creación de una antagónica situación de certeza con la cual la causa



de la incerteza deje de ser relevante para el derecho y el sujeto quede en una situación de libertad respecto del vínculo preexistente.

Existen, sin embargo, algunas situaciones jurídicas que no son prescriptibles (que no prescriben a pesar de la inercia del titular). En líneas generales, un indicio de identificación de las mismas se encuentra en el hecho de que su falta de ejercicio no genera una incerteza. Se ha creído que en tales casos la falta de ejercicio durante un cierto tiempo no presenta un problema, no afecta un interés jurídico, que deba ser satisfecho en forma automática (por el mero transcurso del tiempo) sin necesidad de ulteriores constataciones. No significa esto que, fuera de los casos comprendidos bajo las hipótesis susceptibles de prescripción, la falta de ejercicio merezca siempre la tutela del ordenamiento, pues, como es sabido, existen algunas situaciones jurídicas en las cuales la falta de ejercicio condiciona su eliminación mediante otros mecanismos (diversos a la prescripción) que sí presuponen una constatación de que tal falta de ejercicio afecta negativamente valores jurídicos. Veamos algunos ejemplos de situaciones jurídicas en las que la falta de ejercicio puede determinar —una vez que ha sido constatada— una extinción o limitación del contenido de la situación. Así, el no cumplir la obligación de dar alimentos y educación a los hijos extingue la patria potestad; del mismo modo, puede ser excluido de la tutela el que no cumpla la obligación de administrar los bienes del menor.

Otro indicio de caracterización de las situaciones jurídicas prescriptibles se ha querido ver en su disponibilidad. El titular de un derecho prescriptible *puede* (se trata de un efecto jurídico en el que el componente de valor es de posibilidad) dejar sin ejercicio su derecho, esto es, no debe necesariamente ejercitarlo (en cuanto lógicamente la posibilidad es la no necesidad de lo contrario). Lo anterior significa que ese sujeto tiene una facultad de disposición que puede o no usar, tal como la tiene en cuanto a que puede o no vender su derecho. Lo anterior pareciera caracterizar negativamente los derechos imprescriptibles, pero no es suficiente, desde un punto de vista lógico, para caracterizar cuáles sean los derechos prescriptibles. Ello revela que es incompleto definir el derecho prescriptible en base a su capacidad objetiva de disposición pasiva (en cuanto es el derecho el que sufre el acto dispositivo), ya que hay derechos disponibles que no son prescriptibles: el mejor ejemplo es el dominio.

La razón de esta imprescriptibilidad del dominio no se encuentra ya en que su no-ejercicio provoca incerteza, sino que la misma es producto de una concepción liberal-napoleónica dentro de la cual era considerado como uno de los principios del sistema. De conformidad con este principio se ha desarrollado el mecanismo de la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria establecido en el artículo 320 del Código Civil que expresa: “La acción reivindicatoria puede dirigirse contra todo el que posea como dueño y subsiste mientras otro no haya adquirido la propiedad de la cosa por prescripción po-

sitiva”. De este modo, sólo en el caso de que a la inercia del titular se acompañe una actividad positiva de otro sujeto que merezca tutela jurídica el dominio se transfiere coactivamente.

No existe, sin embargo, en nuestro sistema una prescripción negativa del dominio propiamente dicha. Se sigue considerando que el propietario puede ejercitar o no (como lo decida voluntariamente) su derecho.

Tendencias jurídicas recientes se oponen a admitir esta facultad irrestricta del propietario, en modo tal que cuando el objeto del dominio sea un bien productivo, generador de bienes de subsistencia colectiva o de importancia (principalmente económica) nacional, sea posible coactivamente exigir que cese la inercia y en caso contrario sean establecidas nuevas valoraciones jurídicas sobre el referido bien; tal es el fenómeno de la funcionalización de la propiedad agraria.

En tales hipótesis pareciera justificado que el dominio también esté sujeto a prescripción.

La referida norma relativa a la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria no concuerda con el principio de interés público de la máxima utilización de los bienes que pueden cumplir una función social.

Con base en el mismo criterio general (aunque formal) de que son prescriptibles los bienes propuestos por algunos autores no existe razón para establecer la imprescriptibilidad del dominio. Ello, sin embargo, es el punto de vista con base solamente en un criterio conceptual. La razón sustancial de la tesis de la prescriptibilidad del dominio se encuentra en el interés de la comunidad a que las situaciones jurídicas cuyo ejercicio favorece el bienestar general (lo que es clarísimo cuando se trata de derechos sobre bienes productivos) deben ser ejercitadas, en cuanto se reconocen al sujeto para la tutela de un interés superior. Así, en caso de prescripción del dominio de bienes productivos tales bienes pasarían a manos del Estado en la forma que sea regulado.

Ante esta perspectiva se coloca un obstáculo de orden constitucional. Establece el artículo 45 de la Constitución Política que para que la Asamblea Legislativa pueda imponer limitaciones a la propiedad debe ser por una causa de interés público y previa indemnización. Para la posibilidad constitucional de la prescripción negativa del dominio sería necesaria una modificación a la rigidez de la referida norma en el sentido de que “no será indemnizable el derecho de propiedad sobre los bienes que la ley considere en base a su función social, cuando ésta no se cumpla por falta de ejercicio del derecho durante el tiempo que se establezca legalmente”.

Otra de las razones que corrientemente se aducen es la siguiente: “sólo son prescriptibles los derechos sobre cosa ajena”. Sin embargo, también dentro de este mismo orden de ideas, el bien produc-



tivo legalmente funcionalizado es, en el fondo, un bien particular sobre el cual la colectividad tiene un interés, por lo que la tutela jurídica que le sea acordada no puede basarse sólo en una consideración del interés del propietario. De estas ideas, en el fondo son conscientes los que argumentan legalmente la imprescriptibilidad del dominio, en cuanto también consideran que la sujeción de la propiedad a la prescripción negativa guarda conformidad con una concepción dinámica del Derecho, en el sentido de que ella serviría para satisfacer el interés general al cual puede ya considerarse subordinado de hecho al interés del propietario inactivo cuyo bien no cumple la función social que le corresponde.

## PARTE II

### LA PRESCRIPCIÓN NEGATIVA EN EL DERECHO CIVIL COSTARRICENSE

El fundamento de la prescripción —como se ha visto—<sup>(1)</sup> se encuentra en una situación objetiva de incerteza creada por la inercia del titular de una situación jurídica durante un cierto tiempo legalmente predeterminado. A tal problema, el Derecho responde determinando la irrelevancia del interés después de transcurrido dicho término y creando así una situación de certeza cuyo contenido es independiente de que exista o no una relación de conformidad con la situación jurídica anterior.<sup>(2)</sup> Se trata por ello de un efecto de carácter preclusivo.

Los elementos de la figura primaria (o supuesto de hecho) de la prescripción son pues: el transcurso del tiempo y la inercia del titular.<sup>(3)</sup>

- (1) Llamada también prescripción extintiva o liberatoria. (Con estos tres distintos nombres se encuentra, por ejemplo, en el artículo 1501 del Código Civil de Guatemala). Usa también estos 3 distintos nombres, BRENES, Alberto, "Tratado de las Obligaciones y Contratos. Imprenta Trejos Hermanos, 1923, San José, pág. 257. V. tamb. BARASSI, Iodovico. "Istituzioni di Diritto Civile". Giuffrè-ed. Milano, 1955, pág. 170 y 171. COLIN y CAPITANT. "Curso de mental de Derecho Civil. Tomo 3. Inst. Ed. Reus. Madrid, 1960, pág. 251. TRABUCCHI, Alberto. "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 1971, pág. 124.
- (2) Según enseña FALZEA, Angelo. "Eficacia Jurídica". Universidad de Costa Rica. 1973, pág. 104 y ss.
- (3) En nuestro C.C. se expresa: "Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo". Se dice que la prescripción negativa es un derecho que la ley concede al deudor para rehusar el cumplimiento de una obligación cuando el reclamo ha sido diferido durante cierto espacio de tiempo. BRENES. Op. cit., pág. 266. En otras legislaciones se delimita con mayor precisión el contenido de la figura primaria. Así, el Código Civil de El Salvador expresa en su artículo 2253: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones". En igual sentido se encuentra el artículo



Nuestro Código Civil regula esta materia en el Título VI del libro de las obligaciones (libro tercero). En el capítulo primero del referido título contiene algunas reglas generales sobre la prescripción.

Artículo 850: *La prescripción no puede renunciarse anticipadamente, pero se puede renunciar la cumplida.*

El interés a la certeza es un interés público por lo que las normas que lo regulan no pueden ser derogadas por los particulares. La prescripción tiende a satisfacer este interés por lo que ella no puede ser objeto de actos dispositivos.<sup>(4)</sup> Es, pues, nulo, todo negocio que tienda a regular el curso de la prescripción, su duración o modo. La anterior disposición encuentra su fundamento en distintas razones: Por una parte, ella se justifica pues sólo se puede disponer de lo que tiene y sabemos que el efecto jurídico en la prescripción se produce hasta que se completa la figura primaria (la inercia del sujeto durante un cierto tiempo). En segundo lugar, porque la posibilidad de su renuncia podría atentar gravemente contra el interés antes referido, ya que en tal caso la incerteza no tendría un límite temporal y se mantendría indefinidamente dejando con ello insatisfecho, también indefinidamente, un interés jurídicamente relevante.<sup>(5)</sup>

La prescripción cumplida —dice— sin embargo —el artículo 850 citado— sí es renunciable.<sup>(6)</sup> Ello, porque el sujeto que se encuentra en un estado de libertad (respecto al vínculo preexistente)

2514 del Código Civil de Chile. Menos preciso es el Código Civil francés que en su artículo 2219 dice: "La prescripción es un medio de adquirir o de librarse, por cierto lapso de tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley". Se asemeja a la redacción de los Códigos Chileno y Salvadoreño el artículo 2934 del Código Civil italiano que expresa: "Todo derecho se extingue por prescripción cuando el titular no lo ejercita por el tiempo determinado por la ley". Se ha dicho que "la prescripción de acciones es un medio de extinguir el derecho por no haberse reclamado en un tiempo determinado señalado por la ley" Sentencia de 25 de enero de 1944 del Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial. Registro Judicial, enero de 1944, N-1, pág. 54. Panamá. Sobre la idea de que por la prescripción negativa se pierde un derecho V. CAS. de 9 y 50 horas de 28 de julio de 1937.

(4) En este sentido: Código Civil Italiano, artículo 2936, Código Civil de Brasil, artículo 161, Código Civil de Chile, artículo 2494, Código Civil de El Salvador, artículo 2223, y Código Civil de Nicaragua, artículo 873. El origen común se encuentra en el artículo 2220 del Código Civil de Francia. Sobre la indelegabilidad de la disciplina V. TORRENTE, Andrea, Manuale di Diritto Privato, Giuffré-Milano, 1968, pág. 76.

(5) La misma idea la encontramos como fundamento del artículo 970 de nuestro Código de Comercio. V. BRENES, op. cit. 273, quien afirma que si fuera renunciable se iría contra el objeto de la institución y ello daría lugar a que generalizándose en los contratos la renuncia, la prescripción quedaría prácticamente abolida.

(6) V. COLIN y CAPITANT. Op. cit., pág. 271. TORRENTE, Op. cit. pág. 76.

puede disponer jurídicamente, por lo que la renuncia a la prescripción cumplida, en el fondo, implicaría el surgir de una nueva obligación en idénticas condiciones de la precedente, la que, a su vez, tendría un nuevo período de prescripción. Así, puede afirmarse, por las razones expuestas, la eficacia innovativo-constitutiva de la renuncia de la prescripción cumplida.

El poder de renuncia, en síntesis, que tiene el favorecido por la prescripción surge hasta que se cumple el tiempo establecido por la ley. Esto es lo que algunos llaman "inmediatividad" de la prescripción.

Algunos Códigos exigen la capacidad de actuar para que sea eficaz la renuncia en cualquiera de sus formas<sup>(7)</sup> y también en varios ordenamientos se encuentra una acción regresiva contra los representantes que, con su inercia, dejaron que se operase la prescripción.<sup>(8)</sup>

#### Tipos de renuncia:

ARTICULO 851: *La renuncia de la prescripción puede ser tácita, y resulta de no oponer la excepción antes de la sentencia firme, o de que quien puede oponerla manifieste por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor.*

La prescripción puede ser opuesta como excepción o defensa en cualquier estado del juicio<sup>(9)</sup> por la parte interesada<sup>(10)</sup> y no puede ser constatada de oficio por el juez.<sup>(11)</sup> Así, el no oponer la excepción de prescripción antes de la sentencia implica renuncia. Debe, evidentemente, entenderse que no se trata de la posibilidad de que la

(7) La idea se encuentra en los siguientes Códigos Civiles en forma expresa: Francia, artículo 2222; Italia, artículo 2937; Chile, artículo 2495; El Salvador, artículo 2234; Honduras, artículo 2268; Guatemala, artículo 1503; Panamá, artículo 1674.

(8) Es bastante claro el artículo 1668 del Código Civil de Panamá; se establece el derecho de las personas impedidas de administrar sus bienes, para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de prescripción.

(9) Así, el artículo 224 del Código de Procedimientos Civiles. V. COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 271.

(10) En algunas legislaciones como la francesa (artículo 2225 del Código Civil) y la italiana (artículo 2939 del Código Civil) se establece que la prescripción puede ser opuesta por los acreedores y por el que tenga interés cuando la parte no la haga valer. Puede ser opuesta aun si la parte ha renunciado a ella. V. COLIN y CAPITANT, Op. cit. pág. 272.

(11) Así expresamente el artículo 2938 del Código Civil italiano: "El juez no puede constatar de oficio la prescripción no opuesta". La necesidad de que la prescripción sea opuesta como excepción la encontramos en múltiples legislaciones, concretamente en los siguientes Códigos Civiles: Francia, art. 2223; Italia, 2938; Chile, art. 2493; Brasil, art. 166; El Salvador, art. 2223 y Guatemala, art. 1501. En el mismo sentido BRENES, Op. cit., pág. 266, COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 271. V. MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Vol. I, Giuffré-ed. Milano, 1957, pág. 181.



prescripción opere (se complete) durante el transcurso del juicio, pues en tal hipótesis la habría interrumpido la misma interposición de la demanda. En síntesis, el derecho ha de haber prescrito antes de iniciado el juicio para que sea posible que opere la prescripción. El no oponer la respectiva excepción implica admitir la deuda; tal admisión no tiene efecto conservativo-fortalecedor como lo tiene el reconocimiento de la deuda, <sup>(12)</sup> sino que tiene, más bien, eficacia constitutiva, pues ya la obligación preexistente había dejado de existir. <sup>(13)</sup> También se produce el mismo efecto cuando el sujeto que puede oponer la excepción manifiesta que "reconoce" la deuda o el derecho del dueño. En este caso ocurre lo mismo: la prescripción ya había operado pero este "reconocimiento" cuando se trata de usucapión extingue la situación jurídica que había surgido y cuando se trata de prescripción negativa crea una nueva situación que pasa a ocupar el lugar del estado de libertad en que se encontraba el sujeto. En síntesis, en un caso tiene eficacia innovativo-extintiva y en el otro tiene eficacia innovativo-constitutiva.

En este mismo capítulo del Código Civil, relativo a la prescripción en general encontramos una disposición más bien de carácter particular relativa a la prescripción negativa y a la usucapión de las servidumbres prescriptibles. <sup>(14)</sup> Dispone:

ARTICULO 852: "El que por prescripción ha adquirido un derecho de servidumbre o se ha liberado de ella puede hacerlo reconocer en juicio y solicitar su inscripción o cancelación en el registro".

Este artículo es, en realidad una repetición innecesaria del inciso 2º del artículo 459 del Código Civil que establece que las servidumbres se inscribirán en el Registro de Propiedad y, al mismo tiempo, es una reafirmación de la posibilidad de todo sujeto, reconocida por nuestro Ordenamiento, de hacer valer en juicio sus pretensiones.

#### CUESTIONES PRELIMINARES.

- a) ¿Prescripción de la acción o del derecho?
- b) ¿Obligación prescrita es obligación natural?

- (12) FALZEA, Op. cit., pág. 100 y ss. Sobre la renuncia tácita V. BRENES, op. cit., pág. 274.
- (13) En caso de usucapión, la renuncia a la prescripción cumplida tiene, más bien, eficacia innovativo-extintiva por paralelas razones.
- (14) Algunas servidumbres como las discontinuas no son prescriptibles. En este sentido Sentencia de la Corte de Justicia Nicaragüense, publicada en Boletín Judicial de 1914, pág. 383, Cons. II. Nicaragua. En nuestra Jurisprudencia puede verse. CAS N-101 de 16,30 hs. de 11 de setiembre 1964, Semestre II,

a) En cuanto al primer punto, la solución de nuestro ordenamiento parece, en principio, bastante clara; el artículo 865 expresa: **POR LA PRESCRIPCIÓN NEGATIVA SE PIERDE UN DERECHO**".

Este planteamiento exige, sin embargo, una aclaración; el mismo es parcialmente correcto en cuanto, como sabemos, por la eficacia preclusiva que tiene la prescripción, no siempre por ella se extingue un derecho (bien pudo haberse extinguido el crédito mediante un pago hecho durante el tiempo de prescripción y aun en tal caso podría operar como excepción o defensa). Sería, por ello, más correcto afirmar que por la prescripción se crea una situación de certeza mediante la cual se considera extinguido un derecho.

Hecha esta aclaración debe agregarse que lo que "se pierde" es el derecho y no la acción, la cual puede ejercitarse aunque no prospere. Lo que se quiere decir en los artículos 866, 867 y 868, cuando se habla de la prescripción de la acción es que la misma no puede prosperar si a ella se opone la excepción perentoria de prescripción. <sup>(15)</sup>

b) En Derecho existe el principio de que no se admite la repetición de lo que ha sido pagado en cumplimiento de una deuda prescrita. <sup>(16)</sup> Este principio encuentra apoyo en la idea de que la obligación prescrita deja de ser obligación jurídica y pasa a ser lo que la doctrina llama "obligación natural".

El artículo 634 de nuestro Código Civil expresa que "LAS OBLIGACIONES NATURALES NO CONFIEREN DERECHO PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO; PERO CUMPLIDAS AUTORIZAN PARA RETENER LO QUE SE HA RECIBIDO EN RAZON DE ELLAS". Este es el principio de la "irrepetibilidad del pago de la obligación natural", aplicable a las obligaciones prescritas. <sup>(17)</sup>

Tomo II, pág. 685. CAS N-85 de 10,30 hrs. de 29 de julio de 1965, Semestre II, Tomo I, pág. 227. CAS N-70 de 15 hrs. de 2 de julio de 1965, Semestre II, Tomo I, pág. 13.

- (15) Sin embargo, en doctrina, legislación y jurisprudencia se habla a menudo de la prescripción de la acción. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en sentencia de 31 de enero de 1950 habla de la prescripción de la acción para promover juicio ordinario. El mismo Código Civil de Puerto Rico, basado en el artículo 1961 del Código Civil español habla en su artículo 5291 de que "las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley". Otros Códigos como el de Panamá (artículo 1668) y Honduras (artículo 2263) hablan de la prescripción de acciones y derechos. Afirma la prescripción del derecho y no de la acción MESSINEO, Op. cit., pág. 183.
- (16) Así, expresamente el artículo 2940 del Código Civil italiano, Sobre el tema V. TRABUCCHI. Op. cit., pág. 126, TORRENTE, Pp. cit., pág. 76.
- (17) En nuestro país, en materia comercial el principio está formulado expresamente: "El que cumpliere una obligación prescrita, no tendrá derecho a repetir lo pagado", artículo 975 del Código de Comercio.



## DURACION. (18)

El tiempo legalmente establecido para la prescripción es una cuestión de Derecho positivo, variable de un ordenamiento a otro. Se habla normalmente de dos tipos de prescripción (en base al tiempo): la prescripción ordinaria y las prescripciones breves. A la vez esta bipartición se encuentra de nuevo en materia comercial donde los términos (ordinario y breves) son aún más cortos.

Establece la prescripción ordinaria el artículo 868 del Código Civil que expresa: "TODO DERECHO Y SU CORRESPONDIENTE ACCIÓN SE PRESCRIBEN POR DIEZ AÑOS", salvo las excepciones que la misma ley establezca. (19)

Además en atención a la naturaleza de ciertas relaciones la ley establece algunas prescripciones breves. En nuestro Derecho las tenemos en 3 años en el artículo 869 del Código Civil y en 1 año en el artículo 870. (20)

"Cuando después de ser exigibles cualquiera de las obligaciones que prescriben en uno o tres años se otorga documento en que se establece nuevo plazo para satisfacerla, o recaiga sentencia judicial que declare la existencia de la deuda y la obligación de pago, el término para prescribir será el de diez años, si se trata de deuda común o de cuatro si de mercantil, a contar desde el momento en que sea exigible la obligación conforme al documento, o desde el día en que la sentencia cause ejecutoria..." (21)

(18) V. BARASSI, Op. cit., pág. 772 y MESSINEO, Op. cit., pág. 184, TRABUCCHI, Op. cit., pág. 125. TORRENTE, Op. cit., pág. 80.

(19) En lo comercial tenemos el artículo 984 del Código correspondiente que la fija en 4 años. Los plazos, como se dijo son variables en los distintos ordenamientos (5, 10, 15, 20, etc. años). Véanse por ejemplo los siguientes Códigos Civiles: Francia, art. 2261 y ss.; Italia, art. 2946; Chile, art. 2515; El Salvador, art. 2254; Brasil, art. 177 (establece varios plazos de prescripción larga), Honduras, art. 2289.

(20) En materia comercial véase el artículo 984 del respectivo Código. Es interesante anotar que en Chile no existe la suspensión de la prescripción en ciertos casos en que ésta es breve. V. además Código Civil de Francia art. 2261 y ss. C.C. de Italia, art. 2946; Honduras, art. 2289 y Guatemala, art. 1512. Sobre prescripción breve en nuestra jurisprudencia puede verse la sentencia de la Sala de Casación N° 37 de 16 horas y 15 minutos de 14 de abril de 1967, Tomo II, I Semestre, pág. 662. "No todas las acciones se prescriben en el mismo término, pues en atención a sus distintas condiciones y procedencia no sería conveniente asignarles idéntico plazo". BRENES, Op. cit., pág. 266. "Las prescripciones de uno y tres años se fundan exclusivamente en la presunción de pago". BRENES Op. cit., pág. 268.

(21) BRENES, Op. cit., pág. 268.

## MOMENTO INICIAL Y MOMENTO FINAL.

En términos generales la prescripción corre desde el día en que pudo haberse hecho valer el derecho (22) o bien, lo que es lo mismo, desde que la acción o derecho haya nacido. (23) Algunos Códigos insisten, para el inicio del cómputo en la posibilidad de ejercicio. Así por ejemplo: "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". (24)

Este principio se aplica en las obligaciones a plazo y en las condicionales, donde se cuenta el término para la prescripción desde que el plazo se cumple o la condición se verifica. (25)

Para la determinación del momento final encontramos la regla de que la prescripción se verifica cuando se ha cumplido el último día del término.

"Cuando en el título no se señala fecha para el pago el término de la prescripción comienza a contarse desde el día en que se contrajo la deuda, pues desde entonces ésta puede ser reclamada, salvo que por su naturaleza o por especial disposición de ley, requiera, para ser exigible, el transcurso de cierto tiempo, como pasa tocante al mutuo, en que el término para devolver la cosa principia treinta días después de haberla recibido el mutuario en falta de estipulación de plazo a este respecto". (27)

## CURSO DE LA PRESCRIPCION.

## IMPEDIMENTO.

El tema del impedimento de la prescripción tiene íntima relación con el relativo a su "momento inicial" ya examinado. Dice el

(22) Así, artículo 2935 del Código Civil italiano. Nuestro Código Civil expresa en su artículo 874: "El término para la prescripción de acciones comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible". V. MESSINEO, Op. cit., pág. 184.

(23) Así, artículo 2253 del Código Civil de El Salvador.

(24) Art. 2297, Código Civil de Honduras. Igualmente el artículo 5291 del C.C. de Puerto Rico. Ambos basados en el art. 1961 del C.C. español. V. COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 264.

(25) Tiene esta regla en forma expresa el Código Civil de Guatemala art. 1509. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de este país: "Debe contarse el término de la prescripción desde que se realiza la condición suspensiva a que estaba sujeta la obligación". Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de diciembre de 1950. Guatemala. V. COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 265.

(26) Así, expresamente el artículo 2962 del Código Civil de Italia; esta regla tiene la siguiente especificación: "Si el término acaba en día festivo, se proroga de derecho al día siguiente no festivo. La prescripción por meses se verifica en el mes en que termina y en el día de éste correspondiente al día del mes en el mes en que termina falta tal día, el término se cumple con el último día del mes. Art. 2963 del citado Código. V. MESSINEO, Op. cit., pág. 184.

(27) BRENES, Op. cit., pág. 270.



artículo 874 del Código Civil: EL TERMINO PARA LA PRESCRIPCION DE ACCIONES COMENZARA A CORRER DESDE EL DIA EN QUE LA OBLIGACION SEA EXIGIBLE". (28)

En esta norma encontramos, en forma implícita, lo que en doctrina se llama IMPEDIMENTO del curso de la prescripción, que significa que la prescripción no empieza a correr sino hasta que el derecho pueda ser hecho valer. La lógica de esta disposición es muy simple si nos fijamos en el fundamento de la misma prescripción: la inercia del titular por un cierto tiempo ligada a una creciente situación de incerteza. En el caso del impedimento no puede ni siquiera pensarse en que haya surgido la incerteza acerca de si el titular del derecho lo ejercerá o no, pues, ni siquiera ha surgido a la vida jurídica la situación exigible. (29) Con base en las anteriores premisas el problema del impedimento de la prescripción es, en realidad, un problema falso, pues en tal caso ni siquiera ha surgido el derecho a la vida jurídica y es, simplemente, por esto que no se puede iniciar el curso de la prescripción.

### CURSO DE LA PRESCRIPCION.

#### SUSPENSION. (30)

A diferencia de lo que ocurre en los casos de impedimento, en las hipótesis de suspensión de la prescripción, el derecho es ya exigible, ya ha nacido a la vida jurídica; sin embargo, el ejercicio de este derecho se encuentra obstaculizado por la especial situación del sujeto o sujetos de la relación. Tal dificultad de ejercicio del derecho es tomada en cuenta por el ordenamiento en cuanto la inercia objetiva (en el ejercicio del derecho) no es, de ningún modo imputable al acreedor, sino que ella se justifica por las circunstancias que establece el Código Civil en el artículo 880; se trata de casos en que la pres-

(28) Las implicaciones comerciales de esta disposición general las encontramos en los artículos 795 (Las acciones que nacen de la letra de cambio prescriben a los 4 años a contar de la fecha de su vencimiento), 802 (serán aplicables al pagaré, las disposiciones relativas a la letra de cambio referentes a la prescripción) y 969 del Código de Comercio (La prescripción comienza a correr al día siguiente del vencimiento en las obligaciones que tienen determinado plazo dentro del cual deben ser cumplidas; y en aquellos casos en que lo que autoriza la ley es ejercitar un determinado derecho, desde el día en que tal derecho pudo hacerle valer).

(29) Ejemplos de esto los encontramos en el Código Civil en el artículo 1092 (condición suspensiva en la venta) y en el artículo 615 (condición en el testamento).

(30) V. Código Civil de Italia, artículo 2941, Código Civil de Brasil, art. 168 (establece diez casos), Código Civil de El Salvador (dos casos) art. 2259 y 2248. V. además el Código de Comercio de Costa Rica, art. 976. En general, sobre suspensión V. BRENES, Op. cit., pág. 272, BARASSI, Op. cit., pág. 773. COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 267. MESSINEO, Op. cit., pág. 185, 186. TRABUCCHI, Op. cit., pág. 127, TORRENTE, Op. cit., pág. 79.

cripción no corre: a) en perjuicio del sujeto incapaz de actuar que no está dotado de representante legal necesario, (31) b) entre padre e hijos durante la patria potestad. Se trata de una causa que tiende a evitar conflictos de intereses entre representante y representado en el caso de que el acreedor sea el padre y, además, tiende a evitar el peligro de la prescripción cuando el acreedor sea el hijo y el deudor su padre (quien lo representaría judicialmente). Sin embargo, caso de exigirse la obligación el hijo actuaría representado por un curador especial, c) entre los menores e incapacitados y sus tutores o curadores, mientras que dure la tutela o curatela. Para la explicación de este inciso son aplicables análogas razones a las expuestas con relación al inciso segundo, d) contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra. En este caso hay una razón objetiva de imposibilidad de ejercicio del derecho, (32) e) contra la herencia yacente mientras no haya albacea que hubiere aceptado.

En este caso, siendo, según el artículo 548 del Código Civil. el albacea el administrador y representante legal de la sucesión, en o fuera de juicio y careciendo la sucesión de albacea es claro que existe una imposibilidad para el ejercicio de sus derechos, por la cual se suspende el curso de la prescripción, (33) f) no corre, tampoco, contra los jornaleros y sirvientes domésticos respecto de sus jornales y salarios, mientras continúen trabajando o sirviendo al que se los debe, ello por el peligro que puede representar el temor reverencial, g) a favor del deudor que con hechos ilícitos ha impedido el ejercicio de la acción de un acreedor. En este caso el "transcurso del tiempo de inercia" del titular del derecho se debe a una circunstancia provocada por el mismo obligado, que no puede resultar beneficiada de su acción dolosa. (34)

(31) Sobre este tema ha dicho nuestra Sala de Casación: "...el principio de contra non valentem agere non currit prescriptio en relación con menores, tiene esta salvedad en el inciso 1 del art. 880 del Código Civil interpretado a contrario sensu: cuando los menores tengan tutor o curador que los represente conforme a la ley" CAS. N° 92 de 15,45 hs. de 25 de agosto de 1961, II Semestre, I Tomo, pág. 259. En general la jurisprudencia extranjera es conforme sobre el punto. Corte Superior de Guatemala. Sentencia de 9 de octubre de 1950. El Código Civil de Panamá no tiene en su texto la última afirmación; en su artículo 1671 se limita a decir que se suspende la prescripción ordinaria en favor de los menores dementes y sordomudos (no dice: "mientras carezcan de representante legal").

(32) Es interesante anotar que en el Código Civil de Nicaragua, en lo demás idéntico a nuestro artículo 880, no se encuentra este inciso.

(33) Sobre este inciso ha dicho la Sala de Casación: "no es lícito por vía extensiva o análoga aplicar en lo mercantil la situación contemplada en el inciso 5 del artículo 880 del Código Civil". CAS. N-15 de 10 hs. del 22 de enero de 1965. Tomo I, I Semestre, pág. 227, palabras de la Sala Civil acogidas por la Sala de Casación.

(34) En la legislación extranjera se encuentran otros casos de suspensión de la prescripción; especialmente interesante es el inciso 5 del art. 1505 del Código Civil de Guatemala que dice: No corre entre los cónyuges, durante el matrimonio; y entre hombre y mujer durante la unión de hecho.



En las anteriores hipótesis es interesante determinar qué es lo que ocurre en relación con el cómputo del tiempo. Dice el encabezamiento del referido artículo 880: "no corre la prescripción", lo que da lugar a dos posibilidades: a) si la causa de suspensión es preexistente a la exigibilidad de la situación jurídica opera en forma análoga al llamado impedimento: el tiempo de la prescripción comienza a contarse desde el momento en que desaparezca la causa; b) cuando la causa de suspensión sobreviene, el período durante el cual subsiste la causa no se cuenta y se suma el tiempo anterior al tiempo sucesivo. (35)

## CURSO DE LA PRESCRIPCION.

### INTERRUPCION. (36)

Artículo 876 Código Civil: TODA PRESCRIPCION SE INTERRUMPE CIVILMENTE: 1) POR EL RECONOCIMIENTO TACITO O EXPRESO QUE EL POSEEDOR O DEUDOR HAGA A FAVOR DEL DUEÑO O ACREEDOR DE LA PROPIEDAD O DERECHO QUE TRATA DE PRESCRIBIRSE, 2) POR EL EMPLAZAMIENTO JUDICIAL, EMBARGO O SECUESTRO NOTIFICADO AL POSEEDOR O DEUDOR.

Artículo 879 Código Civil: LA PRESCRIPCION NEGATIVA SE INTERRUMPE TAMBIEN POR CUALQUIER GESTION JU-

(35) Nuestra Sala de Casación ha dicho que la suspensión no funciona en materia comercial con respecto de títulos valores. CAS. N° 15 de 10 hs. de enero de 1965, Tomo I, del I Semestre, pág. 227.

(36) En algunas legislaciones (Francia, arts. 2242, 2243 y 2244 y El Salvador, art. 2257) se distingue entre interrupción natural e interrupción civil. Así el citado art. del C.C. salvadoreño dice que hay interrupción natural por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya sea expresa, ya tácitamente y hay interrupción civil por la demanda judicial. V. además Código Civil de Brasil, art. 172 y Código Civil de Honduras, art. 2301.

En general, en nuestra jurisprudencia sobre interrupción de la prescripción v. CAS. N° 57 de 15,45 hs. de 6 de junio de 1961, I Semestre, II tomo, pág. 686, CAS. N° 94 de 10 hs. de 19 de octubre de 1951, CAS. N° 15 de 10 hs. de 22 de enero de 1965, tomo I, I Semestre, pág. 227, CAS. N° 37 de 10 hs. de 22 de enero de 1965, tomo I, I Semestre, pág. 227, CAS. N° 37 de 16:15 hs. de 14 de abril de 1967, Tomo II, I Sem. pág. 662, Cas. N° 109 de 16,15 hs. de 29 de noviembre de 1966, Tomo II, II Sem. pág. 704.

En la jurisprudencia guatemalteca encontramos la sentencia de la Corte Suprema de 10 de junio de 1963 que pone como medios de interrupción el reconocimiento del derecho del acreedor o la demanda judicial o embargo. En algunas legislaciones no es obstáculo para la interrupción que el juez frente al cual se hace la gestión sea incompetente. Así, Código Civil de Francia art. 2246 y Código Civil de Italia, art. 2943. Sobre la interrupción, en general V. BRENES, Op. cit., pág. 271, COLIN y CAPITANT, Op. cit., pág. 268. MESSINEO, Op. cit., pág. 188. TRABUCCHI, Op. cit., pág. 127. TORRENTE, Op. cit., pág. 79.

## DICIAL O EXTRAJUDICIAL PARA EL COBRO DE LA DEUDA O CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION.

La interrupción de la prescripción tiene por figura primaria (o supuesto) un comportamiento de cualquiera de los sujetos de la relación del cual se deduce la intención de no dejar que se extinga la deuda con el transcurso del tiempo.

Desde el punto de vista del sujeto activo se trata de un comportamiento que hace cesar la inercia y revela más bien un hecho cierto: el acreedor quiere que se le cumpla la obligación.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, el reconocimiento tácito o expreso del deudor interrumpe la prescripción. (37)

¿Qué ocurre con el cómputo del tiempo cuando se produce la interrupción de la prescripción? Como sabemos, los comportamientos que interrumpen la prescripción tienen eficacia conservativo-fortalecedora. Así, este fortalecimiento se aprecia claramente en lo que se refiere al transcurso del tiempo de prescripción que comienza a contarse de nuevo, sin que pueda sumarse el tiempo anterior a la interrupción. Al respecto, expresa el artículo 878 del Código Civil: "EL EFECTO DE LA INTERRUPCION ES INUTILIZAR PARA LA PRESCRIPCION TODO EL TIEMPO CORRIDO ANTERIORMENTE". (38)

Con base en el artículo 645 del Código Civil puede afirmarse que la interrupción de la prescripción producida por un reconocimiento hecho por un codeudor solidario funciona también respecto de los demás. (39) Expresa el citado artículo: "Los hechos u omisiones de cualquiera de los deudores solidarios aprovechan o benefician a sus codeudores en las consecuencias legales que tales hechos tengan respecto de la deuda..."

(37) V. el artículo 977 del Código de Comercio.

Sobre legislación extranjera: V. C.C. de Francia, art. 2248, C.C. de Italia, art. 2944 y C.C. de Guatemala art. 1506. S. Jurisprudencia Guatemalteca V. la sentencia de 27 de noviembre de 1963 de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a si la confesión ficta implica un reconocimiento que interrumpe la prescripción hay divergencia en la jurisprudencia extranjera; se pronuncia en sentido positivo la sentencia nicaragüense, publicada en el Boletín Judicial de Nicaragua de 1935, pág. 8907, cons. III, in fine. Se pronuncia negativamente la sentencia de la Corte Guatemalteca de 27 de junio de 1952.

(38) En igual sentido el artículo 981 del Código de Comercio. El Código Civil italiano dice: artículo 2945: Por efecto de la interrupción se inicia un nuevo período de prescripción. En iguales términos que nuestro Código Civil: artículo 929 del Código Civil de Nicaragua y art. 1507 del Código Civil de Guatemala.

(39) El Código de Comercio es expreso al respecto: artículo 978: Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto de los otros; artículo 980): La interrupción de la prescripción contra el deudor principal, produce los mismos efectos contra su fiador y viceversa si el fiador fuere solidario. En otros Códigos extranjeros existen disposiciones en el sentido de que la interpelación hecha a uno de los deudores mancomunados, o su reconocimiento, interrumpen la prescripción contra todos los otros y lo mismo contra sus herederos. Así artículo 2249 del Código Civil de Francia.



### PARTE III

#### LA CADUCIDAD. (40)

##### CONCEPTO:

La caducidad es el resultado de una valoración jurídica que se atribuye a una determinada situación de hecho. Lo que interesa determinar para captar el sentido de la misma es cuál es la situación de hecho y cuál es el problema que se plantea, para luego establecer, sobre esta base, el sentido del efecto que al mismo se atribuye, en cuanto el efecto jurídico es la respuesta del ordenamiento al problema en función del interés de la comunidad.

Debe aclararse previamente otro aspecto: la caducidad resulta de una conexión de figuras jurídicas; para que pueda hablarse de caducidad, es preciso que con anterioridad se haya producido un determinado efecto jurídico, es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica, cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción. Además, normalmente, los términos de caducidad son mucho más cortos que los términos de prescripción, lo que revela un interés más inmediato a la certeza que en ésta; ello, sin embargo, no puede considerarse como uno de los caracteres de la caducidad, sino más bien como un posible indicio para su identificación.

Frente a la falta de ejercicio en forma determinada de una situación de poder sujeta a caducidad, con el cumplimiento del término se produce un efecto de orden innovativo-extintivo (lo que implica otra diferencia respecto de la prescripción donde el efecto es, más bien, preclusivo).

De lo dicho, puede observarse que cuando nos encontramos frente a una hipótesis de caducidad tenemos como supuesto una carga

(40) En general sobre la caducidad puede consultarse TEDESCHI, Vittorio. Decadenza. (dir e proc. civ.) Enciclopedia del Diritto. Vol. XI, Giuffrè-ed. Milano, 1962, pág. 773.

de perentoria observancia de un término rígido (la rigidez del término, como veremos, es otra diferencia frente a la prescripción) para el cumplimiento específico de un acto (normalmente se trata de un derecho potestativo) con la consecuencia de que el derecho se pierde (efecto extintivo) si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o (lo que es lo mismo) si es cumplido extemporáneamente.

Con base en el anterior concepto general podemos pasar ahora a estudiar analíticamente la figura:

##### LA FIGURA PRIMARIA:

A semejanza de la prescripción, la caducidad tiene por figura primaria una "no-actividad" y "un término". (41) Sin embargo, a diferencia de la prescripción, estos dos elementos tienen caracteres particulares. Por el momento, desde un punto de vista negativo, podemos afirmar que la "no-actividad" en la caducidad no se refiere a una genérica ausencia de ejercicio del derecho como sí ocurre en la prescripción, y, en cuanto al segundo componente, no se trata de un término elástico como el de la prescripción que es susceptible de sufrir suspensiones e interrupciones, sino de un término rígido. (42)

Analicemos separadamente estos dos aspectos:

a) La "no actividad": Ella no está referida en forma genérica al ejercicio del derecho, sino más bien a un específico e infungible cumplimiento de un acto predeterminado. Se trata de un modo específico e insustituible de ejercicio del derecho. Como ejemplos podemos citar las caducidades en materia familiar como la establecida por el artículo 49 del Código de Familia que expresa: "La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven", el artículo 59 del mismo Código que establece la caducidad de la acción de separación en dos años y su artículo 73 que literalmente dice: "La acción del marido para impugnar la paternidad deberá plantearse en juicio dentro de un año desde que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo". En materia contractual también se encuentran figuras de caducidad como la prevista en el artículo 1081 del Código Civil: "La acción para pedir aumento o disminución del precio concedida por los artículos 1075 a 1077 (diferencias de medida que dan derecho a pedir diferencias de precio) deberá intentarse dentro de un año, a contar del día del contrato

(41) Sobre estos dos elementos de la figura primaria o causal: V. TEDESCHI, op. cit., pág. 776.

(42) "No se aplican a la caducidad las normas relativas a la interrupción". MESI-SINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Giuffrè-ed. Milano, Vol. I. 1957, pág. 197.



o del fijado por las partes para verificar la medida, bajo pena de perder tal acción". En todos estos casos vemos que no es suficiente cualquier manifestación de parte del titular de la situación jurídica para producir con ella una interrupción o una detención definitiva (que en materia de caducidad se denomina técnicamente "impedimento") del correr del término, sino que es necesario el ejercicio concreto y específico de la acción ante los tribunales mediante demanda ordinaria formalmente planteada respecto del conflicto de intereses subyacente. Así, no basta —por ejemplo— al cónyuge inocente (en el caso citado del artículo 49 del Código de Familia) llamar a confesión prejudicial (mediante lo que se denomina "prejuicio de posiciones") al cónyuge culpable para que con ello se detenga el término, ya que el único comportamiento que lo puede impedir es el establecimiento de la acción de divorcio dentro del año.<sup>(43)</sup>

Esta "no-actividad" no es pues una mera inactividad durante el término, sino que ella revela la exigencia de que el ejercicio del derecho sea específicamente realizado dentro de un término perentorio, sin consideración a las circunstancias subjetivas que hayan determinado el inútil transcurso del tiempo. Por ello, puede decirse que el término en la prescripción es "de duración reproducible", mientras que en la caducidad tiene un punto temporal fijo.

b) El término. Este es el segundo elemento de la figura. Decíamos que en la prescripción el término es de duración reproducible, lo que significa que la figura primaria que ha comenzado a madurar con el transcurso del tiempo puede desaparecer mediante un cese de la inactividad que determina una interrupción, con la cual por su eficacia conservativo-fortalecedora, comienza a correr un nuevo período de prescripción. Lo contrario ocurre en materia de caducidad; en ella el asunto se agota dentro del término prefijado en dos posibles formas: con el cumplimiento del acto (que impide la caducidad por lo que se denomina "impedimento") o bien con la falta de cumplimiento del acto dentro del término o con el cumplimiento extemporáneo del acto, caso en el cual funciona fatalmente la caducidad. En síntesis, en la prescripción el momento en que se completa la figura es, por su naturaleza, movable, mientras que en la caducidad la figura permanece anclada al término prefijado.<sup>(44)</sup>

Con base en lo dicho, podemos determinar cuáles son los caracteres del término de caducidad:

Se trata en primer lugar de un término "aceleratorio", un término dentro del cual debe cumplirse el acto, por cuanto con la caducidad se impone al titular de la situación jurídica una carga de perentoria observación del término para el ejercicio específico del derecho; el derecho se pierde si no se ejercita en la forma prevista dentro del término.<sup>(45)</sup>

(43) V. MESSINEO, Op. cit., pág. 193.

(44) V. TORRENTE, Andrea. Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed. Milano, 1968, pág. 140. TEDESCHI, Op. cit., pág. 776.

(45) V. MESSINEO, Op. cit., pág. 193.

En segundo lugar, unido al carácter aceleratorio del término, se encuentra su carácter perentorio al que ya se ha hecho referencia. Esta calificación de "perentorio" que se atribuye al término denota dos cosas: por un lado el hecho de que se trata de un término cuyo inútil transcurso produce la extinción del derecho y, por otro lado, denota la rigidez e improrrogabilidad del término.<sup>(46)</sup>

### LA FIGURA SECUNDARIA.

El efecto de la caducidad, una vez que se ha completado el término es de carácter innovativo, en cuanto se produce un cambio de orden macroscópico (y no simplemente un cambio interno) al pasarse de una situación jurídica de posibilidad de ejercicio específico del derecho a una situación en que desaparece esta valoración, por lo que dentro de los subtipos de eficacia innovativa nos encontramos frente a un caso de eficacia extintiva. Así, por ejemplo, en el caso citado del artículo 49 del Código de Familia, una vez transcurrido el año sin que el cónyuge inocente haya planteado la acción de divorcio desaparece el derecho de accionar con base en la causal en cuestión. Del mismo modo, desaparece el estado de sujeción del cónyuge culpable quien no podrá verse afectado por los hechos que llegaron a conocimiento del cónyuge inocente un año antes.

### CURSO:

Ya hemos dicho algo sobre el curso de la caducidad. El mismo no tiene el carácter elástico que encontramos en la prescripción que puede ser suspendida cuando ocurren circunstancias que denotan una objetiva imposibilidad de ejercicio del derecho por parte de su titular, ni puede ser interrumpida por cualquier modalidad de ejercicio del derecho. En el caso de la caducidad el término rígido, aceleratorio y perentorio sólo puede dejar de correr con el ejercicio específico del comportamiento predeterminado, con el cual se produce el impedimento (se impide definitivamente el curso de la caducidad). Tal acto no tiene equivalentes que sirvan para los efectos de la caducidad.<sup>(47)</sup>

### DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.

Con base en las anteriores consideraciones podemos presentar en forma esquemática tales diferencias:

(46) V. TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di Diritto Civile. Cedam, Padova. 1971, pág. 128 y ss. TORRENTE, Op. cit., pág. 140.

(47) V. MESSINEO, Op. cit., pág. 197.



- a) En cuanto a la no-actividad:
  - 1) Prescripción: se trata de una inactividad genérica.
  - 2) Caducidad: se trata de una inactividad respecto de un específico comportamiento.
- b) En cuanto al término:
  - 1) Prescripción: el término es susceptible de reproducirse indefinidamente mediante la interrupción y puede ampliarse mediante la suspensión.
  - 2) Caducidad: el término es rígido.
- c) En cuanto a la eficacia:
  - 1) Prescripción: tiene eficacia preclusiva.
  - 2) Caducidad: tiene eficacia extintiva.
- d) En cuanto a la función:
  - 1) Prescripción: existe la exigencia de que no queden sin ejercicio los derechos por razones de certeza.
  - 2) Caducidad: Existe la diversa exigencia de que ciertos derechos sean ejercitados específicamente en un término breve; existe, pues un interés al pronto ejercicio.<sup>(48)</sup>

(48) En materia de caducidad puede distinguirse entre el fundamento general (unitario) y las particulares razones sustanciales en que se apoyan las diversas caducidades. El fundamento general se encuentra en la exigencia de cumplimiento dentro de un término dado, fijo; se trata de una exigencia positiva, a la cual, precisamente, se coordina la caducidad, en vía preventiva, con la estatución de un término, además de perentorio, normalmente breve. En cuanto a las segundas (particulares razones sustanciales) éstas pueden tener fines de orden público o de orden privado. V. TEDESCHI, Op. cit., pág. 791.

## “DE LA VIRTUD QUE HACE REGALOS”

(En “Así hablaba Zaratustra”)

*Lic. Luis Guillermo Coronado Céspedes*  
 Profesor de Filosofía.



## INTRODUCCION

Es necesario, al emprender la tarea de comentar el discurso de Zaratustra titulado "*De la virtud que hace regalos*", ofrecer algunas indicaciones sobre su ubicación en el todo de la obra, y su significación dentro de la primera parte.

El "*Así hablaba Zaratustra*" presenta cuatro partes, empero ellas no fueron escritas ni al mismo tiempo ni en la misma actitud. Las tres primeras son el resultado de cortos pero intensos períodos de inspiración (aproximadamente de diez días); la cuarta es, en cambio, mucho más trabajada y pensada. En efecto, habiendo sido Nietzsche conmovido brutalmente por la percepción de su pensamiento abismal — Sils-Maria, 1881—, y "asaltado" por la figura del Zaratustra —Rapallo, finales de enero de 1883—, escribió en diez días de intensa actividad, que él mismo describe como de estado de inspiración (*Ecce Homo*), la parte primera del "mayor regalo que ha recibido la humanidad"; del 1 al 10 de febrero de 1883. Poco más de dos meses después, y de regreso al "lugar sagrado" donde descubrió el significado pleno del "eterno retorno de lo idéntico", también en diez días —26 de junio a 6 de julio— redactó la segunda parte. La tercera será escrita en Niza, del 8 al 20 de enero del año siguiente. Esta última parte, al igual que las anteriores es de asombrosa realización, y de una fuerza y espontaneidad sublimes. Se debe notar que hasta aquí estaba completo el Zaratustra, de acuerdo con la intención original de Nietzsche. La cuarta parte fue escrita en el transcurso de los meses venideros, y publicada en forma privada en 1885; como se ha indicado antes, ella fue realizada de manera más elaborada, con mayor espíritu de orfebrería, y específicamente estaba destinada a ser la primera sección de una obra futura, la cual nunca cuajó. Por último, recuérdese que no fue sino hasta el año de 1886 en que el mismo Nietzsche unió las cuatro partes en un solo volumen, cada una de ellas había sido publicada por aparte, y el "*Así hablaba Zaratustra*" adquirió la entidad con que ha pasado a la posteridad.

"*De la virtud que hace regalos*" forma parte de la primera sección de la gran obra nietzscheana, y en particular, es la pieza que cierra dicha sección. Ahora, si planteamos la hipótesis, plausible a



todas luces, de que Nietzsche no tendría en aquel entonces la intención de continuar la redacción de su "Zaratustra", resulta que ella adquiere un mayor significado. En efecto, considerado como conclusión, este discurso posee el sentido de una recapitulación total, y por consiguiente, su retorno a los temas principales del Prólogo: la muerte de Dios, el anuncio del superhombre, el sentido de la tierra, evidencia ser algo más que una forma retórica. Por otra parte, su tema clave: la virtud curativa y la tierra transformada en lugar de curación, abre la puerta a una serie de posibilidades futuras, tanto literarias —continuación de la prédica de Zaratustra en sus retornos a los hombres y en su cueva de la montaña, cuarta parte— como doctrinales de inmenso valor en el pensamiento nietzscheano. Posibilidades en las que Nietzsche seguirá trabajando durante el resto de su existencia consciente. Mas, en este discurso estará el núcleo de todo lo futuro.

En síntesis, el "discurso" que nos interesa analizar corresponde a un instante clave de la estructura del "Zaratustra". Culmina el primer proceso de creación de la obra y encierra lo mejor del mismo. Concluye la primera incursión del profeta del superhombre en el mundo de los valles —de los hombres; señala su regreso a la soledad de las montañas; no obstante, deja abierta la posibilidad —como analizaremos en breve— de un retorno, quizás de varios.

Dividiéndose este discurso en tres partes, básicamente por motivos dramáticos, aunque también por el contenido de su mensaje, haremos toda nuestra interpretación siguiendo tales divisiones. En consecuencia, ¡a la tarea!

## PRIMERA PARTE.

La primera cosa que llama la atención es su referencia al "discípulo". La imagen del discípulo —aparte de la referencia a los evangelios cristianos— tiene connotaciones que realmente nos interesan. En este trozo inicial del discurso, implica la oposición compañía-soledad. En cambio, en el fragmento final, sugiere y explicita la fuerte crítica nietzscheana del creyente. En la primera acepción, "discípulo" supone la intención de Zaratustra de dirigirse, de atraer, de pescar solamente a unos pocos hombres. Esta intención permea todos los discursos de esta primera travesía con los hombres. Ella es el resultado del primer gran fracaso en la prédica de Zaratustra a los hombres. Pero, antes recordemos que Zaratustra se había retirado a las montañas con el fin de enriquecerse con la meditación y luego dar.... Cuando está pletórico, decide descender hacia los hombres, iniciar su ocaso, y en ese su descenso encuentra al eremita que alaba a Dios; en ese encuentro realmente no se entabla comunicación entre ambos, y la gran noticia no es comunicada al santo. A continuación, y esto

es lo que interesa, Zaratustra inicia su primera gran prédica en la plaza del mercado. Aparte del contenido de la arenga, especialmente del anuncio del superhombre y de la descripción del último hombre; además del bellissimo efecto dramático de la participación del volatinero y de su muerte, lo que realmente importa enfatizar aquí, es el total y absoluto fracaso de Zaratustra: se dirigió a todos, se dirigió a los más, al pueblo, y el resultado es que no tienen oídos para sus palabras. El mensaje de Zaratustra no debe ser dirigido a la plaza, se infiere como resultado; el mensaje no debe perderse por querer llegar a las mayorías que no están ni pueden estar preparadas. La actividad de convencimiento del profeta debe estar dirigida a un pequeño grupo, a unos elegidos, a unos discípulos.

"Compañeros de viaje vivos es lo que yo necesito, que me sigan porque quieren seguirse a sí mismos y vayan allá donde yo quiero.

Una luz ha aparecido en mi horizonte: no hable Zaratustra al pueblo, sino a compañeros de viaje!

Z. Prólogo. Nº 9.

He aquí la expresión poética del fracaso y de la nueva vocación: discípulos... ¡Alto! No continuemos sin observar un detalle altamente significativo: Cristo eligió a sus discípulos, los llamó y éstos lo siguieron; Zaratustra quiere discípulos, quiere elegidos, pero que realmente ellos mismos hayan decidido serlo. Una diferencia preñada de consecuencias.

Zaratustra ha decidido tener compañía, de pocos es cierto, pero compañía al fin. Y ello por la necesidad de que su mensaje llegue a manos humanas. Sin embargo, en la figura de Zaratustra hay un rasgo que le es esencial: la soledad. Y no sólo en él, sino en su mensaje: "Huye, amigo mío, a tu soledad".

La soledad la encontramos en el inicio de la obra, como elemento dramático insustituible —y con implicaciones doctrinales y polémicas claras—: Zaratustra se retira a la montaña, a las alturas, lejos de la compañía de todo hombre. De todo lo humano, recalcamos, puesto que permanecen cerca y con él sus dos animales: el águila y la serpiente.

Solamente gracias a esa soledad puede el hombre encontrarse a sí mismo y a su auténtico sentido. Por ello debe renunciar a la masa; separarse de los mediocres, de los superfluos. Mediante la soledad debe elevarse al nivel de creador: los creadores son solitarios —Nietzsche fue un solitario, y qué trágica fue su soledad—.

También, la soledad está presente al final de la comunicación con los hombres. Zaratustra debe dejar a sus discípulos. Zaratustra debe refugiarse nuevamente en sí mismo, esto es, obtener mayor riqueza para ofrendar. No obstante, en este momento la referencia a la soledad tiene un significado mucho más preciso: los discípulos deben quedarse solos. Ellos deben ser separados para no ser opacados y arrastrados por el profeta; para que sean auténticamente iniciados.



Esta es la primera significación del término "discípulo", la segunda será estudiada en la tercera parte de este comentario.

A continuación hallamos la clave dramática de todo este discurso: el cetro de Esculapio. Un bastón ha sido regalado a Zaratustra por el grupo de discípulos, y motiva la disertación del profeta, del superhombre. Ahora bien, el símbolo de Esculapio es el símbolo del médico. ¿Mas, es Zaratustra un médico? Sí, en verdad lo es. Es el médico de los hombres y de esta tierra. Es el anunciador de la transformación de este mundo enfermo. De este mundo infectado por tablas de valores caducas; tablas de valores negadoras de la fuerza de la vida; tablas dependientes de realidades trascendentes. Sin embargo, Zaratustra no se refiere a este mundo en el sentido de los desprecia-dores de lo terrestre, los que se salvan negando. No, Zaratustra lo que lega es una nueva virtud, una gran virtud: la virtud que hace regalos.

La virtud que hace regalos, la virtud curativa, la virtud más alta. A la que aspiramos todos y que transformará este nuestro mundo.

La virtud que 'hace regalos' puede ser *caracterizada* enumerando algunas de sus propiedades: ella es la que da, la que se ofren-da, la egoísta; la virtud como poder, la virtud creadora.

Cuando Zaratustra nos habla de esta la más alta de las vir-tudes, nos la presenta como la que no exige recompensa sino que ofrenda. Esta caracterización tiene dos vertientes: la una negativa y la otra positiva. En la primera, Zaratustra se enfrenta a la virtud que exige recompensa o venganza; se enfrenta a la virtud en sentido cris-tiano, en cuyo dominio la virtud solamente tiene sentido, se justifica y se busca en nombre de lo que ella puede obtener. Y esta virtud negativa puede obtener recompensa en tanto propende a una vida eterna, sobrenatural, o bien venganza, en tanto que sirva para negar la fuerza vital de los hombres verdaderamente tales —refiérese esto, por ejemplo, al problema de la genealogía de la moral y su oposición: nobles-viles— y este tema se proyectará en la segunda parte del "Zaratustra", en la sección titulada de "los virtuosos". Por el contra-rio, en la vertiente nietzscheana, la virtud ofrece, entrega, en lugar de exigir o pedir. La virtud se vuelca hacia los demás entregando todo lo que ella contiene; el hombre se ofrenda a los demás con toda su riqueza interior, puesto que él quiere ser regalo y ser víctima; quiere ser 'ocaso'. El hombre, mediante la más alta de las virtudes, prepara el terreno para su superación, para el advenimiento del superhombre. Por el contrario, la virtud que exige recompensa preserva al hombre superfluo, al último hombre.

Paralelo a la anterior descripción de la virtud que hace regalos, hallamos el enfoque de la distinción entre un egoísmo positivo y otro negativo. Esta virtud, la más alta, la que se ofrenda —como se ofren-da Zaratustra— debe poseer lo que va a entregar, y además debe poseer en grado sumo. Por consiguiente, para lograr en forma plena poseerla debe querer y buscar cada vez más. Ella, entonces, su-pone un egoísmo. Un egoísmo, un sano egoísmo, que tienda a pro-veerla de mayores riquezas interiores que puedan, a su vez, ser arro-

jadas hacia los demás. Este egoísmo busca un acumular cada vez más, para que el hombre pueda darse totalmente, y darse entregando ver-daderamente algo valioso. Y al hacerlo, lograr su 'ocaso'.

En el propio Prólogo ya Zaratustra había anunciado, en parte, este converger de la virtud más alta, del egoísmo y del darse. Allí nos dice:

"Yo amo a aquel cuya alma se prodiga, y no quiere recibir agradecimiento ni devuelve nada: pues él regala siempre y no quiere conservarse a sí mismo".

Z. Prólogo N° 4.

El otro egoísmo, el negativo, es el bajo y vil buscar para sí mismo. Es el sentimiento propio de los mediocres, de los débiles, que lo que ansían es acumular, pero no para dar a otros, sino para ence-rrarse en sí mismos. Y podemos insinuar que no se vuelcan a los de-más puesto que no tienen que dar, a pesar de sus acaparamientos, pues de lo que están faltos es de calidad humana, de entidad onto-lógica. No son materia transformable en lo superior; son reactivos. El egoísmo negativo es la codicia; la codicia de un querer autopreservarse —por eso busca la vida eterna—. Una codicia que tiende a mantener la primacía de lo bajo, y que impide el reconocimiento de que el hom-bre es algo que debe ser superado; que el hombre debe ser un puente.

Por último, veamos como esta virtud que se ofrenda debe con-siderarse, también, como poder. La más alta de las virtudes está muy lejos de ser entendida como algo pasivo, como algo estático, sino que ella es capacidad, poder, aptitud. Aun cuando ella tiende a un darse, a un entregarse, a un aniquilarse en su ocaso, todo esto, en lugar de denotar debilidad, implica poderío. Puesto que, para Nietzsche, el ma-yor poder es el deseo de ser superado y cumplir con nuestra necesi-dad. La virtud que hace regalos es, pues, una realidad que está muy cercana a la areté griega. Ella es poder, capacidad, habilidad, manan-tial de nuevas posibilidades.

"Poder es esa nueva virtud; un pensamiento dominante es, y, en torno a él, una alma inteligente".

Z. PI De la virtud que...

Entendida de esta manera, la virtud que nos proporciona Za-ratustra es el polo opuesto de la virtud judeo-cristiana. Este es el sig-nificado doctrinal oculto detrás de lo que describimos. Para Nietzsche, la virtud judeo-cristiana es fundamentalmente la vocación de no ha-cer; por ello, la virtud se define en forma negativa. Esa virtud im-pide hacer; niega la fuerza plena de la vida. En síntesis, la virtud opuesta a la virtud como poder es: la virtud como "adormidera".

La virtud como poder significa también virtud creadora. Es la virtud del creador. Empero, dejaremos este rasgo para la sección si-guiente.



## SEGUNDA PARTE.

En esta segunda parte, es donde aparecen formulados nuevamente muchos de los grandes temas del Prólogo y de los discursos anteriores. Así que doctrinalmente ella no aporta cosas nuevas. Sin embargo, por su carácter de discurso final, las doctrinas reformuladas adquieren el sentido de sentencias que resumen todo el cúmulo de enseñanzas de la prédica de Zaratustra. En realidad, pareciera que Zaratustra quiere labrarlas en las mentes de sus discípulos.

Toda esta segunda porción del discurso está dominada —creemos— por un tema primordial, que recibiendo diversas tonalidades y desarrollos, engloba las diversas enseñanzas que Zaratustra repite nuevamente. Dicho tema es el llamado al “sentido de la tierra”. En efecto, Zaratustra conjura a sus discípulos: “Permaneced fieles a la tierra, hermanos míos, con el poder de nuestra virtud!”.

Este llamado, esta exigencia, está preñado de significaciones. Por una parte, trae consigo la muerte de Dios: no interesa un volver los ojos a la divinidad, a lo trascendente, sino que debemos tender hacia lo humano. Por otra, el sentido de la tierra está dado por el superhombre. Y el superhombre es el creador, el creador de nuevos valores, que como creador es el solitario por excelencia.

¡Paciencia! avancemos poco a poco.

El llamado por el sentido de la tierra: fidelidad a la tierra, fue lanzado por Zaratustra en su primera prédica a los hombres —en la plaza—, de la cual ya conocemos el resultado. En ella, el gran anuncio es el superhombre, y sin embargo, este superhombre no es más que el sentido de la tierra. Y afirmamos tal cosa, puesto que en ese su primer discurso aparecen tres elementos básicos: superhombre, sentido de la tierra, y muerte de Dios. Pero, las relaciones internas entre estos tres conceptos son tales, que convierten al segundo —sentido de la tierra— en el primordial. Con el fin de verificar nuestro aserto, citaremos a Nietzsche:

“El superhombre es el sentido de la tierra. Diga vuestra voluntad: ¡sea el superhombre el sentido de la tierra!

¡Yo os conjuro, hermanos míos, *permaneced fieles a la tierra* y no creáis a quienes os hablan de esperanzas sobreterrenales! Son envenenadores, lo sepan o no.

...  
En otro tiempo el delito contra Dios era el máximo delito, pero Dios ha muerto y con El han muerto esos delincuentes. Ahora lo más horrible es delinquir contra la tierra y apreciar las entrañas de lo inescrutable más que el sentido de aquella!”.

Z. Prólogo. N° 3.

Pues bien, tal énfasis en el sentido de la tierra, supone el rechazo de todo lo que se ocultaba tras la presencia del Dios que ha muerto —y posiblemente es lo que significa nuestro filósofo con tal expresión—, a saber, el reino de lo trascendente, de lo ideal, de las

hipóstasis platónicas. El sentido de la tierra impide el que la virtud se asiente —más bien se pierda— en lo alto, en lo sobrenatural, en lo eterno.

Zaratustra sentencia:

“No dejéis que vuestra virtud huya de las cosas terrestres y bata alas hacia paredes eternas! ¡Ay, ha habido siempre tanta virtud que se ha perdido volando!”.

Z. PI, De la virtud que . . .

La enfermedad de lo trascendente, que será una de tantas a curar por Zaratustra médico, y ya conocemos el bálsamo que empleará, la ha descrito Nietzsche de manera perfecta en su “De los trasmundanos”, uno de los discursos anteriores. El detectar esta contaminación y el proponer su eliminación, es uno de los logros más sobresalientes del pensamiento de Nietzsche. Pues, ni importa cuál rama del quehacer humano tomemos en consideración, lo cierto es que esta peste está presente y qué estragos ocasiona: filosofía, arte, religión, política, y hasta en la ciencia.

Claro está, que el rechazo de los “trascendentes” implica una total vuelta a lo inmanente. Y este es el sentido del “sentido de la tierra”. Zaratustra lo expresa con furia:

“Conducid de nuevo a la tierra, como hago yo, a la virtud que se ha perdido volando —sí, conducidla de nuevo al cuerpo y a la tierra: ¡para que sea la tierra su sentido, un sentido humano!”.

Z. *idem*.

Otro de los temas ya tratados, y que nuevamente aparece en este discurso es el del creador de los valores. El llamado de Nietzsche a que el hombre sea el creador de los valores, un creador constante, un creador que no se deje domeñar por los valores establecidos en el pasado. Un creador que no se detiene ante nada. Aquí emerge el tema por excelencia de la filosofía nietzscheana: el problema de los valores. El problema del valorar y del valor de los valores. Y particularmente, el problema es: solamente el hombre crea valores, y sin embargo, luego de ser creados por él, ellos son capaces de doblegar a los hombres. Pero esto es inadmisibile, ya que niega la esencia del hombre. Por consiguiente: destruid, hombres creadores.

“Vuestro espíritu y vuestra virtud sirvan al sentido de la tierra, hermanos míos: ¡y el valor de todas las cosas sea establecido de nuevo por vosotros! ¡Por eso debéis ser luchadores! ¡Por eso debéis ser creadores!”.

Z. *idem*.

De las muchas ocasiones en que Nietzsche ya había anunciado esta actitud del creador, esto es, del hombre auténtico, sobresalen las del Prólogo N° 9 y la del primer discurso, esto es, “De las tres transformaciones”. Y en él, el símbolo del “niño”.



“Inocencia es el niño, y olvido, un nuevo comienzo, un juego, una rueda que se mueve por sí misma, un primer movimiento, un santo decir sí.

Sí, hermanos míos, para el juego del crear se precisa un santo decir sí: el espíritu quiere ahora su voluntad, el retirado del mundo conquista ahora su mundo”.

Z. P I, De las tres...

Y por último, podemos hacer referencia al tema del superhombre. Pero, ahora como un reto a los elegidos, a los solitarios, a los mejores. Y de tales elegidos cabe decir lo que apuntamos en la primera parte: los elegidos por ellos mismos.

### TERCERA PARTE.

El factor dramático es la despedida. Como lo apuntábamos arriba, la soledad aparece también al final de la prédica de Zaratustra. El debe regresar a sus montañas. Ha dado su mensaje, y ya no puede hacer más. La tarea inmediata corre de parte de los discípulos: ellos deben rumiar y apropiarse del verdadero significado del mensaje. Y lo deben hacer de tal manera que el magnetismo personal del profeta no imponga la aceptación. Ellos, los elegidos, deben comenzar a ser verdaderos discípulos, lo que exige el romper con el maestro. Romper con el maestro con el fin de elevarse hasta su nivel. “Se recompensa mal a un maestro si se permanece siempre fiel”.

Nietzsche nos proporciona, entonces, el segundo significado del término “discípulo” —el cual habíamos dejado pendiente—. Aquí, discípulo está en resonancia con “creyente”, con seguidor. Y sin embargo, Zaratustra se plantea toda una distinción entre las actitudes de los discípulos. Ciertamente, por un lado está el discípulo que recibe un mensaje, una nueva verdad, pero que acogida se enfrenta a ella y la hace verdaderamente suya. El discípulo que se planta ante el maestro y replantea todo lo aprendido. Es el discípulo con verdadera vocación de recrear la enseñanza, y no con el solo deseo de doblegarse ante la nueva enseñanza. En él, Zaratustra personifica el rechazo de la docilidad, que no es más que la ciega aceptación de una revelación.

Por la otra parte, y aquí Nietzsche realiza toda una crítica a la psicología del “creyente” en sentido tradicional, aparece el discípulo como el que no busca, no recrea, no se enfrenta, sino que simplemente acepta. Empero, ¿cuál es el defecto primordial de un discípulo de tal tipo? La respuesta, que tiene profundas consecuencias en el pensamiento actual, es: el “creyente”, al apegarse totalmente a su maestro, lo que busca es refugiarse en otro para dejar de ser él mismo. Busca el no tener que afrontar el excesivo peso de ser él mismo, y para evitarlo no hay solución más perfecta que sumirse en otro.

Este “creyente” personifica la actitud del hombre que ha inventado a Dios, para que El sea su regazo protector. En resumen, el “creyente” cree, para no creerse a sí mismo.

“No os habíais buscado aún a vosotros: entonces me encontrastes. Así hacen todos los creyentes: por eso vale tan poco toda fe”.

Z. P I, De la virtud.

Este es el sentido en que se ha proyectado parte del pensamiento nietzscheano, y nos aventuramos a afirmar, es la forma en que Sartre lo expresa en el “*Diablo y el buen Dios*”.

En consecuencia, Zaratustra, como maestro que no quiere seguidores “fieles”, deja solos a sus discípulos. Y solamente anuncia un posible retorno ante discípulos que se hayan encontrado a sí mismos:

“Ahora os ordeno que me perdáis a mí y que os encontréis a vosotros; y sólo cuando todos hayáis renegado de mí, volveré entre vosotros”.

Z. *idem*.

Para nosotros, sin embargo, su anuncio del retorno es, fundamentalmente, el anuncio del “mediodía”, esto es, el momento en que el hombre haya decidido ser superado, y se embarque en la tarea de preparar el camino al superhombre. Y este propósito: el de ser verdaderamente puente, no es otra cosa que el percatarse de la necesidad e impulsarla libremente, de hundirse en el “ocaso”. El hombre llega a su atardecer, no para perderse en una muerte estéril, sino para lograr el próximo paso en la carrera del devenir: el superhombre.

“La grandeza del hombre está en ser un puente y no una meta: lo que en el hombre se puede amar es que es un tránsito y un ocaso”.

Z. Prólogo. Nº 4.

Para Nietzsche, solamente quien decide alcanzar su ocaso, ha cumplido con su destino y ha alcanzado su plenitud. Doctrina trágica pero que engrandece!

Por consiguiente, Zaratustra puede grabar en sus discípulos su última gran sentencia:

“Muertos están todos los dioses: ahora queremos que viva el superhombre —¡Sea ésta alguna vez, en el gran mediodía, nuestra última voluntad!”.

Z. PI, De la voluntad...



## INDICE GENERAL

	Pág.
Discurso del Presidente del Colegio de Abogados Lic. Rodrigo Odio González .....	11
Discurso del Decano de la Facultad de Derecho Lic. Eduardo Ortiz .....	15
"Presentación" por el Director de la Revista Dr. Jorge Enrique Romero Pérez .....	19
Discurso de apertura del curso de 1974 Dr. Rodrigo Barahona .....	23
1824 Dr. Jorge Enrique Guier .....	29
<b>ENSAYOS:</b>	
Los conceptos fundamentales del derecho tributario Dr. Gian Antonio Micheli .....	33
El derecho y el desarrollo Lic. Rodolfo Cerdas .....	77
El seneamiento económico de las empresas y procedimientos concursales en Francia Dr. Francisco Vargas .....	101
La Constitucionalización del régimen jurídico de los partidos políticos en Centroamérica Dr. Jorge García .....	241
El régimen presidencial costarricense Dr. Hugo Muñoz .....	271
La empresa pública Dr. Mauro Murillo .....	289



	Pág.
Historia, Valores y Derecho Dr. Jorge Enrique Guier .....	305
Los vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica Dr. Francisco Castillo .....	327
Caducidad en el Derecho Civil Costarricense Dr. Víctor Pérez .....	361
"De la virtud que hace regalos" Lic. Luis G. Coronado .....	383



Se terminó de imprimir  
en los talleres Gráficos de  
**Trejos Hermanos, Sucs., S. A.**  
en el mes de diciembre de 1974.  
Habiéndose hecho un tiraje de 2.200 ejemplares.