

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO



Revista

de

Ciencias Jurídicas

J ~~_____~~



25 OCT 2011

No. 6

Noviembre de 1965

ESCRITOS ORIGINALES

LA JUSTICIA EN EL MERCADO COMÚN CENTROAMERICANO

Lic. ENRIQUE GUIER

Presidente del Colegio de Abogados

No hay que olvidar que el primer tribunal de justicia internacional de jurisdicción compulsiva nació en Centroamérica. El artículo 1º del Tratado General de Paz y Amistad celebrado en Washington el 14 de diciembre de 1907, germen de aquel tribunal, decía así:

"Las repúblicas de Centro América, consideran como el primordial de sus deberes, en sus relaciones mutuas, el mantenimiento de la paz y se obligan a observar siempre la más completa armonía y a resolver todo desacuerdo o dificultad que pueda sobrevenir entre ellas, de cualquier naturaleza que sea, por medio de la Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención que han concluido al efecto en esta fecha".

Y la Corte, de acuerdo con el poder especial que al efecto se le concedió, pronto dictó su Reglamento Interno y una Ordenanza de Procedimientos, y en el artículo 1º de aquél reconoció que era "por su naturaleza, por sus atribuciones y por el carácter de su jurisdicción, un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, con potestad para juzgar y resolver a petición de parte, todos los asuntos comprendidos en su ley constitutiva".

La jurisdicción de la Corte fue asaz amplia. Comprendía, por una parte, "todas las controversias o cuestiones" que sobrevinieran entre los Estados contratantes, "de cualquier naturaleza que sean y cualquiera que sea su origen", y, por otro lado, "las cuestiones que inicien los particulares de un país centroamericano contra alguno de los Gobier-

nos contratantes, por violación de tratados o convenciones, y en los demás casos de carácter internacional, sea que su Gobierno apoye o no dicha reclamación".

Otra innovación muy importante, y hasta atrevida pudiéramos decir, fue la facultad concedida a la Corte de fijar en cada caso su competencia, interpretando los tratados y convenciones pertinentes, habida cuenta de que no tenía propiamente jurisdicción arbitral sino una jurisdicción ordinaria de carácter compulsivo. En suma, como expresa con certero criterio el Licenciado don Carlos José Gutiérrez ("La Corte de Justicia Centroamericana", edición de la ODECA, Tegucigalpa, 1957, págs. 15, 57 y 58):

"La principal característica de la Corte de Justicia Centroamericana fue su amplia jurisdicción. Antes de ella no encontramos ningún tribunal internacional que la tuviera igual... Ni antes ni después, una comunidad o grupo de países le ha dado a un tribunal internacional facultades tan amplias... Como una novedad, aun mayor, se otorgó también por primera y única vez en el campo de los tribunales internacionales, la posibilidad de que los individuos de un estado pudieran demandar al gobierno de otro, sin necesidad de contar para ello con el respaldo de su propio gobierno. Este aspecto de la jurisdicción de la Corte encerraba en sí la novedad de convertir a los individuos en sujetos de derecho internacional, tesis ésta que aún en nuestros días tiene el carácter de revolucionaria... Quienes en 1907 crearon la Corte no estaban, pues, copiando algo existente; estaban intentando realizar un agigantado progreso en materia internacional; buscaban cumplir una finalidad más allá de lo que habían logrado poner en práctica las naciones civilizadas de Europa y de América en sus relaciones internacionales".

Tampoco debemos olvidar otra experiencia notable —pero ya de mediados de este siglo— en el campo de la justicia internacional: el famoso Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero creada el 18 de abril de 1951, y hoy fusionado con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea instituida por el tratado de Roma (25 de marzo de 1957). A este Tribunal le corresponde actualmente asegurar "el respeto al derecho

en orden a la interpretación y a la ampliación del presente Tratado" (artículo 164) y ejercer "el control de legitimidad sobre los actos del Consejo y de la Comisión" (artículo 173), es decir, sobre los actos del órgano que decide la política de la Comunidad (artículo 145) y del órgano propiamente europeo que representa el poder ejecutivo en ella (artículo 155).

Y así, la Comisión puede recurrir al Tribunal de Justicia cuando considere que un Estado miembro haya faltado a alguna de las obligaciones que le impone el tratado (artículo 169), y cada uno de los Estados miembros tiene igual derecho a recurrir al Tribunal cuando considere que otro Estado miembro ha faltado a alguna de esas obligaciones (artículo 170). El Tribunal, en el ejercicio del sobredicho control de legitimidad de los actos del Consejo y de la Comisión, tiene atribuciones para pronunciarse acerca de los recursos de incompetencia, violación de normas sustanciales, violación del tratado o de cualquier otra norma jurídica relativa a su aplicación, o por abuso o desviación de poder, a propuesta de un Estado miembro, del Consejo, de la Comisión o de una persona física o jurídica afectada individualmente por los actos impugnados (artículos 173 y 175). El Tribunal tiene también competencia para conocer de las controversias que surjan entre los Estados miembros y los órganos rectores del Banco Europeo (artículo 180).

En resumen, y haciendo uso de las palabras de la "Fundamentación oficial alemana del Convenio":

"Es objeto del Tribunal de Justicia velar por el cumplimiento del derecho. Sus atribuciones no son las de un tribunal internacional ni las de los tribunales nacionales, sino que con gran amplitud decide los litigios entre los Estados miembros, entre éstos y los órganos de la Comunidad y también entre estos órganos. Además, siguiendo los principios generales propios de los Estados de Derecho, garantiza al ciudadano frente a las extralimitaciones de los órganos de la Comunidad". (Werner von Lojewsky, "El Mercado común europeo", Madrid, 1960, pág. 217).

Pero los artífices del mercado común centroamericano, con olvido lamentable del antecedente vernáculo, tan alabado en su época tanto en América como Europa, y que logró la paz y la seguridad en las relaciones de los estados centroamericanos, y la reciente experiencia foránea, digna de tomarse de modelo por la seguridad jurídica que significan en la Comunidad Económica Europea el Tribunal de Justicia y su sabia, estable y orientadora jurisprudencia, dando un salto hacia atrás de más de medio siglo, escogieron la vía del arbitraje para solucionar las controversias que surgieran entre los estados signatarios del Tratado de Managua (13 de diciembre de 1960), cegados por el mal ejemplo del Tratado de Tegucigalpa (10 de junio de 1958).

Al efecto, el Tratado de Managua establece en su artículo 26:

"Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio del Consejo Ejecutivo o del Consejo Económico Centroamericano en su caso, las diferencias que surgieren sobre la *interpretación* o *aplicación* de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por *arbitraje*. Para integrar el *tribunal arbitral* cada una de las Partes contratantes propondrá a la Secretaría General de la Organización de los Estados Centroamericanos los nombres de tres magistrados de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia. De la lista total de candidatos, el Secretario General de la Organización de Estados Centroamericanos y los representantes gubernamentales ante ese organismo escogerán, por sorteo, a un árbitro por cada Parte contratante, debiendo ser cada uno de ellos de diferente nacionalidad. El *laudo del tribunal arbitral* será pronunciado con los votos concurrentes de, por lo menos, tres miembros, y causará efectos de *cosa juzgada* para todas las partes contratantes por lo que hace a cualquier punto que se resuelva relativo a la *interpretación* o *aplicación* de los cláusulas de este Tratado".

¿Por qué se eligió el camino del arbitraje, superado desde hacía años por el Pacto de la Liga de las Naciones

y por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas? Quizá en esta alternativa se halle la explicación: en la mesa de redacción del Tratado de Managua, o bien privó el temor aldeano del mito de la soberanía nacional, o bien se impuso el "economismo" unilateral que abomina sin razón de lo que llama despectivamente el "juridicismo".

En el Segundo Congreso Jurídico Centroamericano, celebrado en 1964 en la ciudad de San José, varias delegaciones recomendaron, con verdadero entusiasmo, la creación, dentro de la comunidad económica centroamericana, de un tribunal permanente de jurisdicción obligatoria. Las disposiciones institucionales del Tratado de Managua fueron en general censuradas duramente. La delegación costarricense expresó que "el sistema de arbitraje adoptado por los Estados centroamericanos para la solución de los múltiples conflictos que lógicamente habrán de producirse con motivo de las tareas integracionistas del área en el campo económico, no es precisamente el más adecuado", y señaló concretamente tres gravísimos inconvenientes o defectos del procedimiento arbitral escogido:

"a) la incompetencia del tribunal arbitral para conocer y fallar otros asuntos que no sean los que le sometan los Estados signatarios, respecto a la interpretación o aplicación de los tratados respectivos; b) la dificultad insuperable de constituir el tribunal o bien de reintegrarlo cuando uno de los Estados signatarios manifieste su rebeldía o desacuerdo en someter algún asunto a la decisión de los árbitros, y c) la índole misma, transitoria y variable de esos tribunales, y la cual impide la formación de una jurisprudencia estable y orientadora, tan necesaria en esta materia".

A la delegación costarricense le pareció, pues, que para zanjar adecuadamente los conflictos que origine el proceso integrador de las economías centroamericanas, debería crearse un tribunal permanente, similar en su esencia al Tribunal de Justicia creado por el Tratado de Roma, y el cual "en no lejano día podría conocer también de los con-

fluctos de Derecho Internacional Privado que se produjeran con motivo del tráfico intercentroamericano de mercancías", y siendo esas causas que se debían tratar en cada caso.

"Por ser este un tribunal *sui generis*, que no es dable ubicarlo en la categoría de un tribunal internacional propiamente dicho, es preferible que ejerza sus funciones con absoluta independencia de los Estados miembros y desligado totalmente de la Corte de Justicia Centroamericana, recién creada en la nueva Carta de la ODECA, y la que dicho sea de paso, no llena, por falta de atribuciones y competencia, ninguna función sustantiva en el proceso unificador de los pueblos de Centroamérica. No pasará de ser una figura simbólica, muy distinta por cierto de la que presentó la extinta Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 en virtud de los Pactos de Washington, y que sobrevivió hasta 1918, y que tan brillantes servicios prestó a la causa de la Justicia".

El sentir de los juristas centroamericanos, expresado por los representantes de los colegios y asociaciones de abogados del Istmo que concurren a aquel certamen, cristalizó, en lo que hace a la administración de justicia en el mercado común centroamericano, en la Recomendación II, que en lo conducente dice así:

EL SEGUNDO CONGRESO JURIDICO CENTROAMERICANO

CONSIDERANDO:

- 2.—Que dada la manifiesta aceleración con que viene realizándose el proceso de integración en Centroamérica, es aconsejable que en vez del tribunal arbitral que se prevé en el Tratado General para la solución de las diferencias en materia de su interpretación o aplicación, se establezca un mismo órgano jurisdiccional de carácter permanente que pueda conocer de inmediato de

los asuntos sometidos a su jurisdicción y aplicar un procedimiento especial que garantice no solamente la seriedad de sus resoluciones sino la administración de justicia pronta y cumplida;

RECOMIENDA:

- 2.—Que asimismo, caso de modificación o sustitución del Tratado General, se cree un tribunal permanente de justicia destinado a conocer exclusivamente de las diferencias que surjan sobre la interpretación de los instrumentos de la integración económica centroamericana y a resolver definitivamente las controversias que resulten en su aplicación, tanto entre los Estados miembros como entre éstos y los demás sujetos de derecho, inclusive las personas naturales.



EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORDINARIO DE TRABAJO

Lic. ABEL CASTRO

Magistrado del Tribunal Superior de Trabajo.

El presente artículo tiene por objeto hacer un examen crítico de las disposiciones legales que regulan el procedimiento relativo al juicio ordinario de trabajo, enfrentándolas a los principios doctrinarios generales sobre la materia y exponer los resultados que en la práctica ha producido ese procedimiento, para luego hacer una exposición de dos proyectos que han sido elaborados a fin de acelerar los trámites del mencionado procedimiento. Previamente quizá convenga aclarar que aunque nuestro Código de Trabajo no emplea la denominación "juicio ordinario de trabajo", es perfectamente aceptable que se use la misma para referirse al juicio dentro del cual se ventila un conflicto de carácter jurídico, sea individual o colectivo, a que alude el artículo 395 inciso a) del Código Laboral. En efecto, un conflicto semejante no se distingue, jurídicamente, de un conflicto de Derecho Civil, limitándose la diferencia entre ambos a la naturaleza del derecho discutido (Tribunales de Trabajo en América Latina, publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1949, páginas 2 y 3).

También conviene recordar, aunque sea brevemente, las características principales del procedimiento laboral: Impulso procesal de oficio, brevedad de los trámites, preferencia de la oralidad sobre la forma escrita, énfasis de la finalidad conciliatoria, intermediación del Juez con las partes. Si examinamos las disposiciones pertinentes de nuestro Código Laboral, nos encontramos con que en general el mismo dio acogida a los principios antes enunciados; así el artículo

387 establece que los Tribunales de Trabajo, una vez reclamada su primera intervención en forma legal, actuarán de oficio y procurarán abreviar en lo posible el curso normal de los asuntos sometidos a su conocimiento. El número 436 dispone que el procedimiento en todos los juicios de competencia de los Tribunales de Trabajo es fundamentalmente verbal y por su parte los artículos 463 y 464 ⁴⁶⁷ ibídem regulan lo relativo al acto conciliatorio. Ahora bien: es un hecho conocido que la tramitación de los asuntos de trabajo es lenta y que la duración de los mismos alcanza varios meses y, a veces, hasta varios años, lo que desde luego es contrario a la finalidad perseguida por el legislador. Debemos, pues examinar, los diversos trámites que comprende el proceso laboral, para tratar de encontrar las posibles causas de ese fenómeno. La tramitación del juicio ordinario de trabajo está regulada, en lo que se refiere a la primera instancia, por los artículos 454 a 491 del Código de la materia y se asemeja, sensiblemente, al procedimiento de los juicios civiles de cuantía mínima (artículos 1060 a 1089 del Código de Procedimientos Civiles, que fueron derogados por Ley N° 2315 de 22 de diciembre de 1958), por lo que es dable suponer que el autor del Proyecto del Código de Trabajo tomó como base, al respecto, esas disposiciones procesales vigentes en la época en que se promulgó el cuerpo de leyes últimamente mencionado. Conforme a los artículos del Código de Trabajo antes citados, presentada en forma una demanda o corregidos los defectos en su caso, el Juez convocará a las partes a juicio verbal, previniéndoles que deben concurrir con sus pruebas. * En la comparecencia, el demandado contestará la demanda (aunque también puede hacerlo por medio de escrito presentado antes o en ese acto) y opondrá todas las excepciones, con la salvedad de que las de cosa juzgada, prescripción y transacción pueden ser alegadas antes de que se dicte sentencia de segunda instancia. Asimismo puede el demandado contrademandar al actor, debiendo éste en tal caso, formular la réplica. El Juez debe resolver en esa com-

parecencia las excepciones dilatorias que pudiese, dejando todas las demás para sentencia, con la salvedad de que se hablará respecto de la excepción de incompetencia de jurisdicción; luego tratará de conciliar a las partes y si no lo consigue, procederá a recibir las pruebas. Una vez recibidas éstas dictará el fallo. En caso de que sea opuesta la excepción de incompetencia de jurisdicción el Juez debe necesariamente resolverla de previo, por razones obvias, y consultar ese pronunciamiento con la Sala de Casación, si la excepción de incompetencia es por razón de la materia; si lo es por razón del territorio, la consulta debe hacerse con el Tribunal Superior de Trabajo.

Ahora bien: la aplicación de las normas procesales antes enunciadas ha producido entramamiento y ha retardado el curso de los juicios, en la práctica, lo cual pude apreciar en mi experiencia como como Juez de Trabajo de primera instancia. En efecto, en muchas ocasiones el demandado concurre al juicio verbal sin conocer los hechos y fundamentos legales de la demanda y debe, desde luego, improvisar la contestación de la misma, no pudiendo, en tales circunstancias dar respuestas precisas que ahorren la recepción de pruebas innecesarias. Además ese trámite, lo mismo que el de formular la contrademanda en el mismo acto, cuando el demandado tiene un reclamo conexo contra el actor, y la consiguiente réplica, toman mucho tiempo, y en no pocos casos consumen toda la audiencia señalada. Entretanto los testigos que han concurrido al juicio verbal están esperando que les llegue el turno para dar sus declaraciones, todo lo cual ocasiona pérdida de tiempo para partes, abogados y testigos, y aún perjuicios económicos para las empresas, pues éstos son por lo general trabajadores que han solicitado permiso, conforme a la ley, para comparecer ante el Juzgado. Por otro lado, en caso de ser opuesta la excepción de incompetencia, el Juez después de oír a las partes debe suspender la comparecencia, a fin de dar el trámite que corresponde, debiendo en su caso, hacerse

un nuevo señalamiento para la continuación del juicio verbal, el que tiene lugar mucho tiempo después de presentada la demanda. Por todas las razones expuestas siempre he considerado que es preferible conceder un término corto al demandado para que conteste por escrito la demanda y oponga las excepciones que tuviere. Aunque a primera vista pareciera que ello se aparta del principio de oralidad que caracteriza estos juicios laborales, creo que en realidad en esa forma se economiza mucho tiempo y se evitan demoras innecesarias. Conviene recordar al respecto lo afirmado por Hugo Alsina en el Primer Congreso Argentino sobre oralidad de los juicios, al sostener que "no hay juicio oral, como no hay juicio escrito, sino que se trata de expresiones convencionales, porque en materia procesal ni la oralidad puede prescindir de la escritura, ni la escritura puede prescindir de la oralidad. De allí que no existan procesos típicos sino que su carácter oral o escrito dependa de la prevalencia que se acuerda a uno u otro medio de expresión". (Cita de Eduardo R. Stafforini en Derecho Procesal Social, pág. 360). Y que, como este último expositor acertadamente expresa, "deberá preconizarse el procedimiento oral o escrito en relación con determinados actos procesales y de acuerdo con la convicción que se tenga sobre las ventajas que ofrezca la palabra o la escritura para la mayor eficacia de los mismos, en atención a los fines perseguidos". (Obra citada, pág. 363). Con la modificación sugerida, en primer lugar, se economiza el tiempo que se gasta en la contestación a la demanda; en segundo lugar, el accionado puede preparar el escrito respectivo personalmente o con intervención de un abogado, consultando sus documentos, planillas, etc., con lo que puede aportar datos que son necesarios, debiendo tomarse en cuenta que en la casi totalidad de los casos el demandado es un patrono que está en condiciones de pagar los servicios profesionales de un abogado. En tercer lugar, si se alegan excepciones dilatorias, las mismas son resueltas de previo a la convocatoria de las partes al juicio verbal, evi-

tándose así la suspensión de éste por motivo de tales excepciones, lo mismo que la citación innecesaria de testigos y la comparecencia inútil de éstos. La inconveniencia de que el demandado conteste verbalmente la demanda en el acto del juicio verbal se puso de manifiesto recientemente, con motivo de la aplicación de la Ley número 3287 de 6 de junio de 1964, sobre protección de los derechos laborales de los trabajadores despedidos de acuerdo con los Decretos Leyes números 7 y 306 de la Junta Fundadora de la Segunda República, ya que, sobre todo en los Juzgados y Alcaldías de Trabajo de San José, fueron presentados numerosos reclamos al amparo de esa ley, por lo que las oficinas respectivas hubieron de hacer muchos señalamientos ocupando con ellos gran parte del tiempo disponible en sus agendas, con lo que el plazo comprendido entre la presentación de una demanda y el día de la comparecencia respectiva se alargó desmedidamente. Sin embargo, conforme a la mencionada ley, la prueba por excelencia en esa clase de juicios es la documental y en muy contados casos se ha recibido prueba testimonial, de modo que habría bastado conceder en cada asunto un término al Representante del Estado para contestar la demanda, con lo cual se pudo haber evitado el problema antes aludido.

Por otra parte, nuestro Código de Trabajo no sanciona en forma alguna la rebeldía del demandado a contestar la demanda, por lo que se ha entendido que en tal caso el actor está obligado a hacer demostración de todos y cada uno de los hechos en que funda su acción. En tales condiciones, el demandado rebelde se encuentra en una situación ventajosa respecto del que sí contesta la demanda, lo que desde luego es contrario a la lógica. A mi juicio debe establecerse el principio de que si el demandado no contesta la acción, cabe tener por ciertos los hechos que sirven de fundamento en ésta, salvo que en el expediente existan pruebas fehacientes que los contradigan.

Convencido de que es necesario hacer las reformas legales necesarias a fin de corregir los defectos apuntados, presenté a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley que tuvo su origen en su seminario de Derecho Procesal auspiciado por el Colegio de Abogados, el cual nombró entre otras una comisión para que se encargara de lo relativo al procedimiento de trabajo, de la cual formé parte. El texto del proyecto es el siguiente:

LA ASAMBLEA ETC.,

DECRETA:

ARTICULO 1º.—Se reforman los artículos 415, 416, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 483, 484 y 485 del Código de Trabajo, los cuales se leerán en la siguiente forma:

"Artículo 415.—Todos los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los Tribunales Comunes y los Tribunales de Trabajo, o entre estos y las autoridades administrativas, sea porque los funcionarios se estimen en cualquier momento incompetentes o porque alguna de las partes oponga en tiempo la excepción correspondiente, serán resueltos en definitiva, cualquiera que fuere la cuantía de los juicios en que ocurran, por la Sala de Casación dentro de los cinco días siguientes a aquél en que reciba los autos.

Si el incidente surgiere ante un Tribunal de Trabajo, éste se limitará a cumplir con lo dispuesto por el artículo 465 —párrafo primero—; pero si se formulare ante cualquier otro Tribunal, éste consultará el pronunciamiento que dictare al respecto con dicha Sala, previa audiencia por tres días a las partes".

"Artículo 416.—Los conflictos de jurisdicción por razón del territorio que se susciten entre los Tribunales de Trabajo, sea porque el respectivo funcionario se estime en cualquier momento incompetente o por que la parte con derecho a ello oponga oportunamente la excepción correspondiente, serán resueltos en definitiva por el Superior inmediato de los funcionarios entre quienes exista el conflicto de jurisdicción,

siguiendo los trámites señalados para el caso por los artículos 463, 464 y 465, —párrafo segundo— del presente Código”

“Artículo 457.—Presentada en forma una demanda o corregidos los defectos en su caso, el Juez conferirá traslado de ella al demandado concediéndole un término que fijará, según las circunstancias, entre seis y quince días, para que la conteste por escrito, previniéndole que debe manifestar, respecto de los hechos, si los reconoce como ciertos, o si los rechaza por inexactos, o bien si los admite con variantes o rectificaciones, bajo el apercibimiento de que si así no lo hace, podrán ser tenidos por probados aquellos hechos sobre los cuales no haya dado contestación en forma debida. También prevendrá el Juez al demandado que debe ofrecer, al contestar la demanda, la prueba que le interese y señalar casa u oficina donde oír notificaciones, con los apercibimientos de ley.

En los juicios de menor cuantía se admitirá la contestación verbal de la que se levantará acta”.

“Artículo 458.—La notificación de la resolución a que se refiere el artículo anterior se hará por medio de cédula que se entregará al demandado personalmente o que será dejada en su casa de habitación con cualquier persona mayor de quince años que se halle en la misma.

Si se presentaren dificultades para entregar o para recibir la cédula en la forma dicha, ésta será dejada dentro de un sobre, con la debida dirección escrita, bajo la puerta de la casa del demandado. Cuando no se conociere su paradero o su domicilio, será de previo provisto de un representante y el juicio seguirá con éste, sin más formalidad que la de avisar el referido nombramiento por medio de edicto que se publicará una vez en el Boletín Judicial”.

“Artículo 459.—El demandado podrá, pero únicamente en la oportunidad en que conteste la demanda, reconvenir al actor, siempre que el respectivo reclamo sea conexo con el que contenga la demanda. A la reconvencción es aplicable lo dispuesto por el artículo 454”.

“Artículo 460.—Si hubiere contrademanda, el Juez dará traslado de ella al reconvenido para que la conteste en forma verbal o escrita, concediéndole al efecto un término que fijará, según las circunstancias, entre tres y ocho días, con las prevenciones que indica el artículo 457”.

"Artículo 461.—Si el demandado no contestare la demanda o el reconvenido la reconvenición, dentro de los términos que al respecto se les haya concedido, se tendrán por ciertos, en sentencia, los hechos que sirvan de fundamento a la respectiva acción, salvo que en el expediente existan pruebas fehacientes que los contradigan. Esta regla será aplicable también en cuanto a los hechos de la demanda y de la contrademanda acerca de los cuales el demandado o en su caso, el reconvenido, no haya dado contestación en la forma que indica el artículo 457".

SECCION VI. — DE LAS EXCEPCIONES:

"Artículo 462.—Todas las excepciones se opondrán en el momento de contestar la demanda o contrademanda, salvo las de cosa juzgada, prescripción y transacción ajustada a las leyes de trabajo, que se podrán alegar antes de que se dicte sentencia de segunda instancia. Aunque el demandado o el reconvenido opusieran alguna excepción dilatoria, no por ello dejarán de quedar obligadas a contestar en cuanto al fondo la correspondiente acción".

"Artículo 463.—Acerca de las excepciones opuestas el Juez dará audiencia por tres días a la parte contraria, la cual podrá dentro del término ofrecer la prueba que le interese".

"Artículo 464.—El Juez deberá resolver de previo las excepciones dilatorias, para lo cual ordenará recibir las pruebas propuestas o cualesquiera otras que estime necesarias. Las demás excepciones las dejará para sentencia".

"Artículo 465.—La resolución acerca de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia será consultada con la Sala de Casación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 415, previa audiencia a las partes por veinticuatro horas".

La que decida sobre la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio será consultada con el Superior que indica el artículo 416, previa audiencia a las partes por veinticuatro horas. En la misma forma se procederá, según el caso, cuando el respectivo funcionario se declare incompetente por razón de materia o del territorio".

"Artículo 466.—Las resoluciones que declaren con lugar las otras excepciones dilatorias serán apelables en ambos efectos".

SECCION VII. — DE LA CONCILIACION Y LAS PRUEBAS

"Artículo 467.—Una vez contestada la demanda y, en su caso la reconvencción, vencido el término a que se refiere el artículo 463 y resueltas las excepciones dilatorias que hubieren sido opuestas, el Juez convocará a las partes a una comparecencia de conciliación y de pruebas, con señalamiento de fecha y hora.

Si fuere numerosa la prueba que debe recibirse el Juez podrá hacer dos señalamientos y aun tres, en casos de asuntos muy importantes por la cuantía de la cosa litigada o por la índole de los intereses en juego. Entre uno y otro señalamiento no deberá mediar un intervalo mayor de tres días.

El Juez indicará las pruebas que serán recibidas en cada una de las diligencias ordenadas y prevendrá a las partes presentar las mismas, bajo apercibimiento de ser declaradas inevaluables las que no fueren presentadas oportunamente.

Queda a salvo de lo dispuesto por este artículo la convocatoria de audiencias que para circunstancias especiales autoriza expresamente el presente capítulo".

"Artículo 468.—En la comparecencia procurará el Juez en primer lugar avenir a las partes, proponiéndoles los medios de conciliación que su prudencia le sugiera y haciéndoles ver la conveniencia que un arreglo tiene para ellas.

Si alguna de las partes no concurriera a la primer comparecencia el Juez deberá intentar la conciliación en cualquier otra en que ambos litigantes estuvieren presentes.

Si las partes llegaren a un acuerdo se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente y en el mismo acto el Juez lo aprobará, salvo que fuere evidentemente contrario a las leyes de trabajo.

El arreglo aprobado por resolución firme tiene el valor de la cosa juzgada y se procederá a hacerlo efectivo, en su caso, por los trámites de ejecución de sentencia.

Si el Juez no consigue el avenimiento o el que celebren las partes no fuere aprobado, se continuará el juicio procediéndose de inmediato a recibir las pruebas, que se limitarán a los hechos respecto de los cuales las partes no se hallen conformes.

Cuando el arreglo fuere parcial sólo se continuará la causa en la parte en que no se hubiere producido acuerdo".

"Artículo 469.—Se rechazará de plano la prueba que no sea ofrecida por las partes en la oportunidad que indica la ley.

Sin embargo, antes de que los autos estén conclusos para el fallo se admitirán todos los documentos que aporten los litigantes. Inmediatamente que sean presentados el Juez dará audiencia por tres días a la parte o partes contrarias, quienes podrán ofrecer dentro de ese término la prueba que estimen conveniente para combatirlos. Si la autoridad lo juzgare necesario ordenará que se evacúen todas aquellas pruebas que no tiendan a entorpecer el curso normal del juicio.

También podrá cualquiera de las partes pedir confesión a la contraria antes de que se haya dictado sentencia de primera instancia. Respecto a testigos, las partes podrán ofrecer hasta cuatro sobre cada uno de los hechos que intenten demostrar, pero el Juez reducirá su número siempre que lo estime necesario".

"Artículo 483.—Si estuvieren ambas partes conformes en los hechos alegados el Juez procederá, sin más trámite, a dictar sentencia dentro del término de cinco días".

"Artículo 484.—Si el demandado no contestare en tiempo la acción, se tendrán los autos conclusos para el fallo, sin necesidad de declaratoria de rebeldía, sin perjuicio de la facultad que tiene el Juez de ordenar prueba para mejor proveer".

"Artículo 485.—En los demás casos, una vez evacuadas todas las pruebas o declaradas inevaluables las que lo fueren, el Juez pronunciará sentencia dentro de los cinco días siguientes a aquel en que estuvieren listos los autos para el fallo".

ARTICULO 2º— La Sección VI del Capítulo Segundo del Título Séptimo del Código de Trabajo comprenderá en adelante los artículos 462 a 466; la Sección VII se llamará "De la Conciliación y las Pruebas".

ARTICULO 3º—Rige desde su publicación.

Cabe advertir que la redacción de los artículos 415 y 416 fue modificada en el proyecto para armonizarlos con las otras disposiciones incluidas en el mismo y que también se hicieron algunas reformas de simple detalle consagrando soluciones dadas a determinados problemas procesales por los Tribunales de Trabajo. Habiendo formulado consulta la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia sobre el proyecto, los Magistrados Licenciados Fernando Baudrit, Daniel Quirós y Juan Rafael Calzada me hicieron algunas observaciones en relación con los artículos 415 y 416, pues consideraban conveniente que se suprimiera la consulta en el trámite de la excepción de incompetencia de jurisdicción o cuando el Juez se declara de oficio incompetente, en los casos en que no existiera inconformidad de las partes ni del funcionario a quien se pasara el expediente para su conocimiento. Tales observaciones me parecieron atinadas: en efecto, existen numerosos casos en que las partes se conforman con el pronunciamiento que dicta el Juez ante quien pende el asunto, declarándose incompetente o bien acogiendo o rechazando la mencionada excepción, porque el punto es muy claro o porque se trata de la aplicación de un criterio sostenido reiteradamente por la jurisprudencia y en tales situaciones no se justifica el trámite de consulta el cual retarda innecesariamente la prosecución del juicio. De acuerdo con esas ideas hice la modificación pertinente en el proyecto, de los artículos 415 y 416, lo mismo que la de los artículos 465 y 446, a fin de armonizar éstos con aquéllos. También se modificó el texto del artículo 457 para armonizarlo con el número 461. En consecuencia, la redacción de los mismos quedó hecha en la siguiente forma, habiendo aprobado la Corte el proyecto consultado.

Artículo 415.—Los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los Tribunales Comunes y los Tribunales de Trabajo

o entre éstos y las autoridades administrativas serán resueltos de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Si el funcionario que conoce del asunto se estimare incompetente en cualquier momento, lo declarará así de oficio, ordenando remitir el expediente al funcionario que a su juicio corresponda conocer.

b) En el caso de que la parte demandada opusiere en tiempo la excepción correspondiente, una vez conferida la audiencia establecida por el artículo 463 y recibidas las pruebas que se hubieren ordenado en relación con la cuestión planteada, el respectivo funcionario resolverá la mencionada excepción.

c) Si alguna de las partes se manifestare inconforme con lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas siguientes la respectiva resolución, se consultará con la Sala de Casación, la cual resolverá el conflicto de jurisdicción, sin ulterior recurso, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que reciba los autos. También procederá dicha consulta si el funcionario a quien se remite el expediente se manifiesta inconforme con lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de los autos. En ambos casos se conferirá audiencia a las partes por veinticuatro horas al ordenarse la consulta.

Artículo 416.—En las competencias que por razón del territorio se susciten entre los funcionarios que administran justicia en materia de Trabajo, se procederá en la forma que prescribe el artículo anterior, pero la consulta se hará ante el Superior inmediato de los funcionarios entre quienes exista el conflicto de jurisdicción.

Artículo 457.—Presentada en forma una demanda o corregidos los defectos en su caso, el Juez conferirá traslado de ella al demandado concediéndole un término que será, según las circunstancias, entre seis y quince días, para que conteste por escrito, previniéndole que debe mani-

o entre éstos y las autoridades administrativas serán resueltos de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Si el funcionario que conoce del asunto se estimare incompetente en cualquier momento, lo declarará así de oficio, ordenando remitir el expediente al funcionario que a su juicio corresponda conocer.

b) En el caso de que la parte demandada opusiere en tiempo la excepción correspondiente, una vez conferida la audiencia establecida por el artículo 463 y recibidas las pruebas que se hubieren ordenado en relación con la cuestión planteada, el respectivo funcionario resolverá la mencionada excepción.

c) Si alguna de las partes se manifestare inconforme con lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la respectiva resolución, se consultará con la Sala de Casación, la cual resolverá el conflicto de jurisdicción, sin ulterior recurso, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que reciba los autos. También procederá dicha consulta si el funcionario a quien se remite el expediente se manifiesta inconforme con lo resuelto, dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de los autos. En ambos casos se conferirá audiencia a las partes por veinticuatro horas al ordenarse la consulta.

Artículo 416.—En las competencias que por razón del territorio se susciten entre los funcionarios que administran justicia en materia de Trabajo, se procederá en la forma que prescribe el artículo anterior, pero la consulta se hará ante el Superior inmediato de los funcionarios entre quienes exista el conflicto de jurisdicción.

Artículo 457.—Presentada en forma una demanda o corregidos los defectos en su caso, el Juez conferirá traslado de ella al demandado concediéndole un término que fijará, según las circunstancias, entre seis y quince días, para que la conteste por escrito, previniéndole que debe mani-

festar, respecto de los hechos, si los reconoce como ciertos, o si los rechaza por inexactos, o bien si los admite con variantes o rectificaciones, bajo el apercibimiento de que si así no lo hace se tendrán por probados aquellos hechos sobre los cuales no haya dado contestación en forma debida, sin perjuicio de la salvedad establecida por el artículo 461. También prevendrá el Juez al demandado que debe ofrecer, al contestar la demanda, la prueba que le interese y señalar casa u oficina donde oír notificaciones, con los apercibimientos de ley.

En los juicios de menor cuantía se admitirá la contestación verbal de la que se levantará acta.

Artículo 464.—El Juez deberá resolver de previo las excepciones dilatorias, dándole preferencia a la de incompetencia de jurisdicción, para lo cual ordenará recibir las pruebas propuestas o cualesquiera otras que estime necesarias. Las demás excepciones las dejará para sentencia.

Artículo 465.—La excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia o del territorio será resuelta de acuerdo con las reglas aplicables al caso que establecen los artículos 415 y 416.

Más importante que el proyecto antes comentado, que, como puede observarse, introduce en el procedimiento del juicio ordinario únicamente pequeñas modificaciones, sin cambiar su estructura general, es el proyecto que tiene por objeto establecer un nuevo procedimiento para el proceso laboral en negocios de menor cuantía, a fin de darle un carácter más oral y de hacerlo más breve. En la elaboración del mismo participaron el Magistrado don Ulises Odio, quien ejerció funciones en la jurisdicción laboral, el Juez Civil Licenciado Antonio Rojas, los Jueces y Alcaldes de Trabajo de San José y el Licenciado Walter Antillón, habiendo sido presentado a la Asamblea Legislativa por el Diputado don Virgilio Calvo. A continuación transcribo la respectiva exposición de motivos, lo mismo que el texto del proyecto:

EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE REFORMA AL PROCESO LABORAL EN NEGOCIOS DE MENOR CUANTIA

"... el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados, vinculados por recíproca confianza, buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada Doctrina, en la viva y fresca Humanidad."

CALAMANDREI

1. La idea de reformar las leyes procesales que rigen en materia laboral, a fin de facilitar la rápida solución de los litigios de modesta cuantía ha sido aspiración casi general de quienes son y han sido jueces del trabajo, pues la práctica de su función les ha permitido apreciar una lamentable morosidad que impregna dichos procesos, posiblemente originada en ciertas ritualidades de factura civilística que paulatinamente se han ido filtrando dentro de ellos, tolerada y a veces propiciada por abogados, jueces y personal de los tribunales. De esa aspiración, inteligentemente canalizada hacia soluciones sencillas a la vez que efectivas, surgió la idea central de este Proyecto.

2. Resulta sorprendente comprobar que el sistema procesal en vigencia para los conflictos individuales del trabajo, considerado en su teoría, permite augurar resultados prácticos positivos, ya que su estructura es simple, antiformalista casi por definición, y su funcionalidad, basada en sanos principios procesales (oralidad, eventualidad, concentración, inmediación), libre y expeditiva. ¿Por qué motivo, entonces, no constituye la regla general —sino la rara excepción— que un proceso laboral de menor cuantía dure un mes, desde la presentación de la demanda hasta el fallo definitivo? ¿Qué es lo que, principalmente, ha fallado en la práctica? El exceso de trabajo, alegado por algunos, más parece un efecto que una verdadera causa del mal. Este radica, creemos, en dos circunstancias que nuestro Le-

gislador quizás subestimó: en la de que el proceso oral no puede tener como fuente de integración —que ingenuamente se llamó "supletoria"— un sistema escrito y formalista como es el del Código de procedimientos civiles, por lo menos sin contrapesarla con un bien entendido otorgamiento de amplias facultades al juez, facultades para ser ejercidas de buena fe, sin temor a la enmienda del Superior, y con la única mira de dar a las partes pronta Justicia; y la otra la constituye el hecho de que un sistema oral, si se quiere que rinda sus mejores frutos, debe rodearse de los medios materiales capaces de darle efectividad. Si cada parte, cada abogado, cada testigo deben dictar al Juez sus manifestaciones, y éste, a su vez, debe transmitir lo escuchado a un mecanógrafo, entonces . . . adiós audiencia verbal!

3. Así, la omisión de usar de la facultad de "idear el procedimiento" que el Código le otorgaba, para evitar la incertidumbre, la crítica de los abogados y la eventual revocación del Superior, llevó posiblemente a los jueces a ir adoptando cada vez en forma más completa las instituciones del proceso civil en la tramitación de los negocios laborales; y la carencia de los medios materiales adecuados para efectuar como se debe las audiencias los obligó cada vez con mayor frecuencia a fragmentarlas en dos o más sesiones. Resultado: agendas llenas a muchos meses vista; proceso laboral eminentemente escrito, ritualista y, por ende, moroso.

4. Tomando en cuenta lo anterior, el Proyecto busca evitar que continúe la recepción de instituciones y criterios civilísticos, principalmente mediante el otorgamiento, tanto al Instructor como al Tribunal, de facultades amplias que les permitan impartir al proceso un tono adecuado a su sustancia, facultades no coartadas por la Espada de Damocles de la instancia superior, que en lo esencial queda suprimida. Y de otra parte debe recomendarse el uso del

de la espina dorsal del Proyecto, y cuyo fracaso causará indefectiblemente la quiebra de éste. Por otro lado se trató de obligar a las partes a reunir, en un mínimo de oportunidades, todas sus alegaciones, pretensiones, defensas y ofertas o presentaciones de prueba (principio de eventualidad) conminadas a ello mediante medidas preclusivas; y de concentrar en la audiencia ante el Tribunal, las fases de: a) eventual revisión de lo resuelto por el Alcalde en la fase preparatoria; b) examen y recepción de la prueba testimonial, pericial y confesional; y c) deliberación y fallo. Con esto se busca combinar las ventajas de la oralidad, que facilita la concentración de los actos que forman la materia esencial del proceso, con las de la inmediación en que dichos actos se encuentran relativamente a los miembros del Tribunal. Si a lo anterior se añade una instrucción que, aunque eminentemente escrita —para evitar el retardo que supone una fase instructoria oral, por la actual congestión en las agendas de las Alcaldías— es sencilla y concentrada, y que, como hemos indicado, culmina con la audiencia y fallo inapelable del Tribunal, puede esperarse razonablemente un apreciable ahorro de tiempo y trabajo.

5. Como contrapartida del peligro potencial que supone la instancia única, debe observarse que el negocio es conocido y resuelto, no por un solo juez, sino por tres, uno de los cuales —el Juez de Trabajo, que preside— estaría supuesto a fallarlo en alzada, si ésta cupiere de acuerdo con las normas que rigen actualmente la materia.

De otra parte debe también destacarse que se trata de una reforma barata, pues no supone un aumento en el número de tribunales, ni siquiera en el de funcionarios o empleados. Tan solo, si se quiere hacer las cosas del mejor modo, se requerirá que algunos de estos últimos sean taquígrafos, o proveerse de gravadoras de sonido.

6. Como puede verse, el Proyecto delinea su sistema procesal en forma muy esquemática, con el deliberado propósito de estimular la libre iniciativa de los jueces encargados de actuarlo —a la vez que los autoriza explícitamente para ello—, y de no entrar en reglamentaciones pretendidamente exhaustivas, que podrían hacer difícil su aplicación a jueces y litigantes. Empero, como precisamente merced a este esquematismo el sistema arriesga a parecer oscuro en algunos puntos —especialmente si se estudia cada artículo aisladamente, sin relacionarlo con el todo— sea permitido hacer aquí algunas indicaciones.

a) De acuerdo con el principio de eventualidad se trató de reunir en determinados momentos de la etapa instructoria el máximo de actividad de cada parte, de modo que estas produjeran, al mismo tiempo, la sustanciación, la prueba y la pretensión de su demanda (arts. 2, 3, 4 y 5).

b) Para lograr una celeridad efectiva en la instrucción se autorizó al Alcalde instructor para resolver todas las excepciones de forma y, en general, todas las cuestiones incidentales que las partes hubieren formulado (artículo 8), pero en el entendido de que en ningún caso tales resoluciones podrán poner fin al proceso, sino que éste continuará desenvolviéndose hasta la audiencia oral y pública, en que el Tribunal homologará o revocará lo resuelto por el Alcalde, conforme a las facultades que al efecto le concede el artículo 10, in fine.

c) Por las razones ya dichas, y también por las que apoyan el propósito de lograr la máxima celeridad en el proceso, éste se tramita sin recurso alguno de las partes desde la presentación de la demanda hasta el fallo, salvo que éste último hubiera sido puesto por el propio Alcalde en la circunstancia que indica el artículo 6, porque en tal caso, no tratándose de una sentencia del Colegio Juzgador, rigen sobre el particular las normas del proceso laboral común.

7. Cabe, por último, recomendar la adición al Proyecto de otra disposición de aplicación en el sentido de que se autorice a la Corte, después, de un tiempo prudencial y si el sistema rinde buenos frutos, para que extienda sus alcances a todos los procesos de menor cuantía.

8. Tal es, en suma, el Proyecto a que estas palabras sirven de presentación. No carece de defectos, pero en cambio posee una innegable virtud; constituye, antes que un sistema cerrado de normas abstractas de pretendida perfección, un voto de confianza a la honestidad y diligencia de nuestros jueces y abogados, como en el bello pensamiento del Maestro CALAMANDREI, que abre estas páginas.

LA ASAMBLEA ETC.,

DECRETA:

Art. 1°—Los negocios laborales cuya cuantía no exceda de quinientos colones se tramitarán y resolverán mediante el procedimiento indicado en la presente ley.

Art. 2°—El actor propondrá su demanda ante el alcalde que por turno corresponda, exponiendo lacónicamente los hechos en que se basa y ofreciendo la prueba de los mismos. Dentro de las veinticuatro horas siguientes el citado funcionario dará traslado de dicha demanda al demandado.

Art. 3°—El demandado contestará la demanda dentro de los ocho días siguientes al de notificación del traslado. En el acto de la contestación podrá reconvenir al actor exponiendo lacónicamente los hechos en que se basa y ofreciendo la prueba de los mismos. En tal caso el alcalde dará al reconvenido, dentro de las veinticuatro horas siguientes, el correspondiente traslado.

Para presentar su réplica el reconvenido gozará de un término de tres días.

Art. 4°—En el acto de contestar la demanda y la contrademanda las partes deberán necesariamente proponer toda excepción o cuestión incidental que se relacione con sus intereses en litigio.

Art. 5°—En las oportunidades en que, de acuerdo con esta ley, las partes deban aducir hechos de importancia para el juicio, también deberán ofrecer o, si ello es posible y pertinente, presentar la prueba correspondiente a los mismos. El tribunal, en todo caso, podrá limitarla o prescindir de la que considere innecesaria.

Art. 6°—Si el accionado no contesta la demanda dentro del término que al efecto se le concedió, o si se allana expresa y totalmente a ella, el alcalde procederá sin más trámite a dictar sentencia dentro de los cinco días siguientes, con base en los hechos aducidos por el actor.

Art. 7°—Caso de que el actor no conteste la reconvenición, o si la contestare afirmativamente, el alcalde convocará al tribunal a que se refiere el artículo 8° para la celebración de la audiencia oral y pública, y dicho tribunal, al fallar el negocio, podrá tener por ciertos los hechos en que la reconvenición se apoya, en armonía con los otros datos que arroje el expediente.

Art. 8°—Contestadas negativamente la demanda y la reconvenición y resueltas por el alcalde las excepciones de forma y las cuestiones incidentales que se hubieren incoado, dicho funcionario convocará al tribunal y señalará día y hora para la audiencia oral y pública que tendrá lugar ante el mismo.

El tribunal, estará integrado por un Juez y un Alcalde de Trabajo de San José, escogidos por turno, y por el pro-

pio Alcalde que ha tramitado el proceso. El Juez tendrá las funciones de presidente del tribunal.

Tanto el Juez como el Alcalde escogidos por turno para integrar el tribunal pueden ser recusados por las partes y para ello gozarán éstas de un término de veinticuatro horas, contado a partir de la notificación de la resolución en que se integra el tribunal.

Art. 9º.—En la audiencia oral y pública el tribunal fijará los hechos que a su juicio deben ser probados y dispondrá la evacuación de la prueba que considere pertinente.

Para la celebración de dicha audiencia el tribunal gozará de las más amplias facultades a fin de idear o adoptar las formas procedimentales que mejor convengan a la buena resolución del negocio.

Evacuada la prueba, el tribunal entrará de inmediato a dictar su fallo, consignándolo en un acta lacónica. Dicho fallo se tomará por mayoría, pero si ésta no se produjere, ello se hará constar en el expediente y el asunto quedará fallado conforme al voto del presidente del tribunal, quedando los otros miembros del mismo exonerados de cualquier responsabilidad civil o penal por motivo del fallo referido.

El Alcalde que ha tramitado el proceso corresponde la ejecución de dicho fallo.

Art. 10.—Contra las resoluciones dictadas en esta clase de procesos no se admitirá ningún recurso, salvo el de apelación, en el caso de la sentencia a que se refiere el artículo 6º.

En todo caso el Tribunal puede de oficio revocar o modificar cualquier resolución tomada por el Alcalde durante la tramitación del negocio.

Art. 11.—En lo que se oponga a la presente ley, para la tramitación de los asuntos a que la misma se refiere se aplicarán supletoriamente, por su orden, las disposiciones del Código de Trabajo y del Código de Procedimientos Civiles.

Art. 12.—Para resolver los negocios a que la presente ley se refiere, los tribunales integrados en la forma dispuesta en el segundo apartado del artículo 8º celebrarán sus audiencias durante un día de cada semana; pero cuando las necesidades del servicio lo requieran, la Corte podrá disponer que se celebren durante varios o todos los días de la semana, y para ello conferirá permiso a uno de los jueces de trabajo de San José, a fin de que presida permanentemente, durante el tiempo requerido, todas las audiencias que en ese período se celebren, llamando para que ocupe su lugar en el juzgado al suplente respectivo.

Ante esa misma situación de emergencia podrá también la Corte disponer que cada uno de los jueces de trabajo de San José, por turno riguroso, presidan dichos tribunales por períodos determinados, llamando al servicio, cada vez, al suplente respectivo.

Art. 13.—Esta ley estará en vigencia por un período de prueba de un año, prorrogable a juicio de la Corte Suprema de Justicia y será aplicada únicamente en las alcaldías del Cantón Central de San José.

La Corte, transcurrido el período que juzgue oportuno, decidirá si esta ley formará o no, permanentemente, parte de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Habiendo formulado la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia, la respectiva consulta, ésta evacuó dicha consulta en los siguientes términos: —"La Corte cree conveniente ensayar el sistema que se propone con el objeto de

aligerar la resolución de asuntos laborales cuya cuantía no sobrepase los mil colones. En consecuencia rinde su informe favorable al Proyecto que se le consulta, con las modificaciones que luego se indican: —Se adiciona con un segundo apartado el texto del artículo 1° consagrando en el mismo, expresamente, la libertad de forma para los actos procesales, que constituye no solamente un logro de la ciencia procesal sino una característica del proceso laboral en particular.

Se adiciona el artículo 2°, estableciendo que en la misma resolución en que se da traslado de la demanda, se ordenará traer a los autos los documentos ofrecidos por el actor. Tal medida abrevia el procedimiento.

Se dispone en el párrafo último del artículo 3° que al presentar la réplica deberá el reconvenido ofrecer las pruebas que estime necesarias.

Se establece que la incompetencia de jurisdicción debe incoarse ante el Tribunal Colegiado al iniciarse la audiencia oral y pública, modificándose en ese sentido el artículo 4°. En la nueva redacción propuesta para el artículo 9° no queda claramente establecido el procedimiento a seguir si el Tribunal se declara incompetente y el funcionario a quien correspondería conocer del asunto no se conformare con ese pronunciamiento. En tal caso, si se tratare de un conflicto de jurisdicción con los tribunales comunes convendría mantener en lo que fueren aplicables, las mismas reglas del artículo 415 del Código de Trabajo, de acuerdo con la reforma sugerida recientemente por la Corte; y si fuere una cuestión de competencia por razón del territorio, disponer que la resuelva el Tribunal Superior de Trabajo.

En cuanto al artículo 10° se estima útil establecer una restricción relativa a la nulidad de actos procesales, desarrollando así el principio anti-formalista del proceso que se indica en el artículo 1° propuesto. Asimismo se aclara el referido artículo 10°, estableciendo en forma expresa que

la apelación de la sentencia dictada por el Alcalde lo será ante, el Juez de Trabajo, respectivo".

Por su parte, la Comisión permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa rindió dictamen de mayoría afirmativo acerca del proyecto comentado, acogiendo las modificaciones sugeridas por la Corte Suprema de Justicia, pero suprimiendo el artículo 13, por considerarlo innecesario e inconveniente y sometiendo, en consecuencia, a la Asamblea Legislativa el siguiente texto:

LA ASAMBLEA ETC.,

DECRETA:

Artículo 1º—Los negocios laborales cuya cuantía no exceda de mil colones se tramitarán y resolverán mediante el procedimiento indicado en la presente ley.

Los actos que componen el procedimiento aquí delineado podrán cumplirse en cualquier forma que se manifieste apropiada para lograr su objetivo.

Artículo 2º—El actor propondrá su demanda ante el Alcalde que por turno corresponda, exponiendo lacónicamente los hechos en que se apoya y ofreciendo la prueba de ellos. Dentro de las veinticuatro horas siguientes el Alcalde dará traslado de la demanda al demandado y ordenará traer a los autos los documentos ofrecidos por el actor. Se prescindirá de los mismos si el demandado reconociere los hechos que con ellos se trata de demostrar.

Artículo 3º—El demandado contestará la demanda dentro de los 8 días siguientes al de notificación del traslado. En el acto de la contestación podrá reconvenir al actor, exponiendo lacónicamente los hechos en que se basa y ofreciendo la prueba de los mismos. En tal caso el Alcalde dará al reconvenido, dentro de las veinticuatro horas siguientes, el correspondiente traslado.

Para presentar su réplica y ofrecer la prueba del caso el reconvenido gozará de un término de tres días.

Artículo 4º—En el caso de contestar la demanda o la reconvencción, las partes deberán necesariamente proponer toda excepción o cuestión incidental que se relacione con los intereses en litigio, salvo la de incompetencia de jurisdicción, que deberá incoarse ante el Tribunal, al iniciarse la audiencia oral y pública.

Artículo 5º—En las oportunidades en que, de acuerdo con esta ley, las partes deban aducir hechos de importancia para el juicio, también deberán ofrecer, o si ello es posible y pertinente, presentar la prueba correspondiente a los mismos. El Tribunal, en todo caso, podrá limitarla o prescindir de la que considere innecesaria.

Artículo 6º—Si el accionado no contesta la demanda dentro del término que al efecto se le concedió, o si se allana expresa y totalmente a ella, el Alcalde procederá sin más trámite a dictar sentencia dentro de los cinco días siguientes, con base en los hechos aducidos por el actor.

Artículo 7º—Caso de que el actor no conteste la reconvencción, o si la contestare afirmativamente, el Alcalde convocará al tribunal a que se refiere el artículo 8º, para la celebración de la audiencia oral y pública, y dicho tribunal, al fallar el negocio, podrá tener por ciertos los hechos en que la reconvencción se apoya, en armonía con los otros datos que arroje el expediente.

Artículo 8º—Contestados negativamente la demanda y la reconvencción, y resueltas por el Alcalde las excepciones de forma y las cuestiones incidentales que se hubieron incoado, dicho funcionario convocará al tribunal y señalará día y hora para la audiencia oral y pública que tendrá lugar ante el mismo.

El Tribunal estará integrado por un Juez y un Alcalde de Trabajo de San José, escogidos por turno, y por el propio Alcalde que ha tramitado el proceso. El Juez tendrá las funciones de presidente del tribunal.

Artículo 9º—En la audiencia oral y pública el Tribunal conocerá, sin más trámite ni recurso, de las cuestiones de competencia que se hubieren propuesto. Si se declara incompetente por razón de la materia se aplicará, en cuanto cupiere, lo dispuesto por el artículo 415 del Código de Trabajo y si

lo fuere por razón del territorio, el punto será decidido definitivamente por el Tribunal Superior de Trabajo en caso de que la declaración de incompetencia fuere contestada.

Si el Tribunal se declarare competente, procederá a fijar los hechos de la litis que a su juicio requieren prueba, y dispondrá la evacuación de la que estima pertinente. Para la celebración de la audiencia, el Tribunal gozará de las más amplias facultades a fin de idear o adoptar los procedimientos que mejor convengan a la buena decisión del negocio.

Evacuada la prueba el Tribunal entrará de inmediato a dictar sentencia, que se consignará en un acta lacónica. Dicho fallo se tomará por mayoría de votos, pero si ésta no se produjere, se hará constar así en el expediente y el negocio quedará fallado conforme al voto del Presidente del Tribunal, quedando exonerados los otros miembros del mismo de cualquier responsabilidad civil o penal por motivo del referido fallo.

De la fase de ejecución de sentencia conocerá el Alcalde que ha tramitado el proceso.

Artículo 10.—Contra las resoluciones dictadas en esta clase de procesos no se admitirá ningún recurso, salvo el de apelación ante el Juez respectivo en el caso de la sentencia a que se refiere el artículo 6º.

En todo caso el Tribunal puede de oficio revocar o modificar cualquier resolución tomada por el Alcalde durante la tramitación del negocio, pero no decretará la nulidad de actos procesales cumplidos sino cuando los mismos causaren evidente perjuicio a las partes.

Artículo 11.—En lo que no se oponga a la presente ley, para la tramitación de los asuntos a que la misma se refiere, se aplicarán supletoriamente por su orden, las disposiciones del Código de Trabajo y del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 12.—Para resolver los negocios a que la presente ley se refiere, los Tribunales integrados en la forma dispuesta en el apartado 2º del artículo 8º, celebrarán sus audiencias durante un día de cada semana; pero cuando las necesidades del servicio lo requieran, la Corte podrá disponer que se celebren durante varios o todos los días de la semana, y para ello conferirá permiso a uno de los Jueces de Trabajo de San José, a fin de que presida permanentemente, durante el

tiempo requerido, todas las audiencias que en ese período se celebren, llamando para que ocupe su lugar en el Juzgado al suplente respectivo.

Ante esa misma situación de emergencia podrá también la Corte disponer que cada uno de los Jueces de Trabajo de San José, por turno riguroso, presidan dichos tribunales por períodos determinados, llamando al servicio cada vez, al suplente respectivo.

Artículo 13.—Esta ley rige desde su publicación.

Dado, etc.

Estimo que el proyecto en comentario es de la mayor conveniencia pues aunque no crea un juicio enteramente oral, ya que establece un trámite previo de instrucción actuado, el cual se justifica por las razones antes expuestas en este artículo y en la exposición de motivos, trata de obtener las mayores ventajas de procedimiento verbal. Así, en el juicio oral previsto por el artículo 9º la presencia del Tribunal Colegiado es desde luego condición fundamental para la validez del acto, quedando garantizado el principio de inmediación del Juez con las partes y haciéndose imposible la delegación de la función judicial que desafortunadamente constituye una práctica bastante extendida en materia laboral.

Además, la presencia e intervención del mencionado Tribunal adquiere mucha importancia en lo que dice a la celebración del acto conciliatorio, al cual en la práctica no se le concede mucha trascendencia, sobre todo cuando la responsabilidad del mismo se confía a un funcionario subalterno. Cabe advertir que si bien en el articulado del proyecto que ahora me ocupa no se menciona expresamente la conciliación, ello no puede entenderse en el sentido de que haya sido propósito de los autores suprimir esa fase del juicio laboral, pues el artículo 11 expresa que se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Trabajo, el cual en su artículo 463 establece obligatoriamente

ese trámite. Al respecto cabe tener presente que como lo ha expresado la Oficina Internacional del Trabajo "es preciso ver en la conciliación una de las ventajas más comunes y más grandes de los tribunales especiales del trabajo. En efecto, el procedimiento de conciliación da a menudo a las partes en litigio la oportunidad de reducir reclamaciones a proporciones justas, facilita el acuerdo entre las partes, evitando así los gastos que traería un proceso y asegura un arreglo razonable basado en la buena voluntad que cada una de las partes pone para comprender el punto de vista de la otra".

Por otra parte, el Tribunal tiene la oportunidad de presenciar la recepción de las pruebas, oyendo e interrogando personalmente a las partes, a los testigos y a los peritos, pudiendo así apreciar mejor dichas pruebas y obtener una impresión más exacta de la realidad de los hechos discutidos en el proceso, que la que se obtiene con la simple lectura de las actas respectivas. Se ha dicho con razón que la audiencia pública y contradictoria es una medida para vivificar el proceso, comunicando un efecto mucho más inmediato que la lectura de escritos y documentos.

Otra ventaja muy importante que persigue el proyecto en estudio es la economía de tiempo. En efecto, actualmente en la recepción de la prueba confesional y testimonial, la práctica que se sigue es la de que el Juez interroga al confesante o al testigo y luego de obtener la respectiva respuesta, la dicta a un escribiente, lo cual, como se comprende toma mucho tiempo. En cambio, el artículo 1º párrafo 2º del proyecto, según el texto recomendado por la respectiva Comisión de la Asamblea Legislativa, al establecer que "los actos que componen el procedimiento aquí delineado podrán cumplirse en cualquier forma que se manifiesten apropiada para lograr su objetivo", permite la intervención de taquígrafos y el uso de grabadoras de sonido, con lo que se lograría ahorrar mucho tiempo en la recepción de las pruebas. La disposición que obliga al Tribunal

Colegiado a dictar el fallo inmediatamente después de recibidas las pruebas evita que transcurra un período de espera más o menos largo entre la clausura de la tramitación y el dictado de la sentencia, como suele ocurrir en la práctica, y da la oportunidad a aquél de pronunciar el fallo teniendo aun viva la impresión captada en el juicio verbal.

Como se comprende, la idea inspiradora del proyecto comentado es la de ensayar un nuevo sistema para la tramitación de los juicios, con el propósito de dar un paso adelante en la solución del problema bastante serio que constituye la retardación de justicia en nuestro país. Si se llega a obtener en la práctica un resultado satisfactorio, puede pensarse en implantar ese sistema en la tramitación de otros juicios ordinarios de trabajo, tomando en cuenta su cuantía, y aun en algunos asuntos civiles y penales. Es verdad que el procedimiento oral no cuenta entre nosotros con suficiente arraigo y que debe actuarse en este terreno con prudencia para no exponerse a un fracaso. En el año mil novecientos treinta y siete escribía el Licenciado Antonio Picado Guerrero, en la Explicación de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles (página 222) que "los ensayos de juicio oral entre nosotros han producido siempre malos resultados por el irrespeto que hay en las gentes a los mandatos judiciales, por las dificultades que encuentran los testigos para comparecer, ya por pobreza, ya por las distancias; por la bondad de los mismos Jueces que sólo en casos extremos emplean rigor para exigir la comparecencia de los testigos, y por la poca cooperación de las autoridades de Policía cuando se les pide el auxilio correspondiente".

El Licenciado Picado aludía el fracaso de los juicios verbales de menor cuantía regulados por el Código de Procedimientos Civiles antes de las reformas introducidas por la Ley N° 8 de 29 de noviembre de 1937. Por cierto que al referirse a los problemas que en la práctica se habían presentado, exponía el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia que el propósito de simplificar el juicio

declarativo en asuntos de menor cuantía se veía defraudado en las Alcaldías de la Capital y de ciudades cabeceras de provincias porque en ellas, debido al enorme número de juicios que se tramitan, el sistema de comparecencias resultaba más retrasado que el de contestación escrita en las demandas de mayor cuantía, que es precisamente el mismo problema que confrontan en la actualidad los Juzgados y Alcaldías de Trabajo de San José y a que me referí al principio de esta exposición. Sin embargo, yo creo que todas esas dificultades pueden ser superadas mediante las reformas que la práctica aconseje y si todos los que intervenimos en la administración de justicia prestamos la debida colaboración. Por otra parte, no hay duda de que la divulgación que ha hecho la televisión del juicio oral, a través de los programas en que son presentados juicios de esa naturaleza celebrados ante las Cortes de otros países, ha ido familiarizando a gran parte de la población con esa clase de procedimiento judicial. Es evidente que para orientar correctamente la diligencia de juicio oral se requieren funcionarios verdaderamente expeditos y por ello es acertado que el ensayo se circunscriba por ahora al cantón central de San José, ya que los Jueces y Alcaldes de Trabajo de la Capital están preparados en ese sentido, gracias a la experiencia que han tenido en este campo. Por lo demás la Facultad de Derecho, en la que existe la Cátedra de Ejercicios Jurídicos puede contribuir a la tarea de capacitar a los futuros abogados para que puedan desenvolverse con propiedad en los juicios orales. Como se expresa en la exposición de motivos del proyecto, éste constituye, antes que un sistema cerrado de normas abstractas de pretendida perfección, un voto de confianza a la honestidad y diligencia de nuestros jueces y abogados.

UNA CONVERGENCIA DE IUSNATURALISMOS

EL SUSTRATO FILOSOFICO DE TRES ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCION DE 1825

CARLOS JOSE GUTIERREZ

Titular de Filosofía del Derecho,
Facultad de Derecho.

Quiero dejar constancia de mi agradecimiento para don Carlos Meléndez, don Rafael Obregón y don Alberto Cañas, quienes me facilitaron la mayor parte del material bibliográfico para este ensayo, así como para Constantino Lascaris, dado que su libro constituyó el punto de partida de esta tarea.

1.—PUNTO DE PARTIDA:

En términos simples, filosofar en Costa Rica es reflejar las tendencias filosóficas del Mundo Occidental en el medio costarricense. Lo reciente de nuestro proceso de definición, la endeble consistencia de nuestra cultura y la circunstancia de que ésta sea, en sus rasgos fundamentales, una copia o trasplante de modos de vida europeos, no han impedido que exista entre nosotros la preocupación por los temas de carácter filosófico pero sí que se llegue a producir una filosofía de carácter original. Esa es la realidad actual. Aún con mayor fuerza, eso es lo que ocurrió en los siglos pasados. Para adquirir conciencia de esa verdad basta con examinar la obra "Desarrollo de las Ideas Filosóficas en Costa Rica" de Constantino Lascaris, recientemente publicada (1).

(1) Editorial Costa Rica, San José, 1965.

Dadas esas circunstancias, podría definirse el estudio del pensamiento filosófico costarricense como un estudio de cómo, cuándo y en quién se han reflejado las distintas tendencias del pensamiento europeo. Digo todo ello, desde luego, sin menospreciar la importancia de tal tarea. Que las ideas hayan sido prestadas, adquiridas o copiadas, no les quita nada de su importancia en el desarrollo nacional y en la formación de los hombres que dirigieron al país en alguna época. Aquí, como en cualquier parte, resulta imposible entender un período histórico sin conocer cuáles fueron los criterios inspiradores o las finalidades buscadas al llevar a cabo una realización cultural.

Dicho lo anterior en términos de la más absoluta generalidad, ha de ser ello cierto, por ende, en el campo del Derecho. Las normas jurídicas como todos los productos humanos, están dotadas de una finalidad; su creación no es resultado del azar; han sido creadas con un propósito, con un sentido que queda impreso en ellas, después de que ha terminado la actividad creadora, igual que un sello o marca que permite reconocer a sus autores, pese al transcurso del tiempo. ✓

Es de advertir que, cuando se habla del sentido del hacer jurídico se acostumbra diferenciar en él dos clases distintas de propósitos: la finalidad común a todas las manifestaciones del Derecho de perseguir la realización de ciertos valores, que constituyen la razón de ser de la creación jurídica tales como la seguridad, la paz, el orden y la justicia; y la finalidad propia y particular de cada norma, el propósito circunstancial que tuvo en mente el legislador para crearla, que puede ser el llenar una necesidad social o autorizar al Estado para que la satisfaga, el buscar se corrija un vicio o práctica nociva de alguno de los sujetos de derecho, la armonización de los intereses que se colocan en pugna en ciertos aspectos de la convivencia social, o cualquier otro.

Hay, sin embargo, un tercer aspecto de la finalidad de las normas jurídicas, un poco menos estudiado que los ya referidos. Cada norma de derecho es expresión de una ideología determinada y constituye un medio práctico por el cual, su creador, trata de realizar su concepción particular del mundo. Como todos los productos humanos, las normas jurídicas poseen un sustrato filosófico, son hechas por los hombres con el propósito de plasmar en ellas una filosofía. Como muy bien dice Carl Joachim Friedrich:

"es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una Filosofía del Derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados, expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios —que en derecho son, netamente, juicios normativos— dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios" (2).

Para la existencia del sustrato filosófico es irrelevante el que sea conscientemente conocido por el legislador o que éste actúe llevado por las modas o concepciones generalizadas en una determinada época.

Tal vez sea necesario apuntar que el sustrato filosófico no se aprecia de manera fácil en la norma "como objeto solitario" (3). Se le capta de una manera mucho más evidente en las instituciones, sea en el conjunto de normas que se refieren a un mismo aspecto de las relaciones humanas. Es posible entonces hablar de la concepción predominante en la regulación del matrimonio (que en nuestro país, es católica, moderada por el liberalismo imperante en 1888, cuando se promulgó el Código Civil, y llena de resabios del predominio paterno sobre la familia) o de la que señala la regulación de las actividades económicas (intervencionista de Estado, con un trasfondo liberal).

(2) LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. Buenos Aires, 1964, p. 13. Título en alemán: DIE PHILOSOPHIE DES RECHT IN HISTORISCHER PERSPEKTIVE.

(3) Para usar una expresión precisa y significativa, empleada por Juan Llamblás de Azevedo en EIDETICA Y APORETICA DEL DERECHO. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1958, p. 54.

Hay, sin embargo, una clase de normas, en las cuales el sustrato filosófico puede ser comprendido fácilmente, aun si se les estudia en forma aislada. Se trata de las normas constitucionales. Por su mayor generalidad, por constituir el fundamento de todo el sistema jurídico positivo, es en ellas donde se pone en más clara evidencia el sustrato filosófico que anima al Derecho. Dentro de las normas constitucionales encontramos no sólo la determinación de la estructura del Estado y las limitaciones de mayor importancia a la actividad de los Poderes Públicos sino también las "normas programáticas", sea, aquellas que pretenden señalar fines a cumplir por la maquinaria estatal. En ellas, la concepción filosófica sustentada por sus creadores constituye la razón de ser, la única explicación que pueda darse sobre su existencia.

Por ello, en las normas constitucionales, no sólo los juristas sino también los historiadores y los estudiosos de los fenómenos políticos, pueden encontrar valiosas pruebas de cuáles eran las corrientes de pensamiento que al animar a los autores de esta o aquella Carta Fundamental pueden tenerse como predominantes en la época en que ellas fueron promulgadas. Si bien esa tarea se ha llevado a cabo con referencia a los principales documentos constitucionales de Europa y a la Constitución de los Estados Unidos, se encuentra ausente de los estudios sobre la mayoría de las Cartas Fundamentales de América Latina. En el caso concreto de Costa Rica, sobre esta materia, apenas si se encuentran indicaciones más o menos ligeras en los ensayos históricos sobre las constituciones que han regido la vida del país.

2.—LA CONSTITUCION DE 1825:

El objeto de este estudio es buscar la explicación del sustrato filosófico de tres artículos de la Constitución del Estado de Costa Rica, promulgada el 25 de enero de 1825. Hace un tiempo, con ocasión de un estudio general sobre

la democracia costarricense (4), me encontré con los artículos 7, 8 y 9 de dicha Constitución y me señalé el propósito de estudiarlos en detalle. Después de varias posposiciones, muchos tanteos y gran número de problemas sobre dónde y cómo investigarlos, creo contar con el material indispensable para dar de ellos una explicación satisfactoria.

Puede ser conveniente, sin embargo, hacer antes una breve mención sobre el papel que en la historia costarricense corresponde a la Constitución de 1825.

Durante mucho tiempo, fue considerada la primera Constitución Política costarricense, tesis ésta que aún hoy tiene sostenedores (5), pese a que los brillantes estudios que sobre los primeros años de nuestra vida independiente ha realizado Hernán G. Peralta (6), obligan a colocarla en cuarto lugar, después del Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia, de 1º de diciembre de 1821, el Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica de 17 de marzo de 1823, y el Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, de 16 de mayo de 1823, todos los cuales gozaron de vigencia y positividad, y fueron base para la organización de las primeras formas de gobierno que vivió el país, al separarse de España.

(4) "LIBERTAD, DERECHO Y DESARROLLO POLITICO. Tres Reflexiones sobre el Artículo Primero de la Constitución Política de Costa Rica". En Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, N1, Mayo de 1963, p. 7-132.

(5) Entre los sostenedores de esa tesis, véanse Cleto González Viquez: "El Sufragio en Costa Rica ante la Historia y la Legislación", cap. I, p. 15-24, en OBRAS HISTORICAS, tomo I, Editorial Universitaria, San José, 1958; Elías Leiva Quirós: PRINCIPIOS DE CIENCIA CONSTITUCIONAL, San José, 1934, p. 224-226; y Marco Tulio Zeledón, "Historia Constitucional de Costa Rica", en DIGESTO CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA, edición del Colegio de Abogados, 1946, p. 297-298. Para otros, Véase Hernán G. Peralta, AGUSTIN DE ITURBIDE Y COSTA RICA, Editorial Soley & Valverde, 1944, p. 120-122. Recientemente, José Abudio Cordero en EL SER DE LA NACIONALIDAD COSTARRICENSE, Editorial Tridente, Madrid, 1964, p. 57, si bien reconoce el Pacto de Concordia su importancia histórica, lo llama con resabio de esta tesis, "precursor de nuestras constituciones"

(6) Véanse: EL PACTO DE CONCORDIA. Orígenes del Derecho Constitucional de Costa Rica. Segunda edición, Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1956. DON JOSE MARIA DE PERALTA, Trejos Hns., San José, 1955. LAS CONSTITUCIONES DE COSTA RICA, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. y el ya citado AGUSTIN DE ITURBIDE Y COSTA RICA.

Pese a que el orden señalado por Peralta no puede ya discutirse, bueno es señalar que algunas razones hubo para que los autores de otra época creyeran que con la Constitución Federal de Centro América y la Carta de 1825 se inició nuestra vida constitucional. A mi juicio, los motivos para sostener dicha tesis fueron los siguientes:

a) *La pretendida interinidad de las tres primeras Constituciones:* En el artículo 1º del Pacto Social Fundamental Interino se dejó abierta la posibilidad de que la provincia se constituyera en "dependiente o confederada de aquel Estado o potencia a que le convenga adherirse", y en el artículo 45 se autorizó a la Junta Gubernativa para entrar en conversaciones con los gobiernos de otras provincias, para atarse con alguno de los Estados independientes de América.

Si bien es cierto que en los dos Estatutos Políticos que le siguieron se proclama en el artículo 1º que la Provincia de Costa Rica es libre e independiente, en el artículo 2º se dice que "Será dependiente o confederada únicamente de potencia americana a quien le convenga adherirse", lo que refleja la política que se desarrolló durante todo ese período de si Costa Rica debía unirse a México, Guatemala, Nicaragua o Colombia.

De todos ellos, como de los documentos de la época, queda la conciencia de que los costarricenses del momento pensaban que la pequeñez, atraso y escasez de recursos del país señalaban a éste como imperativo, seguir siendo provincia remota de una estructura política más amplia y no proclamarse independiente. De ahí pues que esas primeras cartas constitucionales pretendan haber sido dictadas para llenar un período de interinidad y no sea sino la Constitución de 1825 la que señale el inicio de un régimen estable.

b) *El cambio frecuente*: Dadas esa situación de incertidumbre, la inexperiencia que en materia de gobierno y administración tenían los costarricenses y las pugnas localistas que motivaron sus diferencias iniciales, no era de extrañar que no se pudiera en esos primeros años, lograr una constitución estable. El Pacto Social Fundamental Interino duró año y cuatro meses; el Primer Estatuto Político tuvo una vigencia de dos meses, y el Segundo, poco menos de los dos años. Es posible entonces que esa inestabilidad pueda haber motivado que los primeros estudiosos de la historia de nuestro derecho constitucional se sintieran inclinados a tener dichas formas de organización como simples tentativas no logradas, como productos de una época de balbuceo y ensayo.

Sin embargo, si se estudia el funcionamiento de las Juntas Superiores Gubernativas de esos años es posible darse cuenta de que ellas actuaron fundamentándose en las constituciones mencionadas y que sus mandatos y disposiciones, así como los de las Juntas de Legados se sujetaron a lo dispuesto en dichos ordenamientos. Es pues, innegable, no sólo el hecho de su vigencia, el que hubieran sido debidamente promulgadas, sino también el de su positividad, el que tuvieron aplicación efectiva.

Hay algo que impresiona en la actividad constitucional de los primeros años: es el ferviente propósito de los hombres de la época de sujetar la vida costarricense a un régimen de derecho. Llegada la noticia de la independencia el 13 de octubre de 1821, mes y medio después ya se tenía en el Pacto de Concordia, una base constitucional para la estructuración del Gobierno. Como muy bien dijo don José Santos Lombardo el año siguiente: "El Pacto y forma de Gobierno que en el Estado de Independencia y Libertad constituyó Costa Rica, es singular en todo el Imperio Mexicano, a lo menos no se sabe que en otra Provincia se

haya observado igual procedimiento" (7). Para verificación de ello basta con apuntar las diferencias entre ese caso costarricense y lo ocurrido en los otros países centroamericanos: en Guatemala, se espera hasta el 2 de agosto de 1823, para declarar vigente la Constitución de Cádiz de 1812 (8); en Honduras, no hay ninguna constitución previa a la del Estado, que se aprobó con base en la Federal Centroamericana el 11 de diciembre de 1825 (9); cosa parecida ocurre en El Salvador, que tiene fecha 12 de julio de 1824 (10), y en Nicaragua, donde la Constitución es de 8 de abril de 1826 (11).

c) *La actitud de Heredia*: Las constituciones anteriores a la de 1825 no rigieron para todo el territorio de lo que hoy es Costa Rica. Al decir lo anterior no tengo en mente sólo el caso de la Provincia de Guanacaste, cuya adhesión al estado costarricense ocurrió en 1824, sino más bien el de Heredia, cuya Ayuntamiento si bien envió su Legado a la Junta en que se aprobó el Pacto Social Fundamental Interino, apenas conoció el documento constitucional aprobado, lo consideró violatorio de la adhesión dada a México y se negó a proclamarlo como ley fundamental, en la forma en que lo hicieron los demás ayuntamientos. Por el contrario, por varios años siguió recibiendo órdenes del Jefe de León, don José Miguel González Saravia, y no fue sino hasta el Congreso Provincial de 16 de abril de 1823, que volvió a nombrar delegados (12).

(7) Exposición a la Junta Superior Gubenativa, fechada el 10 de diciembre de 1822. Documento Nº 131, fs. 3 a 6, Archivos Nacionales.

(8) Luis Mariñas Otero: LAS CONSTITUCIONES DE GUATEMALA. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 43.

(9) Ibid, LAS CONSTITUCIONES DE HONDURAS. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1962, p. 3-5.

(10) Ricardo Gallardo: LAS CONSTITUCIONES DE EL SALVADOR. Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1961.

(11) Emilio Alvarez Lejarza: LAS CONSTITUCIONES DE NICARAGUA. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1958, p. 316-370.

(12) Para un relato sobre la rebeldía herediana, véase Peralta: 'AGUSTIN DE ITURBIDE Y COSTA RICA. op. cit., p. 83-110. El Desconocimiento del Pacto de Concordia se hizo en sesión del ayuntamiento de Heredia de 11 de diciembre de 1821, según documento de los Archivos Nacionales. Sobre la fecha de la reincorporación herediana véanse Documentos 543 y 560, Archivos Nacionales.

La actitud de rebeldía herediana ante las constituciones que buscaban afirmar un sentido de independencia no sólo ante España sino también ante los países vecinos, puede considerarse como un motivo adicional que pudo haber llevado a no tener las constituciones previas a la del 25 como de regulación general de la vida costarricense. Fue esa una situación histórica curiosa: un ayuntamiento enclavado en la Meseta Central, con un régimen de gobierno opuesto y contradictorio con el que vivía el resto del país. Afortunadamente, en el período previo a los combates de 1823 se le dio una solución "a la tica", sea simplemente se mantuvo un status quo indeciso entre las autoridades nacionales y las heredianas, que impidió no sólo una guerra fratricida sino también un posible ataque de González Sarravia sobre Costa Rica, peligro éste, sin embargo, que no llegó a desaparecer sino con la derrota de Iturbide y el alejamiento de las tropas mexicanas del área centroamericana (13).

d) *Una razón final*: Como razón final para que la Constitución de 1825 fuera considerada como la primera carta política costarricense puede darse la apuntada por don Hernán G. Peralta, quien afirma: "La investigación ha partido de 1824, porque en ese año comienza la Colección de Leyes" (14). Es un motivo de orden puramente circunstancial pero que, sin embargo, muy bien puede ser más explicativa que todas las anteriores.

3.—EL OBJETO PRIMORDIAL.

Lo que queda dicho no tiene tal vez otra motivación que el deseo de agregar algo a una de las pocas discusiones interesantes sobre la historia de Costa Rica. Porque el objetivo fundamental que persigo es dar cuenta del es-

(13) Sobre la Guerra de 1823, Ricardo Fernández Guardia: HISTORIA DE COSTA RICA: LA INDEPENDENCIA. Editorial Lehmann, 1941, p. 67-88.

(14) EL PACTO DE CONCORDIA, op. cit. p. 8.

tudio realizado sobre los artículos 7, 8 y 9 de la Constitución de 1825.

Dicen esos artículos:

“Art. 7º—La ley debe ser igual para todos y no puede prohibir, sino lo que es dañoso a la Sociedad, ni mandar sino lo que la sea útil y justo”.

“Art. 8º—Toda Ley que viole los sagrados derechos del hombre y del ciudadano, declarados en los artículos precedentes, es injusta y no es ley”.

“Art. 9º—La resistencia moral a la opresión es consiguiente a los derechos del Hombre y del Ciudadano y uno de sus más interesantes deberes”.

El interés que presentan dichos artículos se origina en que se consagran en ellos tres principios fundamentales de algunas corrientes iusnaturalistas.

En el artículo 7º se habla de la igualdad ante la ley, y se señala una finalidad doble para el derecho, la utilidad y la justicia.

En el 8º, se hace una referencia a los “sagrados derechos del hombre y del ciudadano”, para sentar luego el principio de que la ley injusta no es ley.

Por último, en el 9º, se enuncia como norma legal para Costa Rica el derecho de resistencia a la opresión que asiste a los pueblos contra los tiranos, y se le incluye dentro de los derechos del hombre y del ciudadano.

En suma, se consagran como derecho positivo la doctrina del telos o finalidad de la ley, que se origina en Aristóteles, el principio de que la ley injusta no es ley, que se estableció en el iusnaturalismo cristiano, y el derecho de resistencia a la ley injusta, que fue enunciado dentro de éste.

A la clara proclamación de doctrinas iusnaturalistas de tanta importancia, unen los artículos mencionados, la curiosa circunstancia de que no se encuentra ningún antecedente de ellos en las tres constituciones anteriores de Costa Rica ya mencionadas, ni en la Constitución Federal de Centro América de 1824, ni en las bases constitucionales que emitió la Asamblea Nacional Constituyente de la Federación Centroamericana el 27 de diciembre de 1823 y que es el fundamento de la carta política federal y las de los cinco estados que formaron la República Centroamericana. En las constituciones de los otros estados, sólo en la de Nicaragua hay una disposición similar a la del artículo 8º ya copiado; es el artículo 39 que dice:

"Es injusta y no es ley toda disposición que viole los derechos de los nicaragüenses, declarados en este título" (15).

Ello pareciera revelar que entre los constituyentes de 1824-1825 en Costa Rica existía una preocupación iusnaturalista mucho más marcada que en los congresos de los otros estados centroamericanos, o, tal vez sería mejor expresarlo de otra manera, que el iusnaturalismo que privaba en la Constituyente costarricense difería en algo del que se dio en los otros países centroamericanos.

La corriente de mayor influencia al final del siglo XVIII, tanto en Europa como en América, es la Escuela Clásica del Derecho Natural. Ella es la que se refleja en los documentos constitucionales que ejercen mayor influencia sobre los creadores de los estados latino-americanos, a saber: la Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1776 y 1797, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Convención Francesa en 1789 y la Constitución española aprobada en Cádiz, en 1812.

(15) Alvarez Lejarza, LAS CONSTITUCIONES DE NICARAGUA, op. cit., p. 370.

Las dos primeras encuentran su sustrato filosófico en las obras de John Locke y primordialmente en su "Segundo Tratado del Gobierno Civil". La influencia de Locke se aprecia con mayor claridad en la Declaración de la Independencia que en la Constitución, posiblemente por el carácter ideológico del primer documento. En aquélla, Thomas Jefferson tomó la fórmula de Locke sobre los derechos naturales básicos ("vida, libertad y propiedad") y la transformó ligeramente ("vida, libertad y la búsqueda de la felicidad" (16) y fijó el fundamento iusnaturalista en forma clara en el Preámbulo, al decir:

"Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario a un pueblo deshacer los lazos políticos que le han unido a otro, y tomar entre los poderes de la tierra, la situación separada e igual a que le dan derecho *las leyes de la naturaleza* y del Dios de la Naturaleza, las consideraciones debidas a la opinión de la humanidad exigen que declare las causas que le impulsan a la separación" (17).

La influencia determinante de la Constitución norteamericana en la escogencia que del sistema federal y en algunas de las instituciones de gobierno adoptadas por las Provincias Unidas de Centroamérica, ha sido profusamente reconocida (18).

Por su parte, la Revolución Francesa, si bien tomó como base el ejemplo norteamericano, agregó a éste las doc-

(16) Locke, John: SECOND TREATISE CONCERNING CIVIL GOVERNMENT; capítulo V: "Of Property", y capítulo XI: "Of the Extent of the Legislative Power". La influencia de Locke sobre Jefferson ha sido analizada por muchos autores, v.g. HISTORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA de Samuel Eliot Morison y Henry Steele Commager; traducción de Odón Durán de Ocón y Faustino Ballvé, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, tomo I, p. 196.

(17) THE AMERICAN STATE PAPERS. Great Books of the Western World, tomo 43, Encyclopaedia Britannica Inc., Chicago, 1952, p. 1.

(18) Véanse, entre otros, Mariñas Otero: LAS CONSTITUCIONES DE GUATEMALA, op. cit., p. 42; Marco Tulio Zeledón: "Historia Constitucional de Costa Rica" en DIGESTO CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA, Colegio de Abogados, San José, 1946, p. 297; Hernán G. Peralta: LAS CONSTITUCIONES DE COSTA RICA, op. cit., p. 7.

trinas de los enciclopedistas y en particular las de Rosseau, cuya famosa tesis sobre "la voluntad general" se encuentra claramente enunciada en la definición que de la ley se da en el artículo 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ("La ley es la expresión de la voluntad general") (19).

Esa declaración se inicia con la siguiente introducción:

"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre, son las solas causas de las desventuras públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, *los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde, sin cesar sus derechos y deberes..." (20).

Es de advertir que esa declaración fue producto de la influencia que sobre los componentes de la Convención tuvo el ejemplo norteamericano. Prueba de ello es la circunstancia de que fue Lafayette el proponente de la idea inicial que remató en la declaración (21).

La Revolución Francesa fue el ejemplo que tuvieron los revolucionarios latinoamericanos y los autores que la inspiraron fueron también sus mentores ideológicos. Salvador de

(19) Sobre el concepto de voluntad general, véase de Rousseau: CONTRATO SOCIAL. Sobre la influencia de este autor sobre la Revolución Francesa, véase Del Vecchio, Giorgio: LEZIONI DI FILOSOFIA DEL DIRITO, XII Edizione Rivedutta; Dott. Giufre, Editore; Milano, 1963, p. 67-68.

(20) La traducción está tomada de HISTORIA UNIVERSAL de Ch. Seignobos y A. Metin, tomo V: HISTORIA MODERNA. Desde 1715 a 1815; traducción española de Domingo Vaca, Madrid, 1922, p. 352.

(21) Tal es la opinión de los historiadores franceses como M. A. Thiers: HISTORIA DE LA REVOLUCION FRANCESA. Traducida y anotada por Sebastián Miñano, San Sebastián, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, 1840, tomo I, p. 288. Igual en Seignobos y Metin, HISTORIA UNIVERSAL. Tomo V: HISTORIA MODERNA. Desde 1715 a 1815. Introducción española de Domingo Vaca, Madrid, 1922, p. 352.

Madariaga nos dice que el pensamiento en las colonias españolas en América durante el siglo XVIII se encontraba totalmente dominado por Montesquieu, Rousseau, Reynal y Voltaire, y que, entre ellos, el de influencia más profunda, es el segundo:

"no fue Montesquieu —nos dice— el espíritu director de la América Española en trance de emancipación. Pocos son los criollos que lo citan y pocos al parecer los que lo leyeron . . . Este alto puesto histórico corresponde a Rousseau" (22).

para agregarnos después:

"Rousseau conquistó rápidamente a España como a las Indias . . . La primera causa del éxito de Rousseau en el mundo español fue y sigue siendo la índole caótica de sus ideas" (23).

En el caso costarricense, nos encontramos que Marco Tulio Zeledón dice, con referencia a los primeros artículos de la Constitución de 1825: "El capítulo primero se refiere a los derechos y deberes de los costarricenses y en él se condensan los principios cardinales proclamados por la Revolución Francesa en su histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (24). Como ya queda dicho, eso no es absolutamente cierto, dado que se introdujeron modificaciones a las doctrinas franceses con base en el Usnaturalismo cristiano, pero sí se revela en ese párrafo el reconocimiento que se hace de la influencia francesa sobre nuestras primeras cartas constitucionales.

Por último, la Constitución de Cádiz se dictó con una gran influencia de los ejemplos norteamericano y francés.

(22) CUADRO HISTORICO DE LAS INDIAS. INTRODUCCION a Bolívar; Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945; p. 703.

(23) Ibid. p. 710.

(24) Op. cit. p. 298.

Cierto que no hay en ella una declaración de derechos como la que caracterizó a las otras, pero la invocación que la precede, indica su tinte iusnaturalista al decir: "En nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Autor y Supremo Legislador de la Sociedad". El movimiento liberal que produce en España a principios del siglo XIX es el resultado de una época de gran afrancesamiento, que se refleja en las tesis sostenidas por los propugnadores de las tesis constitucionalistas, los cuales, pese a combatir contra la Francia de Bonaparte, se encontraban sumamente influenciados por las ideas liberales franceses (25). Pero, al igual que sucedió a los franceses, que añadieron a las lecciones norteamericanas, doctrinas tomadas de los autores de su propio país, los autores de la Constitución de Cádiz mezclaron con las ideas francesas, tradiciones y doctrinas propias. No es pues de extrañar que, pese al acento racionalista que caracterizó al liberalismo de la época, la influencia católica se haya hecho notar en dicha Constitución, como puede verse no sólo en la invocación inicial copiada arriba sino además en el artículo 12, en el cual se niega la separación del Estado y la Iglesia, y se afirma:

"La religión de la nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica y Romana, única y verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra".

(25) Sobre la influencia del enciclopedismo francés en la España del Siglo XVIII véase Madariaga, op. cit., cap. XXXVIII, p. 776-825. Encontré un detallado relato de las incidencias de la Constituyente de Cádiz en HISTORIA GENERAL DE ESPAÑA DESDE LOS TIEMPOS PRIMITIVOS HASTA LA MUERTE DE FERNANDO VII. Por Modesto Lafuente. Continuada desde dicha época hasta nuestros días por Juan Valera, con la colaboración de Andrés Borrego y Antonio Piral; Montaner y Simón, editores; Barcelona, 1889, tomo XVII. De acuerdo con esta obra, el proyecto de constitución fue redactado por una comisión compuesta de catorce diputados, que fueron don José Pablo Valiente, don María Ric, don Francisco Gutiérrez de la Huerta, don Evaristo Pérez de Castro, don Alfonso Cañedo, don José Espiga, don Antonio Oliveros, don Diego Muñoz Torrero, don Francisco Rodríguez de la Bárcena, don Vicente Morales, don Joaquín Fernández de Leyva y don Antonio Joaquín Pérez. Se agregaron luego a ellos don Antonio Ran Romanillos y los americanos don Andrés de Jaúregui y don Mariano Mendiola. Ver p. 161 del tomo citado.

Con razón pudo entonces decir Lorenzo Montúfar:

Es imposible que en pocos años se pueda destruir la educación de muchos siglos. Los españoles atribuyen a la Cruz sus victorias sobre los árabes, así como éstos atribuyen al Profeta la preponderancia que llegaron a tener en el Oriente y sus triunfos de Occidente. Los códigos de España, desde la conversión de Recaredo, presenta un catolicismo sin límites y para sostener la unidad religiosa, se estableció la Inquisición. Las Cortes de Cádiz, compuestas en su mayor parte de liberales, consignaron en la Constitución de 1812 la más absoluta intolerancia".

y agrega luego para poner en evidencia la influencia que dicha Carta constitucional ejerció sobre Centroamérica:

"Con estos precedentes y sin cátedras de historia, ni de política, ni de ciencia de la Legislación, ni Barrundia, ni Molina, ni Rivera Cavezas, pudieron obtener que en la Constitución federal se consignara la libertad religiosa. Se dice que aquella fundamental es una copia de la constitución firmada por Washington, pero, en este punto, nuestra Constitución es una antípoda de la Constitución Americana" (26).

En el caso costarricense, la influencia de la Constitución de Cádiz y de las doctrinas propiamente españolas, se nota más que en la Constitución Federal. En Guatemala, por lo menos entre los liberales, el predominio correspondía a las ideas francesas, como se comprueba en el encabezamiento de la Carta Fundamental de la Federación, que fue luego copiado en las primeras constituciones de los otros estados centroamericanos ("En el Nombre del Ser Supremo, Autor de las Sociedades y Legislador del Universo") que recuerda

(26) RESERVA HISTORICA DE CENTRO AMERICA. Guatemala, 1878. Tip. El Progreso, p. 102-103.

a la Declaración de los Derechos del Hombre, que después del Preámbulo, continúa: "En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los derechos siguientes del hombre y del ciudadano". Por otra parte, en las Instrucciones dadas por el Ayuntamiento de Guatemala a su Diputado en Cádiz, don Antonio de Larrazábal, se copió íntegra la Declaración mencionada y consta en su introducción el siguiente párrafo que recuerda a los enciclopedistas y, en menor grado a Locke:

"Una Constitución que prevenga el despotismo del Jefe de la nación; y que señale los límites de autoridad; que haga del Rey un padre y un ciudadano; que forme del magistrado un simple ejecutor de la ley; *que establezca unas leyes consultadas con el derecho natural, que contienen en sí todas las reglas de lo equitativo y de lo justo, y que se hallen revestidas de todos los caracteres de bondad absoluta, y de bondad relativa a los objetos primarios de la sociedad; que enseñen a los pueblos sus deberes; que circunscriban sus obligaciones; y que a éstas y a sus derechos, señalen límites fijos e inalterables; que establezcan una administración clara, sencilla, y cimentada en los principios de propiedad, libertad y seguridad; que bajo tales principios e ilustrada en la filosofía guarden proporción entre los delitos y las penas y no establezcan otras que las absolutamente necesarias y útiles a la sociedad. Un sistema económico y político que auxilie los tres sagrados principios de propiedad, libertad y seguridad. Una instrucción pública y metódica que disipe la ignorancia de los pueblos y que difundiendo las luces promueva la utilidad general. Este es el el único medio que a juicio del Ayuntamiento de Guatemala, debe adoptarse para lo futuro si se ha de establecer la felicidad nacional" (27).*

En cambio, en Costa Rica, es la influencia gaditana la que pareciera haber tenido mayor fuerza. Queda clara en

(27) INSTRUCCIONES PARA LA CONSTITUCION FUNDAMENTAL DE LA MONARQUIA ESPAÑOLA Y SU GOBIERNO. De que ha de tratarse en las próximas Cortes Generales de la Nación. Dadas por el M. I. Ayuntamiento de la M. N. y L. Ciudad de Guatemala. A su diputado el Sr. Dr. Antonio de Larrazábal, Canónigo Penitenciario de esta Sta. Iglesia Metropolitana. FORMADAS por el Sr. D. José María Peinado, Regidor Perpétuo y Decano del mismo Ayuntamiento. 1793. Editorial del Ministerio de Educación Pública, Guatemala; p. 8-9.

el artículo sobre la religión, que aparece en el Pacto Social Fundamental Interino (artículo 3°); los dos Estatutos Políticos (artículo 7°); la Constitución Federal (artículo 11); y llega hasta la Constitución de 1847 (artículo 37) (28). Se nota igualmente dicha influencia en la copia que hacen de la invocación inicial de la Carta de Cádiz las cuatro primeras constituciones costarricenses, en el sistema electoral de varios grados que mantuvo nuestro país hasta 1913, en la importancia dada al sistema municipal y en la escogencia del sistema colegiado de gobierno que privó hasta la promulgación de la Constitución Federal (29).

La combinación de las influencias racionalista y católica, francesa y española podría decirse, queda bien claro en los artículos 7, 8 y 9 de la Constitución de 1825. Tanto el ocho como el nueve hablan de "los derechos del hombre y del ciudadano"; éste último proclama "la resistencia moral a la opresión", que aparece incluida dentro de los derechos enumerados en la Declaración francesa (30). El artículo 7° habla de la igualdad ante la ley e incluye entre sus finalidades, la utilidad, que asigna a la sociedad el artículo primero de dicha Declaración (31).

Pero, al mismo tiempo, el artículo 8° hace la proclamación de que la ley injusta no es ley, tesis que no fue sostenida por Rousseau y Locke, en una forma enfática (32) y que, en cambio, fue formulada de manera muy clara en el iusnaturalismo cristiano, en las obra de San Agustín y Santo Tomás, diciéndonos este último en la Summa Theológica:

"Como Agustín dice (De Lib. Stb, I, 5) 'aquello que no es justo no parece ser en nada derecho'; de ahí que la

(28) Ver el comentario que sobre esta materia hace Lascaris, op. cit., p. 69-75.

(29) Hernán G. Peralta: LAS CONSTITUCIONES . . . , op. cit., p. 3-59.

(30) Artículo 2° El objeto de toda la asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles

(31) Idem. (Se refiere a la misma Declaración).

(32) Véanse "Concerning Civil Government, Second Essay" de Locke, Capítulo XVIII, "Of Tyranny" y CONTRATO SOCIAL de Rosseau, Libro III, 18.

fuerza de una ley depende de la extensión de su justicia... Cada ley humana tiene tanto del carácter de ley hasta donde sea una derivación de la ley natural. Pero, si en algún punto difiere de la ley natural, ya no es una ley sino una corrupción de una ley" (33).

La doctrina aquiniana incluyó igualmente referencias al derecho a la resistencia que posee el pueblo frente al tirano (34). Dicha doctrina fue luego recogida por los autores españoles del siglo XVI, dentro de los cuales se destacó el jesuita Juan de Mariana, quien en su "De Rege et Regis Institutione", publicado en 1599, dio una formulación definitiva al derecho de resistencia, al señalar la lista de acciones que deben y pueden tomar los súbditos contra el Rey, en el caso de que éste atropelle las leyes divinas y humanas, y que, en forma gradual pueden ser las siguientes: 1) Amonestación al Príncipe para buscar su emienda; 2) Juzgamiento y, después de la sentencia condentoria, negación de obediencia; 3) informe al pueblo de las justas razones que aconsejan la desobediencia y la rebelión; 4) entrega de armas y establecimiento de tributos en defensa de la nación; 5) si después de todo ello, el tirano no se retracta, por derecho de legítima defensa y por propia y suprema autoridad, la sociedad puede declarar al Príncipe enemigo público y darle muerte por el hierro (35).

Creo por ello que la denominación correcta de la situación costarricense es la de una convergencia de iusnaturalismos, el cristiano y el racional, y no el predominio

(33) SUMMA THEOLOGICA. Parte Primera de la Segunda Parte. Questio 95. art. 2.

(34) Recaséns Siches, Luis: LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE FRANCISCO SUAREZ. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y la Escolástica. Segunda edición, Editorial Jus, México, 1947, p. 103-104.

(35) Sobre Juan de Mariana, véase Enrique Luño Peña: HISTORIA DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Editorial La Hormiga de Oro S. A., Barcelona, 1955, p. 473-478.

absoluto de éste último que se acostumbra señalar al considerar nuestros primeros documentos constitucionales como sujetos en forma exclusiva a los modelos norteamericano y francés.

Dicho fenómeno de convergencia se dio en forma igual en otras comunidades americanas. Luis Villoro nos habla de que en México privaban a principios del siglo XIX tres corrientes de pensamiento que constituían el fermento intelectual de la clase media ilustrada criolla y que le sirvieron de base para la formulación de los principios independentistas. La más importante de ellas fue el iusnaturalismo de Francisco Suárez y Juan de Mariana. En segundo término, se encontraban los autores de la ilustración española, sobre todo Jovellanos y Martínez Marino, y por último, las ideas de Rousseau, Montesquieu, Voltaire y la Enciclopedia. Pero, como hace notar el mismo autor, todas esas influencias se dieron sobre un fundamento católico, que llevó a algunos autores mexicanos independentistas de entonces a poner especial énfasis en que, lejos de fundarse en Rousseau, sus bases eran las doctrinas de Santo Tomás, demostrando por otra parte que su conocimiento del aquinatense, se encontraba influido por las doctrinas de Suárez y de Mariana (36).

Agrega Villoro:

"todo francesismo se asociaba a ideas bonapartistas. ¿Para qué entonces acudir a esa corriente extranjera, cuando en la tradición hispánica, tanto filosófica como jurídica, se encontraban los elementos suficientes para justificar los cambios que se proyectan?" (37).

El sustrato filosófico de los artículos 7, 8 y 9 de la Constitución de 1825 se encuentra pues en ese fenómeno de convergencia de los iusnaturalismos cristiano y racionalista,

(36) "Las Corrientes Ideológicas en la Época de la Independencia". En ESTUDIOS DE LA FILOSOFÍA EN MÉXICO. Universidad Nacional Autónoma, de México 1963, p. 203-241.

(37) *Ibid.*, p. 210.

que necesariamente debía producirse al incidir con fuerza revolucionaria las ideas de la Escuela Clásica del Derecho Natural sobre comunidades que habían adquirido su desarrollo bajo la égida española, y, en consecuencia, bajo el influjo directo de los pensadores que en el siglo XVII y XVIII habían mantenido una continuidad ininterrumpida con la Escuela Iusnaturalista Cristiana. Este fenómeno se refleja claramente en la redacción dada a dichos artículos y adquiere en ellos manifestación clara e inequívoca.

4.—EL PROCESO DE SU CREACION:

La investigación sobre el sustrato filosófico de los artículos estudiados bien puede darse por terminada con el párrafo anterior. Se ha cumplido el objetivo que se señaló al inicio. Han sido determinadas las directrices predominantes. Pero, desde un punto de vista histórico, la convergencia de iusnaturalismos, tal vez por poco estudiado, sugiere una gran cantidad de preguntas adicionales. Es posible preguntar: ¿Son los artículos que se indican, la única manifestación costarricense de ese fenómeno o hay otras que valga la pena mencionar? ¿Quiénes fueron los representantes de las dos corrientes convergentes en el pensamiento de la época? ¿Cómo se refleja dicho movimiento en el desarrollo histórico posterior? Quiero intentar dar respuesta a esos interrogantes.

Recuerdo haberle oído a Edgar Bodenheimer que las discusiones sobre el Derecho Natural, si bien poseen un alto valor teórico, adquieren un interés práctico para la vida de los pueblos sólo con ocasión de una crisis o transformación valorativa. Esa aguda observación del pensador germano-norteamericano me sedujo por su profundidad. Efectivamente, es cuando el sistema jurídico entra en crisis, cuando las instituciones que lo componen son objeto de una revisión total, cuando los valores que lo fundamentan parecen tambalearse, que se siente la necesidad de mirar por encima del caos y buscar fundamento para un nuevo orden,

en la idea de un sistema jurídico perfecto, estable y universal. De ahí que se acuda entonces al viejo concepto del Derecho Natural, sea por convicción, sea para disfrazar la ideología particular que se pretende llevar adelante, con la majestuosidad e infalibilidad que le ha de dar el que sea considerada como expresión directa y pura del "verdadero Derecho".

Esa circunstancia bien puede explicar el hecho de que las apelaciones a la justicia, las invocaciones a un nuevo orden en mayor concordancia con la naturaleza humana, en suma, las referencias directas o encubiertas al Derecho Natural, sean tan frecuentes en las épocas revolucionarias.

Dicha afirmación de carácter general parece, sin embargo, encontrar poca confirmación en las tres primeras décadas del siglo XIX en lo que se refiere a Costa Rica. Las menciones o referencias al Derecho Natural son más bien escasas, con anterioridad a la Constituyente de 1823-1825.

En 1813 hay una comunicación del Ayuntamiento de Valle Hermoso (San José) a las Cortes de Cádiz, en que se habla de "no consentir en cosa que perjudique nuestros vecindarios o nos degrade de los derechos que la naturaleza y leyes nos conceden" (38).

Con ocasión de la Independencia, el mismo Ayuntamiento levantó un acta en que se dice:

"1^º—Que habiéndose proclamado y jurado la absoluta independencia del Gobierno Español... se ha roto y cancelado el *pacto social fundamental* que ataba y constituía a los pueblos de esta provincia bajo la tutela de las autoridades establecidas en Guatemala y León.

"2^º—Que en tal estado, por un *orden natural*, han quedado disueltas en el Reino, las partes del Estado anteriormente constituido y restituidos todos y cada uno de los pueblos a su *estado natural de libertad e independencia* y al uso de los primitivos derechos.

(38) Lascaris, op. cit., p. 33.

"Que, por consiguiente los pueblos deben formar por sí mismos el pacto social bajo el cual se hayan de atar en nueva forma de gobierno" (39).

Esos documentos y el nombre escogido para la primera constitución, Pacto Social Fundamental Interino, denotan una clara influencia del iusnaturalismo racionalista que privaba en la mayoría de los hombres de la Independencia latinoamericana.

Pero, los tres años siguientes, pese a ser fértiles en documentos constitucionales, proclamas cívicas y pronunciamientos sobre el sistema de gobierno, carecen de toda referencia al Derecho Natural, cualesquiera que sea el criterio con que se le enfoque. Y, pese al importante número de sacerdotes que participan en los Ayuntamientos, Juntas Gubernativas o de Legados, no aparecen por ninguna parte las referencias al iusnaturalismo cristiano.

En 1824, la situación cambia de un momento a otro. En el "Manifiesto de la Junta Gubernativa a los Costarricenses" para anunciar la reunión del Congreso Constituyente, con fecha 26 de Junio de 1824, se dice:

"El sistema democrático que hemos adoptado es, en concepto de todos los políticos, el más perfecto y seguro hacia sus fines; sus leyes son emanaciones de los mismos pueblos; sus funcionarios electos por los mismos, sus individuos iguales y libres; por la virtud sola se distingue al hombre; conforme a la ley natural y los más sanos principios, una masa, la más uniforme de los intereses particulares, forma el general objeto del gobierno; una conformidad de opiniones particulares, fundadas en aquellas y guiadas por los mismos principios, forma la general que sirve de norte al gobierno y da cimiento al edificio político" (40).

Acto seguido nos encontramos con el propio Congreso Constituyente y la formulación en él de los artículos 7, 8 y 9 y sus claras definiciones de las tesis iusnaturalistas ra-

(39) Ibid, p. 39, nota al pie.

(40) DOCUMENTOS HISTORIA POSTERIORES A LA INDEPENDENCIA. Imprenta Nacional, tomo I, et. 1923, p. 225.

cionalista y cristiana, novedosa en relación con los documentos constitucionales anteriores.

Eso obliga necesariamente a buscar los doctrinarios iusnaturalistas no entre los hombres que han figurado desde 1821 a 1824 en los puestos de mando del incipiente estado costarricense sino en personas que sólo en ese año comienzan a participar en forma destacada en los asuntos públicos.

En forma curiosa y coincidente, entre los diputados elegidos para formar el Congreso Constituyente, hay dos hombres que, por su reciente incorporación a la sociedad costarricense, merecen que don Ricardo Fernández Guardia los llame "forasteros" (41). Son don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal y don Víctor de la Guardia, que pese a su reciente ingreso al país, parecen haber sido designadores para formar parte del Congreso por su sólida formación cultural.

De los once representantes que integraron el Congreso de 1824-1825, cuatro eran sacerdotes: los presbíteros Félix Romero, Manuel Alvarado, Joaquín Flores y Nicolás Carrillo; tres eran abogados, los Licenciados Manuel Aguilar, Agustín Gutiérrez y Víctor de la Guardia; y cuatro, ciudadanos que no poseían títulos académicos: don José Santos Lombardo, don Gordiano Paniagua, don Manuel Fernández y don Manuel Alvarado. Los Suplentes eran el presbítero don Juan Manuel Carazo y los ciudadanos don Mateo Montero, don Anselmo González y don Antonio Reyes (42). De ellos, los cuatro presbíteros y don José Santos Lombardo, habían ocupado posiciones destacadas en las juntas de los años anteriores, por lo cual entran en el grupo que debe destacarse. Don Manuel Aguilar había regresado reciente-

(41) En HISTORIA DE COSTA RICA. LA INDEPENDENCIA. Editorial Lehmann, 1941, p. 149.

(42) La enumeración aparece en "El Sufragio en Costa Rica ante la Historia y la Legislación" de Cleto González Víquez, OBRAS HISTORICAS, Tomo I, Editorial Universitaria, San José, 1958, p. 21-22. Es de advertir con respecto al cuarto suplente, don Antonio Reyes, que Fernández Guardia, op. cit., p. 148, afirma que no se eligió a nadie para ese cargo. El acta de la Junta Electoral de Partido, que se conserva en los Archivos Nacionales le da la razón a don Cleto.

mente al país, llamado por la Junta Superior Gubernativa de ese año, quien declaró que el congreso constituyente "no podía desempeñar sus funciones con la regularidad, solidez y acierto que corresponde a los grandes fines de establecer una sabia administración que afiance la libertad, seguridad y prosperidad del Estado, sin el auxilio, dirección y consejo de discretos jurisconsultos de que carece la provincia", y obtuvo para ese propósito los servicios del Lic. Aguilar quien vivía en León para asesor general del Gobierno, y los de don Simeón Guerrero de Arcos, como juez letrado y editor de guerra (43). El Lic. Aguilar llegó en 1837 a servir el cargo de Jefe de Estado.

Pero, las figuras que tienen mayor interés, por su formación académica, son don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal y don Víctor de la Guardia. De distinto origen, guatemalteco el primero y colombiano el segundo (hoy diríamos panameño), habían llegado a Guanacaste en 1822 y 1823 respectivamente, huyendo de la anarquía en que estaba sumida Nicaragua, y de ahí pasaron en 1824 a la Meseta Central.

Don Agustín nació en Guatemala, en 1769. De ahí se trasladó a León, ciudad de su esposa, en que residió desde 1803 hasta 1822, y donde le tocó formar parte de la Diputación Provincial y firmar la famosa acta del 28 de setiembre de 1821, en que se declaró "la independencia del Gobierno español hasta tanto se aclaren los nublados del día". Las luchas civiles nicaragüenses lo hicieron trasladarse en 1822 a Nicoya, donde tenía propiedades, y en 1824 fijó su residencia en Cartago. Pocos meses después fue electo miembro de la Asamblea Constituyente (44).

Don Víctor de la Guardia nació en 1722 en la ciudad de Panamá. Sus servicios a la Corona Española hicieron

(43) Fernández Guardia, op. cit., p. 140-141.

(44) Esos datos aparecen en un documento en borrador dejado por don Manuel de Jesús Jiménez, copia del cual me fue suministrada por don Rafael Obregón Loría. El original de dicho documento, propiedad del Ing. Hernán Gutiérrez Braun, al decir de éste, se extravió entre los papeles de Monseñor Víctor Sanabria y Martínez, a su muerte.

que se le otorgara la condecoración de "Intendente de Provincia" y se le mandó dar colocación en el Reino de Guatemala. Le sorprendió la independencia en Granada, Nicaragua, y el Ayuntamiento de esa ciudad le nombró Diputado al Congreso Mexicano, cargo que no llegó a servir, pues permaneció en Nicaragua, si bien Iturbide lo hizo "Oidor Honorario de la Audiencia de Guatemala". Sirvió por un tiempo en la Junta de Gobierno de Granada, pero se enemistó con el Jefe Militar y verdadero gobernante de la ciudad, don Manuel Antonio de la Cerda, por lo cual, a principios de 1823 se trasladó a Costa Rica, instalándose en la Hacienda Catalina, cerca de Bagaces. Al recibir noticia de haber sido nombrado Diputado al Congreso Constituyente, se trasladó a San José para servir el cargo (45).

Si bien existe entre ambos coincidencia en cuanto a su ingreso a Costa Rica y el inicio de su participación en la vida pública costarricense, la formación cultural de ambos, que fue reconocida como amplia y sólida, tuvo un trasfondo ideológico diferente. Don Agustín era graduado en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en 1794 (46). Sobre los estudios jurídicos en dicha Universidad en aquella época nos dice don José Cecilio del Valle:

"No era la más sabia doctrina ni la de los filósofos de la antigüedad la que formaba nuestro sistema de estudios. El escolasticismo era infelizmente el que regía; el que influyó en las constituciones de nuestra Universidad; el que hizo de esa respetable casa una mansión obscura donde no penetraba la luz, sino cubierta en nieblas que entreteniéndolo a nuestros mayores en sutilezas inútiles les alejaba de las ciencias provechosas" (47).

(45) La fecha de nacimiento la he tomado de Lascaris, op. cit., p. 60. Los otros datos constan en distintas comunicaciones dirigidas por don Víctor a la Junta Gubernativa de Costa Rica, que se encuentran en los Archivos Nacionales, entre ellas, N^o 886 de 16 de enero de 1822, N^o 358 de 6 de julio de 1822, N^o 161 de 7 de agosto de 1822, expediente N^o 884, folio 9, N^o 651 de 31 de enero de 1823 y N^o 668 de 27 de enero de 1823.

(46) "Lista de Abogados por orden de Recibimiento en la Real Audiencia" publicada como apéndice de LA ABOGACIA EN GUATEMALA. Época Colonial. Tesis de Grado de Adolfo Rolando Tejeda Padilla, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 62.

(47) Citado por Tejeda Padilla, op. cit., p. 56.

Esa formación dentro de la escolástica se refleja claramente en el principal de sus escritos, el prólogo a su PRONTUARIO DE DERECHO PRACTICO POR ORDEN ALFABETICO, que publicó en 1834, y que tiene el mérito de ser la primera obra de derecho publicada en Costa Rica. Dice en dicho prólogo:

"Todos deben saber la Ley y el que la ignora, siempre es juzgado por ella, porque es un precepto de la misma Ley que a nadie le excuse la ignorancia de derecho; precepto a la verdad duro e imposible de practicarse, pues no estando al alcance de todos el estudio de las Leyes, que necesita un tiempo dilatado y exclusivo, no podrá ser que todos estén impuestos en ella; pero como por otra parte el hombre reunido en sociedad debe ser reglamentado por los principios que dicta la justicia civil, y esta comprende el arreglo de las operaciones externas a la Ley, tan luego, como el mismo hombre convino en asociarse, se sugetó a nivelar sus operaciones y reglamentarlas de modo que pudiese cumplir con los preceptos del derecho que previenen vivir honestamente, dar a cada uno lo que es suyo y no dañar a otro.

"Es verdad que los preceptos sobredichos son emanados del derecho natural, y que siendo éste gravado por el mismo Autor de la Naturaleza en el corazón del hombre, hai esta guía que produce lo que se llama buen sentido, que es el que comúnmente dirige a los que no han estudiado el derecho; más como este comprende infinidad de casos que aunque derivados de aquellos tres principios el enlace de cosas, su inmensa diversidad, la mezcla de unas y otras materias, el más o menos con que se presentan, todos estos antecedentes forman un cuerpo infinito que sólo puede estar a la comprensión de un profundo y continuado estudio. Con todo esto la Ley obliga y no hai excusa para su ignorancia" (48).

(48) El título completo es "PRONTUARIO DE DERECHO PRACTICO POR ORDEN ALFABETICO. Contiene la resolución de los casos que comúnmente ocurren con arreglo a las leyes vigentes y trámites comunes, de los juicios civiles, criminales y militar, con las notas correspondientes de las del Estado de Costa Rica". Imprenta La Concordia, San José, 1834. El autor se identifica como "Un Abogado Centro-Americano", pero su identidad es bien conocida como puede verse en INDICE BIBLIOGRAFICO DE COSTA RICA, Luis Dobles Segreda, tomo VII, "Política y Derecho desde 1831 hasta 1921"; Librería e Imprenta Lehmann & Cia., 1935, San José. En igual sentido, Carlos Meléndez: DON RAFAEL MOYA. Esbozo de una biografía, Imprenta Nacional, San José 1964, p. 7.

Èse prólogo posee un fundamento claro en el pensamiento de Santo Tomás. Ciertamente es que los tres principios de vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo, fueron enunciados por Ulpiano y tomados de él por las Institutas de Justiniano, como bien lo sabe cualquier estudiante de Derecho Romano. Pero, mientras el jurisconsulto de la época clásica de Roma los consideró como principios de todo el Derecho (49), son los autores posteriores y dentro de ellos, los de la Escuela Cristiana, quienes los erigen en principios del Derecho Natural. Pero hay aún más, la mención de que los preceptos del Derecho Natural se encuentran grabados en el corazón de los hombres, traza sus orígenes a una célebre expresión de San Pablo, quien dice en la Epístola a los Romanos:

"Puesto que los gentiles no tienen ley, es natural que haciendo lo que es de ley, aunque ellos no tengan ley, son ley para sí mismos. Mostrando la obra de la ley escrita en sus corazones, dando testimonio para ellos sus conciencias y acusándose y defendiéndose recíprocamente entre sí por sus pensamientos" (50).

Dicho párrafo fue tomado por los autores de la Escuela Cristiana y utilizado por ellos para incluir dentro de la doctrina de la Iglesia la concepción iusnaturalista de los filósofos griegos que les había llegado a través de las obras de Cicerón (51). Santo Tomás, al definir las tres clases de Ley (Eterna, Natural y Humana) toma dicho párrafo como base de su fundamentación para contestar en forma

(49) LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Libro I, Título I, 3. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1961. Versión Española de F. Hernández-Tejero Jorge.

(50) Romanos II, 14 y 15.

(51) Sobre la importancia que la tesis paulina tiene para el Derecho Natural de la Escuela Cristiana, véanse: Recaséns, Luis: LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE FRANCISCO SUAREZ. Con un Estudio Previo sobre sus Antecedentes en la Patrística y la Escolástica, op. cit., p. 15-21 Verross, Alfred: LA FILOSOFIA DEL DERECHO DEL MUNDO OCCIDENTAL. Visión Panorámica de sus Fundamentos y Principales Problemas. Traducción de Mario de la Cueva; Centro de Estudios Filosóficos; Universidad Nacional Autónoma de México, 1962. p. 91-94.

afirmativa la pregunta de si existe o no un Derecho Natural (52).

Mientras don Agustín Gutiérrez revela así ser el producto directo de la Universidad colonial, don Víctor de la Guardia es el prototipo del criollo americano culto de la época de la Independencia, lleno de las doctrinas y teorías formuladas por los autores franceses del siglo XVIII. Lascares lo considera, junto con Rafael Francisco Osejo, como el más sólido exponente de la ideología liberal de la época (53). En varios de sus escritos revela un conocimiento amplio de los teóricos de la filosofía política del siglo XVIII, así como una firme convicción iusnaturalista de corte racional. Por ejemplo, en la comunicación que envía a la Junta de Gobierno de Costa Rica el 2 de Octubre de 1823, habla de "la libertad civil y natural... de los habitantes de la Provincia y agrega:

"Estos preciosos objetos que llaman el celo del gobierno, creo que merecen una previa y madura discusión en términos políticos y conforme a los principios del derecho natural, del derecho patrio y del de gentes... Parece que Costa Rica goza hasta el día, por el derecho del post liminium, la libertad que recuperó en la independencia, es decir, la que le concedió Dios y la Naturaleza y ésta conservará su plenitud mientras no se someta con pacto de unión a otra sociedad" (54).

En una queja contra el Alcalde de Bagaces que envía a la Junta el 24 de abril de 1824, dice:

"Yo no he visto lo que se ha decretado en el sistema de gobierno, pero estoy instruido que desde los tiempos más remotos se ha adoptado método en todas las

(52) SUMMA THEOLOGICA. Parte I de la Segunda Parte, Questio 91, artículos 2 y 3.

(53) Op. cit., p. 60.

(54) DOCUMENTOS, op. cit., p. 155-156.

naciones cultas, respetando los sagrados derechos de los hombres, y se ha honrado el mérito y la virtud, siendo inviolables las personas que no aparecen delincuentes delante de la ley, conforme a un principio de derecho público" (55).

Es indudable sin embargo, que el documento de mayor importancia filosófica que deja don Víctor de la Guardia es su mensaje a sus compañeros de Congreso Constituyente, planteándoles sus ideas en materia de Gobierno (56). Es en él donde más clara aparece su convicción de que existe un orden natural, inmutable y preciso de las relaciones humanas, dado que señala como tarea necesaria hacer conciencia

"... ilustrando la conciencia pública sobre las leyes de la naturaleza y manifestando a los hombres, aquel orden inmutable y preciso de las relaciones morales que los enlazan por sus necesidades; circunstancia necesaria, en sentir de Filangieri, para el establecimiento de un gobierno" (57).

Filangieri, al decir de Raúl Cardiel Reyes, era un discípulo de Montesquieu tan conocido como su maestro en el siglo XVIII (58).

Agrega don Víctor en sus Apuntaciones:

"Debe estudiarse el clima del país, las inclinaciones dominantes de sus habitantes, las industrias y filamentos de que son capaces conforme al sistema, por medio de un plan organizado, como aconseja Aristóteles" (58).

(55) Ibid, p. 212-215.

(56) "Don Víctor de la Guardia a los Diputados al Congreso. El Diputado De La Guardia anticipa a sus compañeros, los dignos representantes al Congreso Constituyente del Estado de Costa Rica, las Apuntaciones siguientes". Documentos, op. cit., p. 239-244.

(57) Ibid, p. 240.

(58) Raúl Cardiel Reyes: LOS FILOSOFOS MODERNOS EN LA INDEPENDENCIA LATINOAMERICANA. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 38.

Ese párrafo parece estar fundado en el Libro XVII de "El Espíritu de las Leyes" de Montesquieu.

Más adelante afirma:

"La religión, la moral y el derecho son las tres partes esenciales de la legislación. Con la primera enseña la ley al ciudadano a tributar a Dios la adoración patri que se le debe y a vivir honestamente. Con la segunda se le inspiran máximas de virtud, para que no dañe a sus semejantes y con el tercero se le prescribe el orden de dar a cada uno lo que le pertenece.

"Con estos tres objetos debe abrazarse de un golpe de ojos *las tres bases esenciales de todo gobierno, fundadas en la ley natural, a saber: la propiedad, la seguridad y la libertad de todo individuo*, teniendo presente que, conforme a un principio de derecho público el hombre es inviolable mientras no aparece delincuente delante de la ley."

"Por derecho de propiedad entiendo aquella prerrogativa concedida al hombre por el Autor de la Naturaleza, de ser dueño de su persona, de su talento y de los frutos que logre por su trabajo. Por derecho a la libertad entiendo la facultad de usar como uno quiera de los bienes adquiridos y de hacer todo aquello que no vulnere la propiedad, la libertad y la seguridad de los demás hombres; y por el derecho de seguridad entiendo que no puede haber autoridad ni fuerza alguna que oprima al hombre y que éste jamás puede ser víctima del capricho, del rencor o la malicia del que manda."

"Estas son nociones inmutables, deducidas de una sana lógica" (60).

Las tres bases esenciales del Gobierno son las dadas por el artículo segundo de la Declaración de los Derechos

(59) Documentos, p. 240.

(60) Ibid, p. 240-241.

del Hombre y del Ciudadano, al que suprime únicamente "la resistencia a la opresión". Los tres principios indicados aparecen desarrollados en los artículos 2, 3 y 4 de la Constitución costarricense de 1825, en forma mucho más amplia de la utilizada por los otros Estados Centroamericanos que se limitan a enunciar ese principio en forma esquemática (61). Bueno es además notar, porque revela la influencia del pensamiento de don Víctor sobre sus compañeros, que en un mensaje dirigido por el Congreso Constituyente al país, con motivo de su instalación, se dice:

"Vuestros derechos serán afianzados sobre los principios eternos e imprescindibles de libertad, igualdad, seguridad y propiedad" (62).

Volviendo a las Apuntaciones, continua diciendo en ellas don Víctor:

"Deben las leyes motivarse, porque todos los miembros de la sociedad a quienes perjudican o aprovechan, y que renuncian a la libertad natural y absoluta de no

(61) Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, y la seguridad y la resistencia a la opresión". Artículo 20 de la Constitución de Guatemala de 11 de octubre de 1825: "Los derechos del hombre en sociedad son la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad". Artículo 9º de la Constitución de Honduras de 11 de diciembre de 1825: "El Estado protege con leyes sabias y justas, la libertad, la propiedad y la igualdad". La Constitución de El Salvador, de 12 de julio de 1824, comienza el artículo 9º, así: "Si la República y el Estado protegen con leyes sabias y justas, la libertad, la propiedad y la igualdad de todos los Salvadoreños, estos deben:..." Las Bases Constitucionales de 1824 hablan en su artículo primero de que la Constitución "afianza los derechos del hombre y del ciudadano, sobre los principios eternos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad". Compárense dichas menciones con los textos costarricenses: "Art. 2º Es libre individualmente y tiene derecho de poner en ejercicio toda sus facultades, perteneciéndole por tanto la libertad de pensamiento, la de la palabra y la de la Escritura; el derecho de petición de palabra o por escrito; el de reunirse pacíficamente con objeto de algún placer honesto, discusión política, o examen de la conducta de los funcionarios, y el de cargar sus armas sin más regla en todo que la justicia, sin más límites que los derechos de sus semejantes, y sin más miramiento que las Leyes. Art. 3º Su seguridad individual es garantizada por el Estado que la pone a cubierto de todo atentado con Leyes represivas. Art. 4º Sus propiedades son inviolables; pero el Estado puede exigir el Sacrificio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado, indemnizándola previamente".

(62) COLECCION DE LOS DECRETOS Y ORDENES QUE HA EXPEDIDO LA LEGISLATURA DEL ESTADO. Desde el día 6 del mes de Setiembre de 1824 hasta el 29 de Diciembre de 1826. II Edición Oficial, Imprenta Nacional, 1886, p. 5.

hacer lo que se hace o hacer lo que no se hace, para limitarla a los preceptos de la ley, tienen derecho a saber los motivos que indujo a promulgarlas; y satisfechos de su conveniencia las obedecen con respeto y no se da lugar a los apóstrofes con que inútilmente han declamado los filósofos contra el servilismo de muchos jurisconsultos arbitrarios que concedieron a los príncipes o legisladores la facultad tiránica de imponer leyes a los pueblos, de motu proprio, sin manifestar las causas que las motiva, apoyados en el derecho del más fuerte, como si los hombres fuesen manadas de ovejas" (63).

y en los párrafos finales, nos dice:

"Pero así como deben las leyes sostener y proteger los sagrados derechos de la sociedad que son imprescriptibles, porque emanan de la ley eterna, inmutable, así como deben los empleados públicos respetar estos derechos en cada uno de los miembros del Estado, así también debe todo ciudadano, por ministerio de la ley, respetar y obedecer la autoridad que aquéllos reciben de ésta, porque es beneficio de la sociedad, la honra que ésta hace a sus autoridades, y si éstas pierden la corrección y el ascendiente sobre el pueblo, inmediatamente se acabó el gobierno" (64).

No existe entre los hombres de la Independencia quien haya dejado páginas de mayor profundidad y claridad que las Apuntaciones que parcialmente quedan transcritas. Se dan en su creador las dotes de una experiencia anterior en materia de gobierno y un profundo conocimiento teórico de las ideas de avanzada en la época, la conjunción más poderosa posible, pese a lo cual fue uno de los

(63) DOCUMENTOS, tomo I citado, p. 242.

(64) *Ibidi*, p. 243.

diputados electos que se designara por menor número de votos (65).

El respeto a los mayores conocimientos de los dos "forasteros" lo revela el hecho de que, al iniciar sus labores, el Congreso Constituyente, eligió un Directorio formado por el Lic. Gutiérrez Lizaurzábal como Presidente, el Lic. De La Guardia como Vice-Presidente, el Lic. don Manuel Aguilar como Primer Secretario y don José Santos Lombardo, como Segundo Secretario (66). Al integrar las comisiones en que se dividió el Congreso, dado su doble carácter de constituyente estatal y órgano legislativo, la división se hizo en la forma siguiente:

"Comisión de Constitución y Legislación: Ciudadano Gutiérrez, Ciudadano Lombardo, Ciudadano Aguilar, Ciudadano Romero y Ciudadano Juan Mora.

"Comisión de Hacienda, Guerra y Marina: Cno Alvarado, Cno Flores, Cno Montealegre, Cno Manuel Escalante.

"Comisión de Comercio, Agricultura, Artes y Minería: Cno La Guardia, Cno Alvarado, Prbo Cno Félix Bonilla y Cno Montero.

"Comisión de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública: Cno Carrillo, Cno Paniagua, Cno Fernández y Cno Pedro Zeledón" (67).

La Comisión de Constitución es la que parece haber preparado el proyecto de texto constitucional en su mayor parte. Según consta del Libro de Actas, se presentó primero en octubre de 1824 un dictamen sobre bases fundamentales del régimen de gobierno (artículos 1, 2 y 3) que fue

(65) De acuerdo con las actas de la Junta Electoral de Partido, en sesión de 17 de agosto de 1824, los Constituyentes nombrados recibieron desde 29 votos que tuvo el Lic. Manuel Aguilar, hasta el Presbítero Félix Romero, el Presbítero Joaquín Flores y el Lic. don Víctor De La Guardia, que tuvieron 15.

(66) COLECCION DE DECRETOS, op. cit., p. 1.

(67) Documento N° 13807. Archivos Nacionales. Libro Actas Congreso Constituyente, f. 32.

aprobado en su totalidad; el 10 de enero de 1825 se dio primera lectura al proyecto de Constitución y el 13 de ese mes se le dio segunda lectura, entrándose ese mismo día a discusión detallada y aprobándose los diez primeros artículos. Entre los diputados presentes ese día se encuentra el Lic. Gutiérrez; no así el Lic. De La Guardia. Resulta imposible, sin embargo, saber cuáles fueron las discusiones presentadas en relación con los artículos objetos de este estudio, dado que el Libro de Actas del Congreso no las incluyó. De manera que en este punto debe declararse agotada la investigación (68).

5.—PROYECCIONES:

Los movimientos ideológicos y su reflejo en las normas jurídicas creadas durante el período de su influencia, no desaparecen de una vez por todas, en forma súbita o rotunda, al igual que aparece la palabra "Fin" en las obras cinematográficas o cae el telón en las teatrales. Se forman de manera gradual, a medida que los hombres de una determinada ideología van adquiriendo predominio en las posiciones determinantes de la dirección de una sociedad, y desaparecen también gradualmente, a medida que ellos son sustituidos por hombres de otra ideología o generación.

No es pues de extrañar que la convergencia de ius-naturalismos que se operó en la Constitución de 1825 haya tenido proyecciones sobre las Cartas Fundamentales posteriores.

El derecho a la resistencia y el principio de que la ley injusta no es ley, reaparecieron en la Carta Fundamental de 9 de abril de 1844, con algunas variaciones sobre el texto original, en los siguientes artículos:

"Art. 3.—Siempre que el Gobierno, cualquiera que sea su forma, no llene el objeto de su institución, mante-

(68) Ibid, f. 34, 90, 105, 106.

niendo, la paz pública por la observación de las leyes justas, el pueblo del Estado tiene un derecho incuestionable, previos los reclamos que establezca el derecho de petición, para alterarle en todo o en parte, o abolirlo o instituir otro, según crea que mejor conviene a su seguridad y felicidad".

"Art. 5.—Toda determinación, sea en forma de ley, decreto, providencia o sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si atacan algunos de los derechos naturales del hombre o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental, es por el mismo hecho nula y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla".

"Art. 29.—La resistencia moral a la opresión es un consiguiente a los derechos del hombre y del ciudadano, y uno de sus más interesantes deberes".

Es significativo que esa reafirmación de los principios iusnaturalistas de 1825 se produzca después de la época azarosa que comprende la dictadura de Carrillo, su derrocamiento, el intento de Morazán de usar a Costa Rica como trampolín para restaurar la República Federal de Centro América y el levantamiento popular que puso fin al corto gobierno del caudillo unionista. Confirma la tesis de Bodenheimer, ya mencionada, de que siempre que fallan las instituciones políticas y se atraviesa un período de crisis de gobierno y de sistema jurídico, sienten las sociedades humanas necesidad de volver los ojos hacia el Derecho Natural.

Ese hecho se confirma, con sólo darse cuenta de que en la Constitución que siguió a la del 44, la tesis de que la ley injusta no es ley desapareció y el derecho de resistencia quedó reducido a los términos siguientes:

"Art. 3.—Cuando el Gobierno infrinja públicamente las leyes, causando males de consideración al Estado o a sus habitantes, o cuando abandone el cumplimiento de sus deberes, entonces el pueblo y cada uno de sus habitantes, tienen derecho de hacerlo presente directamente al Poder Legislativo".

Esa debilitada versión desapareció en las reformas introducidas a la Constitución, el 30 de noviembre de 1848, al declararse la separación oficial de Costa Rica de la Federación Centroamericana y transformarse en república independiente.

Ahí termina la vigencia de los derechos objeto del presente estudio. La historia de su efectividad es aún más corta, dado que no hay mención de que ninguno de ellos hubiera siquiera sido mencionado en documentos oficiales o en presentaciones de ciudadanos ante los Poderes Públicos. Esa es tal vez la explicación más plausible para el hecho de que los artículos constitucionales mencionados no hayan sido objeto hasta la fecha de ningún estudio.

Su desaparición, a mediados del siglo XIX, encierra todavía una significación de mayor importancia, dado que coincide con la época en que el liberalismo de la primera época de la vida independiente de Costa Rica inicia su transformación y comienza a adquirir el tinte positivista que va a caracterizarlo en la segunda mitad del siglo XIX.

San José, agosto, 1965.

LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVIL DE ACREEDORES

(Observaciones críticas)

WALTER ANTILLON
Suplente de Teoría del Estado,
Facultad de Derecho

Este escrito fue concebido y elaborado más o menos en la forma en que hoy se presenta al tiempo de finalizar el curso lectivo de la Universidad de Roma 1963-1964, e inicialmente tuve el propósito de ofrecerlo al profesor Gian Antonio Micheli, catedrático de Derecho de Quiebra de aquella Casa, para corresponder modestamente a las muchas enseñanzas, sugerencias y estímulos que de él recibí durante el citado curso. Sin embargo este trabajo no llegó a sus manos porque, además de las muchas flaquezas que fui notándole a medida que tomaba forma definida, encontré que tenía un vicio básico, insalvable, y era el de haber sido gestado en el momento en que se esperaba la promulgación del nuevo Código de Comercio de Costa Rica; y esa circunstancia, que al principio solamente fue dilatoria, determinó a la larga que el escrito en cuestión nunca recibiera una redacción definitiva, y que permaneciera en estado de "borrador" en espera de los informes detallados acerca de los concretos términos en que vendría encuadrada la disciplina de la quiebra en particular y, en general, el conjunto de las instituciones jurídicas mercantiles de nuestra Patria.

Y no es que el presente estudio verse concretamente sobre la quiebra, como de otra parte puede apreciarse de su título, alusivo a instituciones civiles; lo que sucede es que éstas añejas instituciones, objeto de mi examen crítico, requerían, a juicio mío, una confrontación con los principios

que sostienen las modernas doctrinas, y no existe actualmente ninguna doctrina acerca de la insolvencia y el concurso civiles, dado que éstos han desaparecido de los ordenamientos jurídicos más representativos de Europa; y por ello no había más camino que hacer la confrontación con la doctrina jurídica (predominantemente italiana, dado que yo me encontraba en Italia) formada alrededor de la quiebra. Debido a lo cual se impuso lógicamente una espera que debió prolongarse hasta mi regreso, en que finalmente entré en contacto con el nuevo Código de Comercio.

Pero fue, a fin de cuentas, una pausa inútil —o casi—, ya que al cabo vine a la desalentadora conclusión de que muy poco era lo que debía modificar o tomar en cuenta respecto a mi escrito, para ponerlo en línea con las "nuevas" disposiciones, por no ser éstas —al menos en la parte para mí aprovechable— en manera alguna novedosas.

San José, febrero de 1965.

I.—VITALIDAD DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES CIVILES

Como suele suceder con ciertas personas afortunadas, se diría que sobre el concurso y la insolvencia civiles no pasan los años, dado que no obstante haber visto la luz, formando parte de los Códigos civil y procesal civil, al nacer el año 1888, se mantienen a esta fecha con la misma estructura y contenido con que fueron entonces concebidos, sin que se acuse en nuestro ambiente jurídico ninguna traza de querer modificarlos, sustituirlos, o derechamente derogarlos.

Pero, ¿qué razón existe que sugiera la conveniencia de postular esos cambios o esa derogatoria? ¿Se hace ello necesario en vista de que tales instituciones no cumplen ya su función dentro del ordenamiento, o se trata tan sólo de

desfogar un mero deseo de destruir, o de ensayar cosas nuevas? Porque la sola antigüedad de aquéllos no implica necesariamente su decrepitud; antes bien, hasta podría argumentarse que la circunstancia de haber permanecido hasta ahora inmutadas fuera, al contrario, índice del beneplácito de que gozan entre nosotros.

De modo que los argumentos en pro o en contra no pueden recabarse de manera simplista y superficial de aquella escueta circunstancia, sino de un criterio formado en el estudio de las normas que regulan las instituciones de marras, de los fines que con las mismas se trató de alcanzar, y de una consideración acerca de los datos concretos relativos a los resultados, favorables o desfavorables, efectivamente conseguidos. Solo después de dar cabo a semejante tarea sería lícito derivar juicios serios sobre el tema que nos ocupa; y precisamente un estudio tentativamente orientado hacia ese cometido es lo que me he propuesto emprender aquí, advirtiendo desde ahora que, por ese objetivo en cierto modo "especializado" que buscamos, no debe esperarse de este trabajo un planteamiento sistemático de la disciplina de quo; ni siquiera me será permitido detenerme en el análisis exhaustivo de ciertos temas apasionantes de la materia concursal, tales entre otros la naturaleza misma de la quiebra, la noción de proceso concursal y la naturaleza de la sentencia declarativa de la quiebra, que de todas maneras han sido magistralmente tratados por la doctrina italiana, especialmente por el propio Profesor Micheli (1).

(1) Conf. de este autor: "Il proceso di fallimento nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti", Giuffré, Milano, 1961 (aparecerá una versión mía bajo el título "El proceso de quiebra en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos" en el Número 6 de la Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica); "Profilo della sentenza dichiarativa di fallimento", Cedam, Padova, 1963; y "Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento", Giuffré, Milano, 1962. Una bibliografía extensa sobre estos problemas puede encontrarse sobre todo en el primero de los mencionados escritos de MICHELI, así como también en RENZO PROVINCIALI: "Manuale di diritto fallimentare", Giuffré, Milano, 1955 (hay versión española de UTHEA, México).

II.—APUNTE HISTORICO ACERCA DE LOS INSTITUTOS CONCURSALES EN COSTA RICA

Nuestro primer legislador, a decir verdad, no se cuidó o se cuidó apenas de regular la actividad de los comerciantes; el Código General de 1841 no contiene, en efecto, un sistema exclusivo de reglas a ellos aplicables, (2) tal y como se estilaba desde muchos años atrás en España y Francia, países que sirvieron de modelo legislativo a dicho Cuerpo (3). Solamente aparecían en el Código de Carrillo algunas normas destinadas a la disciplina del concurso común, que parecen inspiradas en la "Novísima" Recopilación española de 1805. 184

Pasado algún tiempo, sin embargo, se hubo de notar la laguna, ya que en 1853 durante la Presidencia de don Juanito Mora se adoptó el Código de Comercio de España para que, con algunas modificaciones (4) rigiera entre nosotros; y no nos detuvimos allí, sino que además ese mismo año se creyó necesario promulgar una "Ley de enjuiciamiento para negocios y causas mercantiles" (5), donde se regulaba el procedimiento de la quiebra conforme al modelo español (6). Carezco en este momento de toda posibilidad de acceso a las fuentes, siquiera bibliográficas, que me permitirían hacer aunque fuera conjeturas plausibles acerca de los motivos de política legislativa que operaron entonces, induciendo al Gobierno de la época a emprender esa violenta proliferación mercantilista, en franco contraste con la

(2) Código General, Wynkoop, Hallenbeck & Thomas, New York, 1858.

(3) Conf. BRENES CORDOBA: "Historia del Derecho", Tipografía Lehmann, San José, 1913; págs. 315 y 55.

(4) Código de Comercio español reformado por comisión del Supremo Gobierno de Costa Rica para servir al comercio de la República. Librería Garnier Hermanos, París, 1850.

(5) Ley de enjuiciamiento para negocios y causas de comercio. Imprenta de La Paz, San José, 1853.

(6) Conf. la Ley de enjuiciamiento en negocios de comercio que forma parte del Apéndice del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de JOAQUIN ESCRICHE; Eugénio Maillfert & Compañía, París, 1868. La referida Ley fue promulgada en el año 1830.

actitud del Legislador de 1841. ¿Se trató de un florecimiento de nuestro comercio, fuente de una apreciable serie de relaciones jurídicas que apremiaban las adecuadas soluciones? El tema es interesante para el historiador y tal vez para el sociólogo; desgraciadamente yo me encuentro reducido a la especulación basada en los pocos datos que puedo disponer en la memoria, y desde esa perspectiva me atrevo a suponer que acaso, a la par de un florecimiento del comercio, de caracteres, en todo caso, no muy acusados, fuera concausa de dicha afortunada iniciativa el hecho de que el propio Presidente Mora se dedicara al comercio en su vida privada. Como quiera que sea, para los efectos de este escrito basta con poner en resalto que los referidos Códigos (materia y rito mercantiles) constituyeron nuestra primera regulación jurídica en lo que atañe a la quiebra.

Posteriormente, en fecha que pronto será centenaria (3 de octubre de 1865) se promulgó una Ley General de Concurso de Acreedores (7), que derogó el Libro IV (de la quiebra) del Código de Comercio, así como las disposiciones del Código de Carrillo en materia de concurso civil, dejando intacta sin embargo la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1853.

Esta nueva Ley de Concurso constituyó un notable progreso, al refundir en sus disposiciones toda la materia concursal, independizándola a su vez de los Códigos en que tradicionalmente estaba —y estuvo, todavía mucho tiempo más— contenida, conforme a la moda de la mayor parte de los países americanos y europeos más importantes —hecha excepción de algunas Leyes de los Territorios alemanes, de entre los cuales interesa destacar el Reino de Prusia, cuya Ley concursal de 1855 contenía toda la materia

(7) Que puede consultarse en el tomo correspondiente de la Colección de Leyes, mismo año.

del concurso, incluyendo el régimen procesal, y que según una autorizada opinión, (8) inspiró nuestra Ley del 65.

Pero lo bueno no dura, y así la Ley de concurso de acreedores tuvo muy corta vida, en aras de las ideas contrarias a la unificación de la materia —y de otras aún más erróneas— que entonces dominaban el ambiente jurídico a que nosotros teníamos más fácil acceso. Efectivamente, en forma que me parece inexcusable, la obra legislativa, de carácter más o menos general, llevada a cabo desde el régimen de don Tomás Guardia hasta la Administración de don Bernardo Soto (hasta 1888, para ser exacto) sacrificó la referida Ley, no obstante que sólo contenía una pequeña parte dedicada al concurso civil, con el propósito, que a mí me parece tan deleznable como evidente, de derogar tan sólo esa parte, para sustituirla por el complejo normativo contenido en los Títulos VII y VIII, Libro Tercero del Código Civil. Y creo que fueron, de hecho, tales Títulos, los que regularon en lo sucesivo y exclusivamente tanto la insolvencia y el concurso civiles como la quiebra durante los trece años siguientes, no obstante el notorio reenvío del artículo 898 del Código Civil a "las disposiciones del Código de Comercio", para lo relativo a "la insolvencia de los comerciantes", porque era vano remitir tal hipótesis a un Código cuyo Libro IV (de la quiebra) había sido formalmente derogado en 1865.

También quedó simultáneamente derogado en esa fecha (1888), por virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código de procedimientos civiles, la ya citada Ley del rito mercantil, con lo que se completó la abolición total de

(8) BONELLI, en su obra "Del fallimento"; Casa editrice Dott. F. Vallardi, Milano, 1923; Tomo I, pág. XI. Pero no obstante la autorizadísima opinión del que es, quizás, el más célebre de los concursualistas italianos, me resisto a admitir que la Ley prusiana haya ejercido una influencia directa sobre nuestro Legislador del 65; a lo sumo éste tomó de aquélla el criterio de unificación. En todo caso la noticia escueta que sobre el asunto suministra BONELLI no permite mayores conjeturas: quede la inquietud para los historiadores de nuestro Derecho.

nuestra legislación sobre quiebra, ya que obviamente el nuevo cuerpo legal citado disciplinó el procedimiento del concurso civil.

Y es a partir de esa fecha que empiezan nuestros problemas, puesto que el vacío institucional dejado en virtud de tales derogatorias en el campo de la quiebra fue colmado solo a medias trece años más tarde, de manera harto deficiente, al promulgarse la nueva Ley de Quiebras de 1901 (9); la cual no fue ya un cuerpo completo y armónico de normas sobre la materia, sino más bien lo que podríamos llamar un conjunto de disposiciones para la aplicación del concurso civil a los comerciantes, que carecía de una estructura interna adecuada, adolecía de una patente inopia de disposiciones (solamente contaba con cincuenta y cinco artículos) y trataba de paliar tales deficiencias apoyándose morosamente en las relativas disposiciones de los Códigos civil y de procedimientos civiles. Y esa Ley de quiebras rigió en Costa Rica por espacio de sesenta y tres años!

Y es en las deficiencias apuntadas de la Ley de 1901, o mejor: es merced a tales deficiencias que se consolidó la supervivencia sucesiva de los institutos materiales e instrumentales sobre concurso civil de que nos venimos ocupando: tales institutos han sido desde entonces la necesaria ortopedia del tullido instituto de la quiebra, y quien hubiera pretendido entonces reformarlos o suprimirlos, se habría tenido que avocar de previo a la tarea nada fácil de elaborar una nueva Ley de quiebras, o completar la existente con nuevas reglas, para así sustituir las normas civiles, materiales y procesales, que le servían de base.

En la actualidad, y pese a lo evidente de las desventajas de aquella situación, que multiplicaba los problemas interpretativos al remitir al abogado, al juez y al estudioso a aquella diversidad, a veces heterogénea, de fuentes nor-

(9) Conf. Código de comercio y otras leyes mercantiles; Lehmann, San José, 1931.

motivas, el Legislador del nuevo Código de Comercio se ha limitado a reproducir la situación criticada, elaborando, en el Libro Cuarto del referido Código, un régimen de quiebras casi tan incompleto como el de la precedente Ley, y que como aquél exige, o mejor: impone, la aplicación "supletoria" del Código civil, y la exclusiva del Código de procedimientos civiles (sub acápite: "Concurso de acreedores"; Título VIII, del Libro Segundo).

Mas me parece que de esa circunstancia, francamente descepcionante, puede extraerse una lección positiva, pues el hecho de que los ordenamientos concursales civiles hayan servido, no solo —y no tanto— para regular los casos de insolvencia y concurso civiles, ciertamente pocos y casi siempre insignificantes, sino también para integrar y vitalizar la disciplina deficitaria de la quiebra, no está a demostrar la posibilidad y la conveniencia de una futura ley integral?

Pero, volviendo a nuestra reseña histórica, ¿qué razón existía para que, maniobrando de retroceso, tornáramos a legislar separadamente para el concurso y la insolvencia civiles de nuevo en 1888, y todo para que el Código civil de esa fecha reprodujera en gran parte las instituciones de la Ley que derogaba, aplicadas ahora al no comerciante? Creo que una explicación satisfactoria del desconcertante fenómeno estriba en hacer notar, también aquí, esa tendencia destructora más o menos inconsciente que precede a toda obra legislativa de gran aliento, como se presentaba la del 88; y también debió contribuir a ello, como factor positivo, la idea imperante entonces de que debía existir una separación nítida entre las legislaciones civil y mercantil, por constituir esta última, en realidad, un estatuto especial, a saber: el de la clase comerciante (del mismo modo que hoy se habla en nuestra América del Derecho del trabajo como un Derecho separado y clasista). Y no es que la Ley del 65 hubiera abolido, en su impulso unificador, el concurso civil: únicamente lo había asimila-

do dentro, de su estructura, dedicándole algunos capítulos específicos que forman el Título IV, pero asimismo sometién-
dolo a los principios generales contenidos en los Títulos I
y II. Y precisamente fueron estos principios generales los
que en su oportunidad pasaron a formar básicamente el Tí-
tulo VII y parte del VIII del Libro Tercero del Código civil
(10).

Pero desde entonces la Ciencia Jurídica continuó evo-
lucionando, y muy pronto fue puesta en entredicho la idea
del Derecho mercantil como un Derecho de Clase, en ob-
sequio de la teoría, entonces en boga, derivada del llama-
do criterio objetivo (o de la naturaleza de los actos)
(11), y que pretendía postular la aplicación del Derecho
comercial ahí donde se formara un cierto tipo de relacio-
nes de determinado contenido, sin atender, para calificarlas,
al carácter de los sujetos que en ellas intervenían. Tal co-
rriente doctrinaria tuvo gran vigencia precisamente durante
las dos primeras décadas de nuestro Siglo, y no fue sino
con la evolución de la gran industria operada en la pri-
mera Postguerra (y especialmente después de la crisis del
año 1932) que con el estudio armónico y coordinado de
una serie de disciplinas jurídicas que recibieron el nombre
comprendido de Derecho de la economía (Wirtschaftsrecht)
(12) se retornó, dentro del ámbito del Derecho privado, a
una perspectiva que en muchos sentidos coincidía con la
del superado Derecho mercantil de Clase (13).

(10) Pero no se busque entre ambos una semejanza de estructura: ésta debió nece-
sariamente variarse, ya que la Ley derogada obedecía a la idea de unificar los
procedimientos concursales, mientras el Código civil se circunscribió en los Tí-
tulos referidos, a la parte sustancial de la insolvencia común.

(11) Conf. CESARE VIVANTE: Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus,
Madrid, 1932; Tomo I, pág. 100 y ss; y Alfredo ROCCO: "Principios de
Derecho mercantil; Editora Nacional, México, 1955; pág. 147 y ss.

(12) Conf. FRANCESCO MESSINEO: "Manual de Der. Civil y comercial"; Ejea,
Argentina, 1958. Vol. I, pág. 63; JULIUS von GIERKE: "Derecho comercial
y de la navegación"; TEA, Argentina, 1957; Tomo I, pág. 13.

(13) Conf. TULLIO ASCARELLI: "Lezioni di dir. commerciale", Giuffrè, Milano,
1955, pág. 109 y ss.

Empero no se trató entonces de un simple retorno a viejas posiciones. La observación de los fenómenos jurídicos provocados con ocasión de las relaciones a que daba lugar el complejo juego de la economía moderna —fenómenos como el de la producción masiva de bienes y servicios; el planteamiento de la gran economía privada; los consorcios; el trabajo organizado colectivamente; etc.—, permitió individualizar un nuevo personaje de las relaciones jurídicas: el empresario, que no era ya el mero comerciante de antaño, sino algo mucho más complicado, por ser también frecuentemente sujeto de relaciones que hasta entonces se consideraron ajenas al ámbito del Derecho mercantil, pero que aparecían coordinadas dentro de un conjunto de actividades de indiscutible finalidad económica. Se trata de la persona (física o jurídica) que organiza los medios adecuados a la producción o cambio de bienes o servicios, mediante actividades que pueden ser ya meramente comerciales, ya agrícolas o industriales, ya de carácter híbrido, operando cada vez más frecuentemente, en escala internacional (14).

El Derecho de la economía tuvo su primera formulación teórica en Alemania, ya antes de la Segunda Guerra Mundial, habiéndose extendido en la actualidad —aunque sin muy precisos contornos, y más bien como expresión comprensiva de un conjunto de disciplinas jurídicas— por el resto de los más importantes países de economía capitalista (15). Y consecuentemente puede afirmarse que igual difusión ha tenido en el campo de la Ciencia Jurídica como en el plano positivo la figura del empresario, entendido como sujeto de relaciones jurídicas de primerísimo orden, tal

(14) FRANCESCO FERRARA Jr.: "Gli imprenditori e le società": Giuffrè, Milano, 1962; págs. 25 y 55; y PAOLO GRECO: "Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile", en el Vol. 77 de las "Atti dell'Accademia di scienze di Torino".

(15) MESSINEO: loc. cit., GIERKE: loc. cit. También constituye una muestra de su difusión la "Rivista di diritto dell'economia" que edita Morano, de Nápoles.

y como puede observarse en el Código civil italiano de 1942, que lo dedica gran parte del Libro Quinto (16). Y asimismo, como era de rigor que sucediera, fue también alrededor de la figura del empresario que se construyó la nueva disciplina concursal en Italia, en sus variadas formas (17).

Frente a esa evolución de la Ciencia Jurídica, determinante de un indudable progreso del ordenamiento positivo de muchos países —progreso, no porque se hayan registrado cambios legislativos más o menos catastróficos, sino en cuanto tales cambios entrañan una serie de certeros remedios para la solución de los problemas que suscita la actividad productivística de nuestra época— nuestro propio ordenamiento permaneció en gran parte insensible, prestando atención a ciertos obvios requerimientos (18), pero pasando de largo frente a lo más valioso de las nuevas doctrinas, a saber: la síntesis jurídica que permite contemplar unitariamente a la luz del Derecho el fenómeno fundamental de la Economía —y uno de los más importantes de la Civilización—: la Producción, sin la cual síntesis la Ciencia del Derecho no puede ofrecer a la sociedad moderna las soluciones adecuadas a sus problemas.

Y ahora que se perfilan ciertos esfuerzos aislados por renovar nuestro ordenamiento, vemos estupefactos que la mayor parte de nuestros juristas continúan moviéndose ufanamente dentro de los cuadros venerables de la legislación de tipo napoleónico —tampoco pasan los años sobre ellos—, sin acusar recibo (siquiera fuera para repudiarlas) de las tendencias modernas.

(16) Traducido y editado en español como Apéndice de la citada obra de MES-SINEO, Volumen I.

(17) El régimen italiano de la quiebra y otras instituciones concursales (Decreto Ley Nº 267 de 16 de marzo de 1942) aparece vertido al español como Apéndice de la obra de SALVATORE SATTA: "Instituciones de Derecho de quiebra"; EJEA, Argentina, 1951.

(18) Me refiero a la legislación laboral, especialmente.

¿Por qué motivo, verbigracia, no aparece netamente perfilada la figura jurídica del empresario en ninguno de los proyectos para la materia mercantil hoy existentes? ¿Qué motivos se han aducido para no hacer caso de esa figura, hoy eje y pivote de uno de los sectores más fecundos del Derecho privado? Ciertamente que la llamada "empresa individual de responsabilidad limitada" constituye por lo menos una novedad, pero yo no me atrevería a augurarle un gran suceso, tal y como está proyectada, en el futuro de las instituciones patrias. Me parece entender que la referida empresa individual delinea la idea de la hacienda mercantil como unidad económica separada, pero atribuyéndole una personalidad jurídica propia cuya base teórica es insostenible y cuyo objetivo no alcanzo a comprender, porque si de lo que se trataba era de proteger una determinada parte del patrimonio del supuesto empresario —en forma tal de evitarle una ruina que repercuta en el ámbito de su familia— el camino obviamente era el que han seguido la mayoría de las legislaciones modernas, que es precisamente el de la organización del patrimonio familiar inalienable, inembargable y en un cierto grado también indisoluble (19). Resumiendo creo que lo que le hace falta a la figura de la empresa individual es esculpirle en la cúspide, con rasgos netos, la figura del empresario, diluyendo en la personalidad jurídica de éste la que se proyecta atribuir autónomamente a aquélla.

Pero el desamparo de nuestra doctrina jurídica resulta particularmente manifiesto en el campo de la quiebra, como hemos tenido ocasión de exponer arriba, en donde se hace más urgente la utilización de la institución del empresario para que aquella pueda extender sus efectos a todo tipo de empresa que organice la producción o el cambio

(19) Conf. GUIDO TEDESCHI: "El régimen patrimonial de la familia"; EJE, Argentina, 1954, pág. 83 y ss; en la doctrina alemana puede verse: Heinrich LEHMANN: "Tratado de Derecho Civil"; Ed. Revista de Der. Privado, Madrid, 1955; Tomo II, pág. 100.

mediante una actividad que ya en manera alguna puede decirse exclusivamente mercantil, ni siquiera altamente industrial, sino que combina en sinnúmero de casos las actividades de más diverso rango y especie a fin de coordinarlas dentro del ciclo integral de la producción y el intercambio.

III.—LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVILES FRENTE A LA QUIEBRA

Desde muchos puntos de vista pueden confrontarse los dos grupos de instituciones y no sería el caso de agotar aquí todas esas perspectivas, sino solamente aquellas que nos permitan sacar en claro ciertas diferencias específicas entre ellas, que puedan servir más adelante como elementos de juicio para el objetivo que este estudio se propone. En ese orden de ideas se justifica que la problemática que al respecto presentaremos sea más bien pobre, es decir, limitada a los temas que adelante se enumeran.

a) Los intereses tutelados:

Es para todos notorio que los procedimientos concursales se caracterizan por la variedad de finalidades que persiguen y la diversidad de medios enderezadas a obtenerlas, todo ello englobado y coordinado dentro de un mismo proceso, todo lo cual aparece a primera vista al estudioso como una verdadera "fronda procesal", al decir de un autor (20), y constituye ciertamente el principal motivo de tropiezo en los muchos esfuerzos de clasificación y esclarecimiento que ha intentado la doctrina de ayer y de hoy (21); y así también particularmente en orden a la disciplina de la insolvencia y el concurso civiles serános lícito primero que todo tratar de individualizar esas diversas y a veces contrapuestas finalidades, que buscan satisfacer otros tantos intereses a través de los medios más variados.

(20) MANUEL DE LA PLAZA: "Derecho Procesal Civil español". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; Vol. II, Segunda Parte, pág. 648.

(21) Ver MICHELI: "Il processo di fallimento . . ." citado.

En primer lugar es evidente que el deudor, tanto en la quiebra como en los procesos civiles de quo, puede eventualmente tener interés en que se declare su propia insolvencia, ya que con ello puede ponerse en grado de evitar las consecuencias atomizadoras derivadas de una multiplicidad de procesos ejecutivos comunes que actúan gravando su patrimonio, para tratar de someter a éste a una disciplina estricta que además le permitirá apreciar cuál es su verdadero estado; y asimismo para tratar de lograr de ese modo, en un momento en que todavía puede ser alagüeño para los acreedores, las ventajas del llamado concordato preventivo extrajudicial o preliminar (22). Obviamente para la actuación de ese interés, concebido a veces como el fundamento de un verdadero derecho de acción a favor del deudor (23), nuestro Código civil permite a éste presentarse al Juez pidiendo su propia insolvencia (artículo 886); pero sin configurar ese acto como una obligación de su parte, para seguidamente derivar de su eventual incumplimiento determinadas consecuencias desventajosas a los intereses de aquél, como sí ocurre en el campo de la quiebra (artículos 853 y 918, inciso a) del Código de Comercio) (24).

Tampoco podría fundadamente negarse el interés del acreedor o acreedores en que se declare la insolvencia, tanto del comerciante como del que no lo es; interés éste protegido de modo preferente dentro del régimen del Código civil, al darse a aquéllos una serie de instrumentos dirigidos a la mejor satisfacción de sus créditos hasta el punto de ponerlos en una posición preponderante, no sólo frente al fallido (lo cual resulta intuitivo) (25) y frente a terceros (artículos 901 y ss.) sino ante el propio órgano jurisdiccional (véase artículos 945 y ss. del Código ibídem, particu-

(22) Art. 563 del Cód. de procedimientos civiles.

(23) Ver PROVINCIALI: "Manuale . . ." cit., I, pág. 259 y ss. Pero se trata de una tesis que no ha encontrado eco en la doctrina.

(24) Véase más adelante, en el texto.

(25) Bastaría para ello señalar los múltiples efectos que producen los institutos concursales en relación con aquél.

larmente ilustrativos al respecto). El instituto, sobra decirlo, está orientado hacia una protección decidida y teóricamente eficaz de los acreedores (no obstante lo cual parece excluida legalmente la posibilidad de configurarlo como un procedimiento de ejecución (26) de carácter general, tal y como está descrito en la ley y la doctrina española (27), y como lo pretenden la mayoría de los especialistas latinoamericanos y europeos (28), hecha advertencia de que los más de ellos no se refieren concretamente al concurso civil, sino a los procedimientos concursales en general, o especialmente a la quiebra); pero esto no debe entenderse en el sentido de que la realización de los intereses de aquéllos sea el vehículo para realizar un interés general (29): creo poder afirmar que el concurso no va más allá, en ese sentido, de una actividad satisfactiva y, por ende, meramente privada, mientras que en otros aspectos sea posible individualizar, siquiera en forma indirecta, un elemento publicístico (30).

En cambio me parece lícito aplicar a nuestro régimen de quiebra la afirmación programática de que la eliminación del comerciante insolvente actuada a través de la liquidación de sus bienes es asumida por el Legislador como de

- (26) Porque en nuestro Ordenamiento está definido implícitamente como un proceso de jurisdicción voluntaria; conf. art. 710 del Cód. proced. civiles, que en mi modesto criterio alude su último apartado a los procesos de sucesión y de concurso de acreedores, entre los cuales existe una analogía procesal evidente de acuerdo con el Código; de modo que no me parece acertado decir que de ambos "juicios universales", la sucesión es voluntaria y se encuentra por ello comprendida dentro de la citada regla del art. 710 ibídem, y el concurso es contencioso (y concretamente "ejecutivo") y no ha sido aludido en dicha norma. Creo que ese modo de razonar implicaría una petición de principio, pues daría por sentado algo que debe justificarse a la luz del Derecho positivo.
- (27) Conf. SATTÀ: op. cit., pág. 31 y ss; FERRARA Jr.: "Il fallimento"; Giuffré, Milano, 1959. pág. 62 y ss; y entre los latinoamericanos puede verse FONTANAROSA, en sus Notas a la citada obra de SATTÀ, pág. 39, sub. Nº 9; y EUFRACIO LOZA: "Curso de quiebras", Assandri, Argentina, pág. 10, 1952.
- (28) Como sí parece ocurrir en el Ordenamiento italiano, sobre el cual véase MICHELI: "Il fallimento..." cit., pág. 476 y ss.
- (30) Sobre ello véase el texto, Nº III, c).

interés a la tutela de los acreedores, considerada como "altísimo interés público" (31).

Por último y aunque ello no esté, como si dijéramos: en la superficie del fenómeno, también creo posible aislar en la base de los institutos de comentario (insolvencia y concurso civiles), de carácter, hemos visto, más privatístico que la propia quiebra, la satisfacción de un interés general; y si ello no puede ser claramente derivado de las disposiciones preordenadas con miras a la tutela de los acreedores —como hemos visto que ocurre en la disciplina italiana de la quiebra—, resulta, aunque ello sea indirectamente, de las medidas que tienden a sancionar la conducta eventualmente ilícita del deudor, conducta que es susceptible de interesar a la Vindicta Pública en cuanto vaya más allá de la esfera de la simple culpa civil (artículos 291 a 298 del Código Penal).

b) Los presupuestos:

Hecha mención entonces de los intereses ordinariamente protegidos por las instituciones de quo, entremos ahora al examen comparado de los presupuestos generales de las mismas, a fin de determinar si en el ámbito de nuestra legislación descansan en iguales o diversos fundamentos, sin dejar de señalar, por otra parte, algunos principios acogidos en la doctrina extranjera que me parecen de utilidad como puntos de referencia.

Algunos autores —e incluso discretos autores, como el español Manuel de la Plaza (32)— parecen hacer depender la diferencia entre los institutos que hemos estado comparando de la diversidad de presupuestos, porque —dicen— la insuficiencia de los bienes del deudor en orden a sus

(31) Exposición de Motivos del Decreto N° 267 de 1942 ya citado, según MICHELI: op. cit., en la nota 29.

(32) Op. cit., Vol. II, pág. 611, sub a).

obligaciones lo es del concurso civil, mientras que el sobreseimiento en los pagos lo es de la quiebra (33).

El anterior criterio, vivamente combatido en doctrina, y en verdad insostenible, porque evidentemente la cesación de pagos debe implicar la insolvencia del deudor comerciante para que surta los efectos que la ley le atribuye, como el mismo De la Plaza se encarga de hacer notar más adelante (34), creo que puede ser defendido con éxito a la luz de nuestro Derecho Positivo, porque de acuerdo con el artículo 862 de nuestro Código de comercio, el Juez estaría obligado a decretarla sin más trámite con sólo que el presunto deudor le demuestre que cesó en el pago de una sola de sus obligaciones, y llene los requisitos del artículo 854 ibídem, sin que sea permitido a dicho funcionario negarse a hacer tal declaración porque compruebe, mediante un estudio documentado de la hacienda del solicitante, que sus bienes cubren con ventaja el importe total de sus obligaciones, y que el sobreseimiento en el pago de una sola de ellas obedece a dificultades temporales que el deudor no ha podido superar, y que producen la paralización de una determinada parte de sus negocios. Si lo mejor de la doctrina, pues, se inclina por ver en la cesación de pagos un síntoma que el Juez debe apreciar, en su análisis de la situación económica del deudor (35), creo, como dije, que ello no podría ser aplicado entre nosotros sin forzar el sentido de los artículos de comentario, conforme a los cuales sí me parece posible perfilar situacio-

(33) Sin embargo el mismo autor (op.cit.: loc.cit., pág. 660) interpreta el art. 874 del vigente Código de comercio español en el sentido de hacer de la cesación de pagos un mero síntoma de la insolvencia, preconizando así la unidad de presupuestos de la quiebra y el concurso civil, no obstante que la norma contenida en el art. 889, inciso 2º ibídem, establece la misma regla que me hizo llegar a la conclusión contraria en relación con nuestro ordenamiento (ver art. 851, inciso a) y 862, de nuestro Código de comercio). Sobre el punto véase también RAMIREZ: op.cit., loc.cit., págs. 623 y 624, igualmente confuso y contradictorio.

(34) A ello me he referido en la nota anterior.

(35) Véase, por todos, SATTA: op.cit., pág. 54 y ss.

nes en que la cesación de pagos, aún no siendo implicativa de insolvencia —e incluso podría darse el caso de que la cesación careciera totalmente de vinculación causal con la situación económica del deudor, que podría ser excelente (pero aquél, por cualesquiera motivos, se niega a pagar determinadas deudas)— constituye presupuesto en sí suficiente para la declaración de quiebra.

c) Publicidad o privacidad:

Este carácter de privacidad del concurso que he dejado señalado de paso al hablar (sub "a") de la primacía de la tutela de los acreedores entre los posibles diversos fines a obtener, también me parece que da base para una diferencia entre la naturaleza de aquél y la de la quiebra, ya que del mismo me parece que pueden derivarse consecuencias muy estimables.

Como es notorio el concurso y la insolvencia civiles pueden ser provocados "por la manifestación del deudor" (dice el artículo 886 ya citado); empero aquél acto me parece que está delineado en el Código como puramente voluntario, por no estar ligado mediante una hipótesis conminatoria a un determinado régimen de sanciones, ya civiles, ya penales. Parece muy dudoso hipotizar que con base en la referida omisión de "manifestación" por parte del deudor para que sea declarada su insolvencia pueda más tarde el acreedor solicitante o en su caso el curador pedir, dentro del expediente de calificación, que se declare la fraudulencia de aquélla, o que al menos la referida omisión de manifestación sea apreciada como un indicio seguro de fraude. Pero de otro lado también creo que puede fundadamente sostenerse que el deudor que, viendo claramente desintegrarse su patrimonio por virtud de una multiplicidad de procesos ejecutivos, no acude al Juez para que lo declare insolvente, no debe luego admitírsele la pretensión de que la insuficiencia de sus bienes se ha debido

exclusivamente a circunstancias excusables, si aparece por otra parte que la condición de los acreedores legalizantes en el concurso ha resultado en definitiva empeorada por causa de aquellos procesos que pudieron ser exitosamente enervados mediante la declaración oportuna de la insolvencia. No obstante lo dicho, no creo que la hipótesis expuesta de último posea una importancia capaz de gravitar sobre la afirmada "voluntariedad" de la manifestación que el deudor hace para los fines del referido artículo 886 del Código Civil.

En cambio sí es obligatorio declararse en quiebra para el comerciante que ha cesado en el pago de una sola obligación (36), declaración que, como ya tuvo ocasión de señalarlo antes, debe presentarse al Juez dentro del perentorio término de diez días a partir de la fecha en que ocurre el sobreseimiento indicado (artículo 853 del C. de C.), bajo pena de declarar su culpabilidad si así no lo hiciere (art. 918, inciso e) del Código ibídem). A nadie se oculta que la finalidad de esta conminatoria mira no solamente al interés de los acreedores en particular, y al del propio deudor, sino también y de manera muy acusada al interés público, ya que mediante la misma se trata de prevenir un desequilibrio económico que tenderá cada día a ser mayor, así como también de lograr la erradicación oportuna de "una planta enferma en el huerto de la economía" (37). Y si esta misma medida no existe respecto del insolvente civil, ello se debe, me parece, a que la situación de éste no ha sido contemplada por el Legislador con un criterio prevalentemente publicístico, sino como del resorte

(36) Creo que esta obligatoriedad de la declaración de su propia quiebra impuesta por la Ley al deudor no está delineada en términos tan enérgicos que hagan de la correspondiente disposición un sustitutivo eficaz de la declaratoria oficiosa; y que falta nos está haciendo ésta, para evitar que la quiebra sobrevenga cuando la hacienda del deudor se encuentra ya "in articulo mortis"! Y no se me oculta que para llegar a una reforma en ese sentido habrá que vencer la resistencia "liberal" y la inercia general, lo que será ya bastante faena.

(37) CARNELUTTI, citado por MICHELL: op.cit., pág. 475.

privado de los acreedores y el deudor; todo lo cual tiene su explicación en que el descalabro económico del no comerciante no fue entonces —en 1888— ni es hoy considerado capaz de provocar graves quebrantos en la economía de un mercado ni la consiguiente intensa repercusión negativa en el crédito público que seguramente provocará la insolvencia de una empresa comercial, siquiera sea de medianas proporciones.

d) El factor económico en la determinación del sujeto procesal:

Y es a partir de esa característica últimamente señalada que me parece debe buscarse la más importante diferencia entre el concurso civil y la quiebra, diferencia que podríamos llamar subjetiva, atendiendo a que se refiere a la condición de quienes intervienen como sujetos en uno y otro instituto.

Como es sabido el sujeto del concurso civil y de la insolvencia civil pueden caracterizarse de manera negativa diciendo que lo son las personas físicas que no tengan la condición de comerciante, o bien las personas jurídicas privadas que no hayan sido constituidas de conformidad con las reglas del Código de comercio (artículo 5º, contrario sensu); y ello es así porque en el Código civil no hay ninguna disposición de la que puedan hacerse derivar determinadas características integrativas de la figura del insolvente civil, pues como tuvimos ocasión de ver (sub II), cuando el referido Código entró en vigencia quedó derogada la Ley de Concurso del 65, de modo que aquél asumió general aplicación para la materia, y en esas condiciones mal puede buscarse en sus artículos una delimitación: ésta vino a operarse posteriormente desde fuera, es decir, por efecto de la promulgación de la nueva Ley de quiebras de 1901.

Esta simple limitación subjetiva acarrea de hecho una diferencia abisal en lo que atañe a la importancia econó-

mica de los respectivos procesos, pues modernamente es inconcebible una actividad de ciertas proporciones que no esté constituida en forma de sociedad comercial, o que al menos no se dedique a actividades que puedan aunque sea en un sentido amplio calificarse como mercantiles; de modo que en este aspecto la insolvencia y el concurso civiles se caracterizarán (y la estadística me dará la razón) por ser de modesta cuantía —¿y cómo podría ser de otro modo, si ese formidable instrumento que es el crédito sólo asume proporciones importantes cuando de actividades mercantiles se trata, o para mejor decirlo: con actividades relacionadas con la producción y el cambio? Y hoy solamente el empresario o la sociedad están en capacidad de desarrollar en grande tales actividades, multiplicando para ello las posibilidades del crédito; en forma que parece lógico atender a ese factor real y concreto para orientar una diferencia de trato legislativo entre los procedimientos encargados de regular la actividad empresarial, y los destinados a hacerlo respecto de actividades no económicas.

Si de un lado puede resueltamente afirmarse que la quiebra está dirigida a remediar uno de los grandes males de la actividad comercial, como es la situación producida a causa de la ruina de las empresas (38), no creo sea posible sostener, paralelamente, que la insolvencia y el concurso civiles sean los instrumentos idóneos que han sido dispuestos para remediar males análogos en el ámbito de la actividad no mercantil, como parece entenderlo un autor (39). Realmente no creo pueda sostenerse hoy un paralelismo de medios y fines entre ambas actividades, como si entre ellas solo existiera una diferencia cuantitativa, de mero volumen, por mucho que ello sirva de ocasión para el loable propósito de patrocinar la unificación de ambas instituciones. Porque es cabalmente allí donde veo una de las grandes fallas de esa tesis: en creer que con la insolvencia

(38) SATTA: op.cit., pág. 6 y ss.

(39) PLAZA: op. y loc.cit., pág. 611, sub a).

y el concurso civiles, sea que estén concebidos como formando parte de un régimen único junto con la quiebra, sea que se les considere separadamente, sean instrumentos aptos para resolver, dentro del reducido ámbito de la economía no empresarial, un problema crediticio de alcance muy limitado y de carácter casi exclusivamente privado, usando para ello de los mismos medios empleados para regular ciertos aspectos patológicos de la actividad comercial.

Es posible que la diferencia entre ambos órdenes de actividades no fuese tan patente en el tiempo en que se creyó posible mantener ese paralelismo de soluciones (y sin embargo la diferencia existía y era percibida: prueba de ello la legiferación separada); debió considerarse entonces que en sustancia el problema era idéntico, solo calificado cuantitativamente en orden a la mayor disponibilidad de medios de que gozaba la clase comerciante, a la que debía corresponder, por ende, en la Ley, una mayor severidad de trato. Y de otro lado, en lo que se refiere particularmente a Costa Rica, el ámbito no comercial de la actividad económica era comparativamente muy considerable, habida cuenta de la exigüidad del comercio (para no mencionar la industria, que prácticamente no existía) frente a la extensión y el incremento de la agricultura.

Pero en nuestra época, por el contrario, puede observarse fácilmente que la tendencia dominante consiste en la organización de empresas a base de una concurrencia de capitales, incluso para emprender actividades que sólo en un sentido amplísimo —a riesgo de diluir así los elementos diferenciadores— podrían considerarse mercantiles (y pese a lo cual caerían siempre dentro del ámbito de la quiebra, si la referida concurrencia de capitales se organiza en lo jurídico bajo una de las formas de la sociedad mercantil, como ocurre entre nosotros). Y es allí donde podemos apreciar claramente que las decantadas diferencias, cuantitativas al inicio, entre ambos tipos de actividad, llegan a un

cierto grado a provocar verdaderas diferencias cualitativas (40): ejemplo de ello es el factor de la producción, que solo es calificado para efectos jurídicos cuando alcanza un determinado volumen.

El corolario práctico de todo esto que queda relatado es palpable para quien tenga una experiencia directa de la vida judicial: las quiebras suelen ser numerosas y es raro encontrar una cuyo monto no exceda de medio millón de colones, provocando a veces graves problemas en diversos sectores de la economía nacional: mientras las insolvencias y concursos civiles son cada día más raros, y difícilmente su pasivo alcanza los diez mil colones, cuando mucho. Las personas sometidas a insolvencia suelen ser hoy los pequeños empleados imprudentes, o víctimas de infortunios familiares, generalmente deudores por préstamos de consumo, que caen en manos de los agiotistas por su buen propósito de nivelar su presupuesto doméstico.

IV.—OBJETIVOS DE LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVILES

Me parece que es para todos aceptable la observación de que la insolvencia y el concurso comunes persiguen primordialmente un fin satisfactivo de orden privado (41) que sin mayores rozamientos puede ponerse en línea con el que persigue la ejecución singular (42). Al lado de ese fin tutelar de los acreedores, que evidentemente domina el proceso concursal no mercantil, puede eventualmente co-

(40) Es una de las leyes de la dialéctica hegeliana que Marx aplicó por primera vez a la Economía. Conf. su obra "El Capital"; Fondo de Cultura Económica, México, 1959; Tomo I, pág. 247.

(41) Que la satisfacción de los acreedores actuada paritariamente dentro de los procedimientos concursales (par condicio creditorum) deba considerarse de orden privado, parece negarlo CANDIAN (Proceso di fallimento. Cedam, Padova 1934; pág. 37) al atribuir carácter publicístico a la regla de la "par condicio creditorum". Pero sobre ello véase la réplica de SATTÀ: Esecuzione forzata; Giuffrè, Milano, 1937, pág. 125.

(42) FERRARA: il fallimento cit., loc.cit.

locarse el fin sancionador que implica el instituto de la calificación de la insolvencia, dirigido a establecer responsabilidades de orden penal y civil a cargo del fallido por su conducta culposa o fraudulenta. Examinemos brevemente algunas de dichas finalidades confrontándolas con las que persigue la quiebra, y asimismo señalemos algunos de los medios puestos en la ley para obtenerlas.

a) La satisfacción de los acreedores:

En forma realista, pero con un cierto pesimismo, los autores españoles han hablado de que tanto el régimen del concurso civil como el de la quiebra descansan en la comunidad de pérdidas, expresión muy esclarecedora e ilustrativa de la esencia de aquellos institutos, además de que hace alusión, a la vez que a la indicada insuficiencia de bienes que subyace en la raíz de los mismos, también a aquella "comunidad" peculiar de ellos, disciplinada y garantizada por la regla conocida como "par condicio creditorum", que me parece es el principio fundamental que informa todo procedimiento concursal en lo que atañe a la distribución de los bienes y cargas del fallido entre todos sus acreedores, conforme a sus derechos y privilegios.

Pero al lado de este principio, informativo de la entera estructura del procedimiento, existen en nuestro sistema ciertas instituciones tomadas al concurso mercantil del Derecho Común de la Edad Media Europea (como fuentes pueden citarse específicamente el *Labyrinthus creditorum*... etc., de Salgado de Somoza (43) en la doctrina; y las Ordenanzas de Bilbao de 1737 en la legislación), como son el llamado "desapoderamiento" del deudor fallido, el período de sospecha precedente a la declaración de la quiebra, y la llamada "acción Pauliana" concursal, dispuestas para la

(43) Conf. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO: "Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes" en *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*; *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944; págs. 63 y ss.

conservación y —si es el caso— la reconstitución del patrimonio del fallido, funcionando las tres en el sentido de invalidar ciertos actos de aquél ejecutados después y anteriormente a la declaración, por su orden.

El desapoderamiento es, en sí, una medida conservativa que consiste en la separación entre el fallido y su patrimonio, a fin de cautelar éste y disponerlo en términos que hagan más fácil la distribución. Opera, pues, en un sentido negativo, alejando al deudor de sus bienes —se entiende: de los que están sujetos al régimen concursal—, para lograr más cómoda y seguramente su preservación (44). Y en cuanto al período de sospecha, se endereza a la invalidación, ope legis, de una serie de actos ejecutados por el deudor dentro de un período inmediatamente anterior a la declaración judicial de concurso, en el cual se presume que aquél se encontraba ya, de hecho, en estado de insolvencia.

Pero lo que me parece de más interés es la acción revocatoria concursal, conocida entre nosotros como "acción pauliana", dispuesta también para la reconstitución del patrimonio del deudor, cuando hubiera sido distraído fraudulentamente en perjuicio de los acreedores que en el mismo hallan la garantía de satisfacción de sus créditos, tal y como dice el conocido artículo 981 del Código civil. Tal acción deberá intentarla el curador del concurso —o eventualmente uno o varios acreedores interesados— contra los terceros ilegítimamente beneficiados con aquellos actos; acción que deberá ser planteada en la vía ordinaria una vez que la junta de acreedores se pronuncie al respecto, ya afirmativamente (caso en el cual la demanda es incoada por el curador en representación de la masa), ya en sentido negativo (y entonces serán los acreedores minoritarios interesados quienes por su cuenta y riesgo verán de hacerlo).

(44) SATTÁ, Instit. cit., pág. 156 y ss.

b) La sanción del deudor culpable o defraudador:

No parece aventurado afirmar que la finalidad sancionadora del concurso civil en cuya virtud se somete al deudor a ciertas consecuencias de orden penal o civil cuando aquél se ha producido o agravado por culpa o fraude del citado deudor, constituye sólo un aspecto accesorio de dicho procedimiento (45), que está dirigido a tutelar los intereses acreedores principalmente por la vía indirecta de la tutela penal de la buena fe.

Prueba de ello es que análogas sanciones pueden encontrarse fuera de los procedimientos concursales tanto en el campo penal como en el civil, como remedios dirigidos a reprimir la conducta del deudor, y a paliar o eliminar sus consecuencias dañosas. Aunque es cierto, como ha sido observado, que en cuanto a las figuras culposas los remedios civiles suelen ser más eficaces que los penales, sucediendo precisamente lo contrario en relación con las figuras propiamente delictuosas (y es por ello que se echa de menos en nuestro ordenamiento civil, a la par de un desarrollo suficiente del instituto de la simulación de negocios jurídicos (46), el establecimiento de los principios fundamentales de la revocatoria ordinaria, institución encargada de remediar, extra concurso, los perjuicios irrogados por el deudor a sus acreedores por medio de actuaciones viciadas) (47).

(45) Con. BONELLI, *op.cit.*, Vol. III, sub art. 855 y ss. Actualmente puede consultarse con provecho sobre el régimen penal del concurso NUVOLONE: *Il diritto penale del fallimento*; Giuffré, Milano, 1955, espec. pág. 9 y ss.

(46) Conf. Artículos 1414 a 1417, inclusive, del Código civil italiano, que establecen, por su orden, los efectos de la simulación entre las partes, respecto a terceros, relaciones con los acreedores y prueba de la simulación. En nuestra doctrina puede verse el estudio del Lic. Pablo CASAFONT, aparecido en el número 1 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

(47) Conf. arts. 2901 a 2904, inclusive, del Código civil italiano. Un estudio sumario, mas certero, del instituto de la revocatoria ordinaria en relación con el concurso puede encontrarse en SATTA, *op.cit.*, pág. 225 y ss.

V.—DIFICULTAD DE OBTENER LOS RESULTADOS BUSCADOS MEDIANTE LOS INSTITUTOS QUE HAN QUEDADO DESCRITOS

Los medios legales arriba indicados, instituidos para la consecución de las referidas finalidades (sub IV, a y b) exigen para el concurso civil un aparato y un dispendio que casi diría que quedan sintéticamente ilustrados con sólo constatar la cantidad de artículos que el Código civil (ciento dieciséis) y el Código de procedimientos civiles (ochenta y ocho) le dedican; artículos que representan un mecanismo normalmente tan complejo y oneroso para el deudor y los acreedores que ya casi no hay, por cierto, quien se decida a incoarlo con optimismo: sin contar con que si dichos acreedores pretendieran además plantear acciones de nulidad (paulianas), tendrían que iniciar por separado, por medio del curador, sendos procesos ordinarios dirigidos a tal fin, y ello haría mucho más caro, lento y aleatorio el procedimiento (pero a eso casi nunca se llega, por el motivo deleznable de que la cuantía del pasivo de la insolvencia suele ser tan bajo que ni siquiera la posibilidad de reconstituir el patrimonio deudor mediante acciones paulianas despierta en el acreedor el interés suficiente, ya que la inversión que para él representa ese propósito suele ser mayor que el propio crédito a cobrar).

VI.—LA DESNATURALIZACION DE LOS OBJETIVOS

Sin embargo hay que confesar cínicamente que existen entre nosotros, es decir, creados por la práctica forense, otros objetivos diversos de los perseguidos por la ley, que sin embargo se buscan y se obtienen mediante el empleo de los institutos concursales civiles, en forma tal que podría decirse llanamente que su consecución ha llegado a imprimir una segunda naturaleza a dichos institutos, que si todavía se les ve en la práctica de los Tribunales, raramente, es cierto, ello se debe casi exclusivamente a que cumplen

una función hoy bien definida: a) de constreñir al deudor mediante el arma "legal" que representa la posibilidad del arresto, a fin de que busque un arreglo desesperado con sus acreedores; o bien la de persuadir a alguno de sus familiares, haciendo efectivo dicho arresto, para que intervengan por lo menos como "garantes" de un nuevo "arreglo". Si merced a esa tergiversación de su sana y normal finalidad es que el instituto ha podido subsistir y mantiene hoy un mínimo de aplicación práctica, creo que más valdría restablecer, con toda franqueza, la prisión por deudas.

VII.—LAS SOLUCIONES FUERA DEL CONCURSO CIVIL

Se me dará posiblemente la razón en que, fuera del concurso puede suplirse, aún con ventaja, la finalidad puramente sancionatoria del mismo, ya que diversas figuras penales de la defraudación pueden ordinariamente cubrir hipotéticamente los diversos tipos de conducta ilícita que puede asumir el deudor no comerciante frente a sus acreedores (48). Empero, y no obstante todo lo que hemos podido concluir de lo arriba dicho, muchos dirán que resulta imprescindible mantener el procedimiento concursal civil, para así garantizar, aunque ello sea sobre los despojos, la "par condicio creditorum"; y lo dirán pensando en lo que hoy día sucede con el proceso ejecutivo común, donde la posibilidad de obtener satisfacción de los bienes del deudor depende de que esos se encuentren disponibles, y si lo están, el éxito estriba en la maña o, en el mejor de los casos, en la suma

(48) Y es que en realidad el insolvente civil no puede en la práctica tener ocasión de cometer los delitos específicamente concursales, tal y como hoy día se consideran, ya que en ellos siempre aparecerá como un factor determinante el daño a la economía general, contemplado no solo desde el punto de vista de la lesión a otros empresarios acreedores —en donde sus repercusiones suelen ser muy graves, pues a menudo provocan verdaderas cadenas de quiebras— sino también desde el punto de vista del trastorno de la producción y el intercambio, cuando se trata de artículos o servicios de primordial importancia para la vida de la colectividad. Obviamente solo puede cometer delitos de esa naturaleza quien tenga en sus manos los medios para ello, y tal es hoy día el empresario. La insolvencia civil no puede afectar la producción de una colectividad, ni es probable que provoque nuevas insolvencias.

diligencia que el acreedor sea capaz de desplegar, en medio de la rebatiña y el desconcierto. Podrían también argüir, a mayor abundamiento, que fuera del concurso no existe ningún medio legal de asegurar y reconstituir eficazmente un patrimonio deudor ilícitamente disipado o en trance de serlo. Examinemos separadamente cada uno de los aspectos apuntados:

a) En cuanto a la garantía que ofrece la "par condicio creditorum", me parece que podría conservarse hipotizando una aplicación general efectiva del artículo 981 del Código civil, y para ello bastará con abrir el proceso ejecutivo común a la concurrencia de todos los acreedores, regulando entonces, naturalmente, el *modus operandi* de tal concurso, que por otra parte no es en modo alguno desconocido en doctrina. Y es más, entre nosotros existe ya un procedimiento que tiende a ese fin (más de un modo un poco alambicado): la tercería llamada *coadyuvante*, que certeramente ha sido definida como un pequeño concurso de acreedores (49); pero el tener que incoar de previo la tercería, llenándose los requisitos que la ley señala para lograr así que el Juez admita al nuevo acreedor a "coadyuvar", resulta evidentemente en la práctica un engorro capaz de dar al traste con la finalidad perseguida y, por ende, con la entera institución, convirtiéndose entonces ese tipo de concurso en una situación de excepción, cuando, vista la situación real y concreta que se trata de normar, merecería ser la regla general (50).

(49) OSCAR FRANCISCO GONZALEZ: "Intervención de terceros en la relación procesal". en Revista del Colegio de Abogados, San José, 1958; Nº 146 a 150.

(50) Sobre el concurso de acreedores en la ejecución singular puede consultarse la doctrina italiana, especialmente: ENRICO REDENTI: "Derecho procesal civil"; EJEA, Argentina, 1957; Tomo II, pág. 367 y ss.; GIAN ANTONIO MICHELI: "L'esecuzione forzata", como parte de la obra "Commentario al Codice civile" dirigida por los profesores A. Scialoja y G. Branca; Zanichelli, Bologna-Roma, 1953; pág. 376 y ss.; FRANCESCO CARNELUTTI: "Instituciones del proceso civil"; EJEA, Argentina, 1960; Tomo III, pág. 31 y ss.

b) En lo que atañe al complejo de efectos de la declaración de concurso que se suele llamar con el término de "desapoderamiento", tendientes todos ellos a sustituir al fallido en la conservación, administración e incluso en la disposición de sus bienes para lograr así una mejor garantía para los acreedores, creo que esa serie de efectos pueden ser sustituidos mediante el simple embargo de bienes que hoy existe como una medida coordinadora dentro de los actos del proceso ejecutivo singular. Pero sí valdría la pena que la ley indicara claramente sus efectos, ya sea respecto de los bienes mismos, frente al deudor o, en fin, ya frente a terceros adquirentes de derechos sobre aquéllos, antes o después del embargo.

En efecto, no hay objeto en "desapoderar" de sus bienes a un deudor que a menudo no tiene otros que su ya comprometido salario. Someterlo en esas condiciones a una serie de cautelas y contralores como si se tratara del jefe de una gran empresa resulta ciertamente pomposo, a más de inútil: el embargo, bien regulado, basta al efecto.

c) En cuanto atañe a la reconstitución del patrimonio del insolvente civil, actuada mediante las nulidades "ope legis" y "ope iudicis" del período de sospecha y la acción pauliana, respectivamente, me parece que la solución está en regular dentro de nuestro Código civil, como institución independiente del concurso, la tan conocida acción revocatoria ordinaria, probadamente idónea y como tal adoptada y mantenida en las legislaciones más progresistas, la que permite al acreedor interesado (sin necesidad de obtener de previo la declaración de insolvencia de su deudor; luego esperar la junta de acreedores para que éstos decidan acerca de la conveniencia de plantear o no la acción pauliana concursal), promover por su cuenta, en el momento y modo oportunos, el proceso tendiente a lograr la ineficacia de los actos de su deudor que ilegítimamente menoscaban su garantía. Y obsérvese que la acción revocatoria ordinaria cumple eventualmente una sana finalidad preven-

tiva, puesto que pone a los acreedores diligentes en grado de evitar esas situaciones de insolvencia que se tratan de preparar mediante actos ilícitos de colusión ejecutados cuando la situación del deudor todavía aparenta bonanza, y que en definitiva, por esa explicable resistencia de los acreedores a actuar in extremis, pueden quedar fuera de los períodos de impugnación.

A juzgar por la frecuencia con que nuestra acción concursal de nulidad (llamada Pauliana) se presenta ante nuestros Tribunales —quien escribe confiesa no haber visto planteada ni haber tramitado nunca una, pero sí ha oído hablar de que ello ocurrió una vez, hace muchos años, ante el Juzgado Primero Civil; pero el proceso correspondiente parece haber sido finalmente desistido—, me parece que el laborioso camino a recorrer de previo por el interesado no es ciertamente muy estimulante. En cambio la acción revocatoria ordinaria, que obedece a la misma causa que la concursal, evita al acreedor ese largo, azaroso iter de agotar necesariamente una serie de etapas procesales que implican gastos, riesgos y demoras, con resultados aleatorios —pues suele ocurrir que otros acreedores interesados en que las acciones no se planteen obstaculizan en diversas formas la superación de dichas etapas—, todo lo cual, visto en su conjunto, ofrece un panorama más bien desalentador.

VIII.—CONCLUSION

Creo poder afirmar, ahora, recogiendo los parciales resultados del precedente examen, que las dimensiones naturales del proceso concursal civil de nuestro sistema son desmesuradas frente a la situación que se trata de normar; que los objetivos que dicho proceso persigue se demuestran inadecuados y, lógicamente, no suelen ser ni remotamente alcanzados en los casos concretos; pero otros objetivos, que ciertamente el Legislador habría cuidado de tornar inasequibles, por la carga antisocial que arrastran, han venido

en la realidad a sustituir a aquéllos. De otra parte hemos visto que no es difícil, fuera del concurso civil, organizar un sistema que garantice con justicia o, al menos, con mayor equidad, la tutela de los intereses de los acreedores, sin atropellar al deudor ni a los terceros.

Así pues, volviendo al tema inicial, la lozanía con que a la fecha se nos presentan las instituciones de estudio pese a sus setenta y siete años de inalterada vigencia, más se parece a los afeites del cadáver embalsamado que a los colores de la sana vitalidad. A la luz de un juicio recto tiene que aparecer como un mal síntoma para formar el diagnóstico de nuestra sociedad el hecho de que una institución tan poco operante se haya podido mantener hasta ahora, estorbando el progreso institucional de nuestro Ordenamiento, y en particular la regulación adecuada, tanto de las situaciones a que da lugar la insolvencia de los no comerciante, como las propias instituciones de la quiebra, siendo de deplorar que estas últimas no se encuentren ya normadas por una ley específica, integral y coherente, sino que hayan de malnutrirse en todos los códigos vigentes (a saber: Comercial, Civil, Procesal, Penal, y hasta en el de Trabajo!), con la consiguiente desorientación que ello acarrea al juez, al litigante, al intérprete y, en fin, al estudiante.

Hasta aquí la crítica; y para no limitarme a ella me permito proponer un sencillo esquema, con finalidad programática, de los remedios que se me ocurren conforme a lo expuesto líneas atrás, así: I. Elaboración legislativa de la figura del "empresario", que dentro del ámbito del Derecho privado abarcará la más restringida del "comerciante"; II. Unificación legislativa del régimen concursal, circunscribiendo entonces en un cuerpo legal único todas las instituciones privadas y públicas que hoy forman esta importante materia, y que entre nosotros se encuentran diseminadas en varios Códigos; y III. Tutela efectiva del acreedor civil fuera del ámbito concursal, sin desconocer, por otro lado, las debidas garantías del deudor y de terceros de buena fe. Dicha

tutela puede garantizarse creando: a) un régimen sustantivo de la institución del embargo (sus alcances, efectos, etc.); b) un proceso ejecutivo abierto a la concurrencia de los acreedores; y c) la acción revocatoria ordinaria.

Solamente por ese camino, me parece, podremos algún día ofrecer dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico una tutela efectiva de los derechos patrimoniales. Y este trabajo habría logrado su propósito si de algún modo contribuyera a alcanzar esa meta.

LOS CONVENIOS EN LA QUIEBRA

LIC. ELIZABETH ODIO

Todos los ordenamientos jurídicos positivos, aunque con variantes entre ellos, admiten diferentes modos de acabar la quiebra. Al igual que en la ejecución singular, en la quiebra, —proceso de ejecución colectivo y universal por afectar al patrimonio entero del deudor y a todos sus acreedores—, se acepta la posibilidad de que finalice de diversas maneras.

La quiebra puede concluir normal o anormalmente. Hay autores que no hacen tal diferencia (Bonelli, Satta, Provinciali), pero hay otros que se refieren claramente al punto, Navarrini entre ellos. Distingue Navarrini entre "clausura de la quiebra" y "cesación de la quiebra", atendiendo precisamente a la normalidad o anormalidad en el acabamiento de la misma como proceso de ejecución. Finaliza normalmente cuando el procedimiento que le sirve de desarrollo se agota plenamente, produzca o no efectos definitivos. Acaba anormalmente cuando el procedimiento cesa antes de que pueda reputarse agotado, gracias a truncarse el desenvolvimiento natural del proceso, y éste se trunca por acuerdos ultimados (convenios) o por condiciones especiales del patrimonio del quebrado que hacen inconveniente continuar las operaciones respectivas.

Hemos prescindido en este estudio de ahondar en los caminos normales de concluir el proceso, toda vez que su objeto lo constituye ese modo anormal de acabar la quiebra que son los convenios, cuya fundamental importancia trataremos de poner de manifiesto.

PRIMERA PARTE

EL CONVENIO EN LA DOCTRINA

I.—EL CONVENIO, DEFINICION Y CLASIFICACIONES

Los autores coinciden en que lo normal y natural es que la quiebra finalice con la realización del patrimonio del deudor y el subsiguiente reparto de su importe entre los acreedores. Pero a veces, por no decir casi siempre, interesa más a los acreedores llegar a un acuerdo con el deudor que evite daños y ahorre gastos improductivos. Por eso algunos autores han considerado que el convenio "es la forma más importante de conclusión de la quiebra". Ripert, por ejemplo, escribe que "el concordato es la solución ideal de la quiebra... El negocio no se hunde. Los acreedores obtienen generalmente más de lo que les daría la liquidación de los bienes. De ahí que esta solución figure en el Código de Comercio antes de cualquier otra" (1). Y Provinciali: "Las ventajas que el concordato representa son comunes, tanto para el quebrado como para los acreedores; éstos, perciben en seguida (o casi) lo que obtendrían al final del procedimiento, limitando la pérdida de intereses y ahorrando la progresiva erosión de las costas, lo que se refleja en una mayor disponibilidad de activo; el deudor, puede obtener la rehabilitación, haciendo cesar los efectos personales de la quiebra, adquiriendo nuevamente sus actividades y tal vez el crédito perdido" (2). En resumen, para todos el convenio o concordato es el modo más práctico y eficaz de poner fin a la quiebra, el más ventajoso.

Definiciones y conceptos:

Para precisar la naturaleza jurídica del convenio, veamos primero algunas definiciones que de él dan los diferentes tratadistas, partiendo de su posición doctrinaria.

(1) Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial, pág. 409.

(2) Provinciali, Tratado de Derecho de Quiebra, pág. 44.

Navarrini dice que el convenio "es un acuerdo entre el quebrado y sus acreedores, considerados éstos individual o colectivamente, encaminado substancialmente a producir una más cuidadosa o más fácil y segura liquidación de los derechos de cada uno; y que, teniendo por objeto para obtener este resultado, o la liberación inmediata del deudor mediante un cobro parcial y condonación del remanente (convenio condonatorio), o la concesión de una prórroga que puede también ir acompañada de condonación parcial (convenio dilatorio), hace que cesen y sean suprimidas las condiciones esenciales de la quiebra, y, por tanto, la quiebra misma" (3).

Provinciali lo define diciendo: "El concordato es una resolución del juez mediante la cual, a la demanda del deudor y con el asentimiento de la mayoría de los acreedores (quirografarios), se concede la exención de la quiebra (concordato preventivo) o su remoción si ya se ha declarado (concordato de quiebra) en base al pago de los acreedores, y consiguiente liberación del deudor, mediante la prestación de un porcentaje o la realización del activo por liquidación convencional" (4).

Para Rocco "el concordato es un contrato estipulado entre el deudor común y los acreedores, por el cual se modifican las relaciones obligatorias existentes entre el uno y los otros, de manera que hace cesar el estado de quiebra del deudor" (5).

En términos de Bonelli, "se llama concordato a cualquier acuerdo entre un deudor insolvente y sus acreedores en torno a sus respectivas relaciones de crédito y débito, que tenga por objeto o por efecto evitar la quiebra o hacerla cesar si ya se hubiere declarado" (6).

(3) Navarrini, *La Quiebra*, págs. 340/341.

(4) Provinciali, *op. cit.* pág. 61.

(5) Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, pág. 225.

(6) Bonelli, *cit. por* Ramírez, *La Quiebra*, Tomo III, pág. 127.

Satta estima que es "un acuerdo entre los acreedores y el deudor, por el cual los primeros aceptan la propuesta del segundo, dirigida a poner fin al procedimiento concursal, mediante un arreglo de sus relaciones consistente de ordinario en la oferta de pago de un porcentaje de cada uno de los créditos" (7).

Para Ramírez, se entiende por convenio o concordato "todo acuerdo plurilateral entre un deudor y sus acreedores, que tiene por objeto la cancelación de sus recíprocas relaciones crediticias, al margen de la liquidación forzosa que la quiebra entraña" (8).

Y Ripert escribe que "el concordato es un contrato celebrado entre el deudor y sus acreedores con homologación de la justicia y por el cual el fallido se obliga a pagar a sus acreedores, en todo o en parte, inmediatamente o a plazos, con la condición de que será liberado respecto a ellos y que la quiebra será clausurada" (9).

Como es fácilmente observable, hay tantas definiciones de convenio como tratadistas han escrito sobre el tema, pero las aquí transcritas creemos que son las más representativas de los diferentes planteamientos que encontramos en doctrina.

Teniendo como fundamento las ideas que en capítulo posterior se expondrán en orden a la naturaleza jurídica del concordato, en nuestra opinión, y sin que pretendamos añadir nada nuevo, el convenio es un contrato que celebran deudor y acreedores con el objeto de poner fin a la ejecución y al que la ley, previa homologación judicial, otorga su fuerza vinculante.

(7) Satta, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, págs. 387/388.

(8) Ramírez, *La Quiebra*, Tomo III, pág. 123.

(9) Ripert, *op. cit.*, pág. 408.

Varias clases de concordato:

Encontramos diversas clasificaciones de los convenios por parte de los autores, e incluso también por parte de las legislaciones positivas. Los criterios que suelen seguir de ordinario se basan en que el convenio se dé antes o después de la declaración de quiebra, —ya sea que persiga evitarla o ponerle fin—, o tomando en cuenta si en ellos interviene o no la autoridad judicial.

Navarrini hace una distinción entre "convenio de quiebra y "convenio antes de la quiebra", agregando a continuación otra clasificación que a su juicio es la que distingue netamente un convenio del otro: la de "convenio amistoso y convenio de masa". Apunta el distinguido Profesor italiano: "Se llama convenio amistoso al ultimado entre el deudor y los acreedores aislados; de masa, al ultimado entre el deudor y la masa. El convenio de masa no puede evidentemente producirse más que dada la quiebra, porque no se puede hablar de masa sino una vez producida la quiebra; el convenio amistoso puede darse ya sea antes de la quiebra, ya sea —para la hipótesis que hace la ley— durante la quiebra. El convenio de masa será siempre judicial, en cuanto encabeza la cesación de la quiebra, y para tal cesación es preciso, lógicamente, que intervenga el magistrado, como intervino para su declaración; el convenio amistoso será judicial (convenio amistoso judicial) cuando se produzca durante la quiebra, en cuanto también tendrá por efecto hacer cesar la quiebra, pero no cuando se produzca antes (convenio amistoso extrajudicial), en éste faltaría toda razón para la intervención del magistrado" (9 bis).

Señala también la existencia de un convenio anterior a la quiebra que es siempre de carácter judicial y que en las legislaciones donde se encuentra, lo regula una ley especial: el convenio preventivo.

(9 bis) Navarrini, *op. cit.* págs. 342/343.

Esta clasificación es, a nuestro juicio, la mejor, por apuntar con precisión y claridad todas las variedades de convenios que es dable encontrar en la doctrina y en las legislaciones positivas.

Provinciali, por su parte, distingue entre concordato judicial, de masa o de mayoría, y concordato extra-judicial o por unanimidad.

Cuzzi y Cicu hablan de convenio amistoso anterior a la quiebra, y concordato posterior a la quiebra.

Satta hace la distinción entre "los acuerdos fuera de la quiebra y en la quiebra".

Dentro de nuestra legislación, parca y escasa, cabe distinguir entre convenio amistoso y convenio de masa u obligatorio; encontrando también, en el artículo 563 del Código de Procedimientos Civiles, algunos elementos propios del concordato preventivo, pero sin una regulación adecuada. Según lo dispuesto al efecto por el Código de Comercio en vigencia, sólo podrán celebrarse los convenios dentro del juicio, eliminando con ello los convenios extra-judiciales al exigir siempre la intervención del Juez.

II.—EL CONVENIO DE MASA U OBLIGATORIO

Es el que reúne las características propias de los convenios dentro del concurso, sea éste civil o comercial. Podemos decir que es un acuerdo tomado por la mayoría de los acreedores, ante una propuesta hecha por el deudor, para ponerle fin a la quiebra. Sus elementos característicos, dentro de la doctrina y de las legislaciones, serían: a) la existencia de un juicio de quiebra; b) la aprobación por mayoría; c) la intervención judicial; d) la terminación del juicio.

Bonelli escribió que "concordato judicial o de masa es aquél en el cual la masa concurrente, como ente colectivo, contrata con el quebrado, vinculando no sólo a sus com-

ponentes, sino también, por disposición de la ley, a los componentes de la entera masa concursal, limitando o restringiendo sus respectivos créditos, y aun extinguiéndolos" (10).

También las legislaciones, a más de la doctrina, aceptan el convenio mayoritario, de masa u obligatorio como modo de poner fin a la quiebra. Nuestra legislación no es la excepción, y así lo encontramos regulado en las disposiciones del Código de Comercio y en las respectivas del Código de Procedimientos Civiles.

Si el convenio de masa lo que busca es poner fin al juicio de quiebra y satisfacer en lo posible a los acreedores, se comprende que sólo tenga como único contenido el modo de satisfacer los créditos y como esa satisfacción, lógicamente, no puede ser total, los autores y las legislaciones al referirse al contenido de este convenio, hablan de "cesión de bienes", de "quita" y de "espera". Estas modalidades no son incompatibles entre sí, por lo que pueden acogerse conjuntamente.

Navarrini, al referirse a estos aspectos, dice: "El contenido de la propuesta de convenio se resuelve necesariamente o en una dilación o en una reducción de los créditos o en una dación en pago; o en fin, en una variada combinación de los diversos elementos. No habría convenio, sino pago, cuando los acreedores recibiesen inmediata e íntegramente la cosa objeto de la prestación" (11).

Brunetti comentando la legislación italiana, apunta que el convenio "ha quedado como acuerdo puro y simple de remisión parcial de las deudas o de posible dilación en el pago de la cuota no remitida", ya que el legislador italiano "no admite que el convenio pueda hacerse por abandono del activo (la llamada *cessio bonorum*)" (12).

(10) Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. págs. 133/134.

(11) Navarrini, op. cit. pág. 360.

(12) Brunetti, cit. por Ramírez, op. cit. 137.

Y Rodríguez, en la legislación mejicana, se refiere al concordato de masa diciendo que es "aquel acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores, en junta debidamente constituida, con intervención del Juez, que lo aprueba o desaprueba, con objeto de conceder una quita, una espera, una dación en pago o cualquier pacto respecto de las obligaciones del deudor quebrado, cuyos efectos se extienden no sólo a los acreedores presentes, sino incluso a los ausentes" (13).

En síntesis, en las legislaciones y en la doctrina encontramos dentro del convenio de masa, por una parte, el convenio remisorio o condonatorio que es el que tiene lugar cuando el deudor hace a los acreedores una oferta de pago de un porcentaje del crédito, con lo cual se libera el quebrado y los bienes objeto de la ejecución colectiva. En la opinión de la mayoría de los tratadistas, el pago total no constituye concordato, así como tampoco lo constituye una remisión total de los créditos. Este convenio remisorio consiste, pues, en una quita o remisión de parte de los créditos.

Encontramos también el concordato dilatorio, o concordato a término, que es el que tiene lugar cuando la oferta consiste en que se conceda una dilación, un plazo, una espera, dentro de la cual el deudor se obliga a pagar (pago total del pasivo). En la opinión de distinguidos tratadistas italianos, —tal el caso de Brunetti—, un concordato "solamente dilatorio" no se podría concebir, por considerarlo una duplicidad del sistema de administración controlada existente en la legislación italiana; pero la mayoría disiente de ese criterio y admiten el concordato dilatorio diciendo que no es un doble de la administración controlada puesto que no está vinculado a los presupuestos, al término y a los controles de ésta.

Se da también el concordato remisorio y dilatorio cuando se mezclan las dos formas anteriores y la propuesta

(13) Rodríguez, Derecho Mercantil, pág. 32.

consiste en el pago de un porcentaje dentro de un plazo determinado, con garantías para el pago.

Y por último, el convenio de masa puede adoptar la forma de un concordato por abandono del activo, o cesión de bienes. Consiste en la oferta que el deudor hace a los acreedores de abandonarles todo su activo, con la inmediata liberación del quebrado. La cesión es de todos los bienes existentes en el activo de la quiebra. Este convenio no satisface a muchos autores. Ripert, entre ellos, escribe: "No satisface al deudor que ve todo su patrimonio liquidado... ni tampoco a los acreedores que no saben cuál será el dividendo que recibirán. De ahí que su uso sea raro" (14). Entre los italianos lo combate Brunetti. Sin embargo, Provinciali lo defiende, incluso manifiesta que "el que la ley no lo prevea expresamente, no quiere decir nada; es una de sus muchas imperfecciones" (15). En la legislación española Ramírez lo incluye dentro de los contenidos del convenio de masa, aunque la ley no lo dice en forma expresa.

En nuestra legislación, el articulado respectivo del Código de Comercio sólo hace alusión a las remisiones y a los plazos, pero no se encuentra tampoco una prohibición expresa de la cesión de bienes, y en el artículo 933 del mismo cuerpo de leyes nos encontramos con que "... el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes..." Y en el artículo 964 del Código Civil, referente a las condiciones que deben reunir los convenios para que surtan efectos, no se encuentra tampoco ningún impedimento a la cesión de bienes, por lo que podemos afirmar que entre nosotros, el convenio de masa o de mayoría puede tener por contenido una quita, una espera, una cesión de bienes, o cualquier combinación de estas formas, siempre y cuando se ajuste a las regulaciones respectivas.

(14) Ripert, op. cit. pág. 424.

(15) Provinciali, op. cit. pág. 63.

Determinar la naturaleza jurídica del convenio de masa constituye un tema profundamente controvertido en doctrina, fundamentalmente por el hecho de que, aun cuando sólo sea aprobado por un grupo de acreedores (mayoritario desde luego), el convenio vincula a los acreedores disidentes, y —lo que es más complejo—, a los ausentes. Esto es, el acuerdo que se adopte afecta a todos los acreedores sin distinción. Los combates doctrinarios son enconados y las opiniones de los autores, disímiles. Nos referiremos a continuación a las más frecuentes y destacadas.

Para explicar la razón jurídica por la cual la mayoría de los acreedores puede imponer su voluntad a los disidentes y a los ausentes, la mayor parte de los autores formula su criterio fundamentándolo en los principios del derecho de la contratación. Es decir, explican el convenio como contrato. Remiten su especial eficacia al mecanismo de la voluntad contractual, acudiendo a la fuerza vinculante del contrato para explicar la naturaleza jurídica del convenio.

En apoyo de la teoría contractual dice Navarrini: "Que el convenio sea un contrato entre el deudor y los acreedores aislados, o entre el deudor y la masa de sus acreedores, no puede ciertamente dudarse" — Y luego: "... hacen del consentimiento encaminado a producir vínculos jurídicos entre las partes, el elemento esencial de este negocio jurídico; consentimiento del quebrado, consentimiento de sus acreedores" (16).

Bonelli escribe: "El concordato tiene base contractual... La base contractual del concordato para todos los acreedores concursantes, comprendidos los disidentes, es, para nosotros, harto clara" (17).

(16) Navarrini, op. cit. pág. 343/344.

(17) Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 148.

También podríamos incluir —en principio— a Satta dentro de este grupo, cuando afirma categórico: "Que se trate de un contrato, es decir, de un acuerdo destinado a regular una relación jurídica patrimonial, no es posible ponerlo en duda. La fuente de este reglamento es, indudablemente, la voluntad de las partes, es decir, de los acreedores y del deudor . . . , no la homologación del Tribunal" (18).

Esta posición contractual recibe fuertes críticas provenientes de otro grupo de tratadistas en cuyo parecer las doctrinas contractualistas no explican nada. Provinciali se destaca por sus enérgicos argumentos: "Este fenómeno no se explica con las teorías contractualistas sobre el concordato", dice. "No basta, según una vieja argucia dialéctica, decir que se trata de un contrato sui generis cuando son los propios elementos connaturales del contrato (libertad, autonomía, etc.), los que faltan" (19). Y luego; "La concepción de la naturaleza contractual del concordato repugna a las funciones de esta institución y, en general, de la quiebra" (20). Las críticas acerbas de Provinciali se comprenden fácilmente si se observa que, en su concepto, la materia de quiebra es de orden público, de derecho público, mejor aún: administración pública de intereses privados.

Cicu también está entre los críticos: "Consideramos que con la construcción contractual no puede explicarse el vínculo respecto de los acreedores inasistentes ni respecto de la minoría disidente. . . La causa del vínculo para los disidentes y los inasistentes no necesita fundarse en la voluntad privada ya que él sólo es una consecuencia de la situación creada a todos los acreedores por la declaración de quiebra, una exigencia del procedimiento concursal" (21).

(18) Satta, op. cit. pág. 390.

(19) Provinciali, op. cit., págs. 48 y s. s.

(20) Provinciali, op. cit. pág. 55.

(21) Cicu, Derecho Comercial — De la Quiebra, Tomo II, pág. 179/180.

Sin embargo, como apuntamos anteriormente, la doctrina contractual cuenta a su favor con la mayoría de los autores y de las jurisprudencias.

Tenemos también como explicación a la especial naturaleza jurídica del convenio otro grupo de teorías, las denominadas "procesales" de las cuales son partidarios todos aquéllos que no creen que el solo consentimiento, la voluntad de una mayoría de acreedores, sea argumento suficiente para obligar a quienes no han concurrido al convenio y a quienes no lo aprobaron, supuesto que, como sabemos, un contrato sólo tiene fuerza vinculante entre las partes contratantes.

Entre estas teorías procesales encontramos la de la "sentencia judicial". Hace derivar la fuerza obligatoria del convenio de la intervención judicial que se concreta en la sentencia. Según esto, la voluntad contractual de las minorías desidentes la crearía la decisión del Juez; la minoría está ligada a lo decidido por el Juez, "el cual no ratifica un derecho creado mediante el contrato, sino que crea sin más ese derecho", como dice Navarrini.

También está la teoría del "contrato procesal". Aquí el convenio es un contrato procesal, que obliga por darse en él, a la vez, el acuerdo entre el deudor y la mayoría y la aprobación del Tribunal. Según opina Brunetti, "las teorías procesales son las que han encontrado mayor crédito en la doctrina moderna".

Existen además las "teorías legales" que hacen descansar la fuerza obligatoria del convenio en la imposición de la ley.

Dentro de estos campos encontramos a Provinciali para quien el concordato —en definitiva— es una resolución del juez. A Cicu, quien escribe: "Anticipemos que aun los contractualistas reconocen que el contrato no tiene fuerza por sí mismo para poner término al estado jurídico creado por

la declaración de quiebra, fuerza que debe atribuirse, en todos los casos, a la resolución del Juez que homologa el concordato" (21 bis). y agrega: "ante la necesidad de justificar tal obligación creemos, en cambio, que la resolución de la mayoría carece de carácter de negocio jurídico, siendo un presupuesto en que la ley se apoya para poner término, mediante resolución del juez, al estado y a los efectos de la quiebra" (22).

Garrigues señala "la complejidad del convenio como institución jurídica integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público)" para concluir que "la génesis y el contenido son contractuales" ya que "como todo contrato, supone el convenio una proposición y una aceptación entre dos partes que quieren regular una cuestión de intereses (forma de satisfacción de unos créditos)"; pero que "a diferencia de todo otro contrato y de todo otro acuerdo de colectividad, el convenio necesita de la aprobación judicial para surtir efectos" aunque "esta aprobación no altera la base contractual del convenio dándole el carácter de sentencia judicial", toda vez que "el Juez se limita a sancionar un acuerdo que tiene trascendencia al procedimiento. Pero no añade nada al contenido de ese acuerdo, ni puede modificarlo en un ápice" (23).

Ramírez sostiene que "el convenio o concordato es un contrato entre el quebrado y sus acreedores que, por ser celebrado en el juicio de quiebra con el propósito de ponerle fin, sustrayéndolo, por tanto, a su normal desenvolvimiento, precisa, para su eficacia o vinculación de la sanción jurídica"; esto es "contrato y acto procesal" (24).

Como es fácil de apreciar, doctrinariamente la controversia es enconada y no logra poner de acuerdo a los autores quienes se critican, se rebaten y hasta cambian de

(21 bis) Cicu, op. cit. pág. 179.

(22) Cicu, op. cit. pág. 180.

(23) Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo II, págs. 527/528.

(24) Ramírez, op. cit. pág. 153.

opinión. Al amparo de lo que dispone nuestra legislación intentaremos exponer nuestro criterio, fundamentado también en los principios doctrinarios examinados.

No puede dudarse que el convenio es un instituto jurídico en el cual encontramos elementos contractuales (los intereses privados en juego) y elementos procesales (de interés público) y ambas clases de elementos lo caracterizan.

Expresa el artículo 964 del Código Civil: "Para que el convenio con el insolvente surta sus efectos y pueda obligar a los acreedores opuestos y a los que oportunamente no se hubieren presentado, debe reunir las condiciones siguientes: 1º) Que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas, ni en reuniones privadas. 2º) Que expresamente consienta en el convenio un número de acreedores competente para formar la mayoría exigida por el artículo 948 (sea, mayoría de votos personales presentes que representen las tres cuartas partes del valor de todos los créditos). 3º) ... 4º) Que el convenio sea aprobado por sentencia ejecutoriada". Y nos dice el Código de Comercio:

Artículo 933.—"... el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes ..."

Artículo 936.—"Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto ..."

Artículo 940.—"Aprobado el convenio por la junta ... , Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva".

Los textos legales transcritos no dejan lugar a dudas: primero que nada, el convenio nace de una oferta que el deudor hace a sus acreedores —constituidos en masa— y que éstos aceptan. Es decir —como apuntaba Garrigues—, el origen y el contenido del concordato son contractuales. Pero aquí surge la cuestión: ¿por qué obliga el convenio a quienes no fueron partes en el contrato, sea, a los acreedores ausentes y a los disidentes? Innegablemente, con base en los principios de la contratación no puede afirmarse que el voto de la mayoría obligue o vincule a la minoría disidente o ausente. Esa vinculación hay que buscarla en factores procesales. Dice Ramírez, y dice bien, que "el concierto de voluntades es el supuesto previo; la aprobación judicial, el supuesto decisivo. Sin acuerdo de voluntades, no puede haber decisión judicial; sin aprobación judicial, de nada sirve aquel concierto previo" (25). Pero en nuestro criterio la fuerza vinculante del convenio no descansa en la homologación que efectúa el Juez, en la aprobación que imparta a lo acordado por deudor y acreedores, precisamente porque el Juez no añade nada al convenio ni puede modificarlo en lo mínimo, simplemente sanciona un acuerdo ya tomado. "Y, por tanto, si el voto mayoritario de los acreedores no puede justificar, ni siquiera explicar legalmente, la vinculación al convenio de los acreedores desidentes y ausentes, tampoco podría explicarla la sanción del Juez, concebida en los términos expuestos" (26). Por esto, nosotros creemos que la fuerza vinculante del convenio, su obligatoriedad para todos los acreedores es una: la ley. No ignoramos, que originaria y fundamentalmente, el convenio es un acuerdo, un contrato entre un deudor y sus acreedores, pero como eso no basta, no explica todas las implicaciones del convenio, creemos que es la ley y no la voluntad de los acreedores ni la decisión del Juez, la que dota al convenio de su fuerza obligatoria. Es la ley la que hace que la mayoría vincule a la minoría.

(25) Ramírez, op. cit. pág. 131.

(26) Ramírez, op. cit. pág. 59.

En apoyo de nuestra tesis, transcribimos de Navarrini lo siguiente: "Según mi opinión, no se puede por menos de relacionar directamente con la imposición de la ley el vínculo del convenio de masa, aun frente a los disconformes, a los ausentes, a los acreedores concurrentes o concursales. No hay nada anormal en que esto sea así, cuando se piense que es precisamente a concretas disposiciones de ley a las que se relacionan los efectos particulares de la quiebra; la estructura del procedimiento, las instituciones que promueven su actuación". Y dice a continuación —valga la larga cita porque es esencial—: "Toda colectividad organizada no puede deliberar, por razones lógicas y de necesidad, sino por mayoría; la posibilidad de que esta deliberación por mayoría roce y disponga también de los derechos de los individuos, y que va más allá de cuanto sucede en la comunidad pura y simple, se debe admitir y encuentra amplia justificación cuando debe considerarse implícita en la composición voluntaria de la comunidad, constituida para finalidades que deben imprescindiblemente conducir a la disposición de los bienes aportados por los individuos (ej. sociedades comerciales), o cuando, como en ese caso, sea ésta una consecuencia de aquel destino —consecución de la igualdad para todos— que la ley, imponiendo la formación de la comunidad, le ha señalado indefectiblemente. Ahora bien; este destino no sería completamente alcanzado si no resultara obligatoria la voluntad de la mayoría, no solamente frente a los que forman parte de la masa, sino a todos aquellos que hubieran podido formar parte de ella; a éstos extiende la ley coactivamente la fuerza de la deliberación de la mayoría. La intervención de la autoridad judicial —con el elemento de la homologación— va dirigido a afirmar que la voluntad de la mayoría, a la que la ley asigna el efecto mencionado, sea verdaderamente la voluntad de la colectividad..."; (27). Con base en todo lo manifestado anteriormente, estamos en total acuerdo

(27) Navarrini, op. cit. págs. 376/377.

con lo expuesto por el destacado Profesor italiano. Concretando, entonces, hemos de concluir que el convenio es un contrato entre el deudor y sus acreedores al que la ley confiere efectos especiales.

Precisando aún más la naturaleza jurídica del convenio, cabe que hagamos referencia a ciertas características que doctrinariamente suelen atribuírsele:

1) Naturaleza unilateral o bilateral del convenio:

Se discute en doctrina si el concordato es un contrato unilateral o bilateral. Apunta Navarrini que la discusión "es una cuestión que tiene importancia práctica, porque se refleja después en las consecuencias que habrán de derivar de su incumplimiento" (28). En la legislación española, el artículo 1124 del Código Civil prescribe las consecuencias del incumplimiento. Entre nosotros, la importancia práctica de la discusión casi no existe, toda vez que la ley no ha regulado explícitamente las consecuencias del incumplimiento, según analizaremos detenidamente en posterior capítulo.

Quienes apoyan la tesis de la unilateralidad del convenio dicen que el deudor no asume obligaciones nuevas, supuesto que son siempre las antiguas obligaciones, reducidas o modificadas por el acuerdo, las que siguen pesando sobre él. Lógica consecuencia será el que si sólo los acreedores asumen obligaciones, no pueda hablarse del convenio como contrato bilateral.

En opinión de otro grupo de autores, "es preferible considerar el convenio como contrato bilateral" (29) (Navarrini). El distinguido tratadista italiano fundamenta su posición analizando las obligaciones del deudor, las cuales, si bien no son nuevas ni más gravosas, "forman y determinan la condición jurídica del deudor en el nuevo con-

(28) Navarrini, op. cit. pág. 346.

(29) Navarrini, op. cit. pág. 347.

trato que realiza, del cual vienen a constituir parte integrante" (30). Ahondando la estructura del convenio, es innegable que nos encontramos con que consagra obligaciones recíprocas. Luego entonces, hemos de admitir el carácter bilateral del convenio.

Propiamente hablando, no podría decirse que han surgido del convenio obligaciones nuevas, ni para el deudor ni para los acreedores, toda vez que el convenio no entraña ni supone novación. Las obligaciones son las mismas que ya existían anteriormente, con las modificaciones que se les hayan introducido de reducir las o aplazarlas, pero las mismas en fin. Por tanto, si bilaterales eran las obligaciones originales, bilaterales seguirán siendo ya que el convenio no las altera en su naturaleza esencial, y bilateral será también el convenio que las contiene. }

2) El convenio, contrato único:

Es éste uno de los escasos puntos donde encontramos uniformidad en el parecer de los autores, uniformidad que podemos resumir en la frase de Navarrini: "el contrato es innegablemente único". El convenio no es un contrato entre el deudor y cada uno de sus acreedores aisladamente considerados, lo cual produciría tantos contratos como acreedores haya, sino más bien un acuerdo entre el quebrado y la masa de sus acreedores. Las partes contratantes son: "el deudor, de una parte, y, de otra, no los acreedores aislados, sino su masa" (31).

Al respecto escribe Bonelli: "el convenio de masa es aquel en el cual la masa concurrente, como ente colectivo, contrata con el quebrado, vinculando no sólo a sus componentes, sino por disposición de la ley, a los componentes de la entera masa concursal" (32).

(30) Navarrini, op. cit. pág. 347.

(31) Navarrini, op. cit. pág. 344.

(32) Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 149.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 964 del Código Civil, podemos afirmar que dentro de nuestro derecho positivo el concordato es un contrato único celebrado entre el deudor y la masa de sus acreedores. Prescribe el artículo 964, inciso 1º:

"Para que el convenio con el insolvente surta sus efectos y pueda obligar a los acreedores opuestos y a los que oportunamente no se hubieren presentado, debe reunir las condiciones siguientes: 1º) Que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas, ni en reuniones privadas..."

Del propio modo señala el artículo 937 del Código de Comercio:

"Será nulo el convenio particular de un acreedor o de un grupo de acreedores con el quebrado..."

Esto es, el convenio particular está prohibido por la ley y sancionado con nulidad, razón por la cual se ha prevenido en el artículo 936 del mismo cuerpo de leyes:

"Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto..."

3) El convenio, contrato oneroso:

En rigor de principios, si contratos onerosos son, según la definición de Castán, "aquellos en que cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación" (habremos de concluir en que el convenio es un contrato oneroso, toda vez que es él "cada una de las partes tiene una ventaja equivalente: el deudor, la de obtener una reducción o una dilación o las dos cosas a

la vez; los acreedores, la de evitar, con el sacrificio que realizan, el alea y la desventaja de una liquidación". (33). ✓

Bonelli, sin embargo, no es partidario de este criterio y dice que si bien el sacrificio que realizan los acreedores no puede calificarse como un acto de liberalidad, no por ello puede decirse que sea un contrato oneroso, ya que nada reciben a cambio de su sacrificio. Pero es indudable que sí obtienen los acreedores ventajas con el convenio, esencialmente, seguridad en la efectividad de sus créditos, lo cual puede reforzarse aun más si en el concordato un tercero se constituye fiador del deudor. No hay pues liberalidad sino provecho; habrá entonces un contrato oneroso.

4) El convenio y la novación:

Otro punto cuestionado en la doctrina es si el convenio implica novación. La mayoría de los autores emiten criterio negativo, salvo que se pacte la sustitución del deudor por un tercero, o se asuman nuevas obligaciones en lugar de las anteriores, circunstancias en la que sí se da claramente una novación. Bonelli manifiesta que, con excepción de los casos apuntados "el concordato no importa de por sí novación, porque ni la prórroga del término, ni la reducción del crédito, ni la unión de los dos hechos, que vienen a ser el contenido normal del concordato, son suficientes a operar novación de una obligación. La acción del acreedor sigue siendo la que tenía, pues no adquiere con el concordato ni un nuevo derecho, ni un nuevo título". (34).

En el criterio de Satta no puede hablarse de novación porque corrientemente lo que se da es una simple modificación de la obligación originaria, sin desechar del todo la posibilidad de una novación por pacto especial al respecto.

(33) Navarrini, op. cit. pág. 348.

(34) Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 153.

Navarrini es de la misma opinión: "El convenio no implica novación. Sigue rigiendo la antigua obligación que ligaba al deudor y acreedores, si bien modificada por el convenio. . ." (35).

De conformidad con nuestro ordenamiento positivo debemos concluir, con la mayor parte de los tratadistas, que el convenio no entraña novación salvo que se pacte la sustitución del deudor o el cambio de las obligaciones. El artículo 815 del Código Civil apunta claramente que la novación no se presume, necesitándose que conste la voluntad de otorgarla, ya sea porque resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes.

Si la novación no se presume y si no se produce transformación alguna en las obligaciones existentes, las que sólo se modifican en forma no esencial, no podemos hablar de novación en el convenio puesto que ésta, según prescribe el artículo 814 del Código Civil, sólo se efectúa al sustituirse el antiguo deudor o al variar el objeto o la causa de la obligación. Únicamente en estos casos, el convenio podría implicar novación.

5) El convenio y la transacción:

Es fuente de controversias doctrinarias, también, el determinar si el convenio implica una transacción.

La mayoría de los tratadistas sostienen que el convenio no es una transacción por cuanto: a) en el proceso de quiebra no hay una litis propiamente dicha b) en el convenio faltan, o pueden faltar, las recíprocas renunciaciones o concesiones por la incertidumbre del derecho, esenciales en toda transacción. Por las razones apuntadas, en el criterio de Navarrini, "la opinión preferible es la negativa". Del mismo parecer es Bonelli.

(35) Navarrini, op. cit. pág. 344.

Los que sostienen que sí se da la transacción en el convenio, fundamentan su opinión en que: a) para poder hablar de transacción basta con la incertidumbre en la realización o efectividad del derecho, no precisándose la incertidumbre del derecho; y "en el convenio los acreedores adquirirán la certidumbre de la realización sin esperar ni someterse a la incertidumbre de la liquidación de quiebra". (36); y b) que la quiebra es, innegablemente, un proceso de ejecución forzosa.

Abandonando la teoría, donde los autores se encuentran fuertemente divididos, examinemos nuestro derecho positivo. De conformidad con las disposiciones pertinentes de nuestro Código Civil, no queda más remedio que aceptar que el convenio aprobado judicialmente implica una transacción, El artículo 967 del citado Código dice que "aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción", lo cual implica que esa sentencia produce cosa juzgada, cerrándose el camino para entablar posteriores demandas ordinarias contra el concordato.

El artículo 1809 del Código Civil español define la transacción como "un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Aceptando que el convenio pone fin al proceso de quiebra y siendo ésta un juicio propiamente dicho, la conclusión que se impone es una: el convenio concursal es una transacción. Dicho en otros términos: un contrato transaccional.

(36) Navarrini, op. cit. pág. 348.

SEGUNDA PARTE:

PROCEDIMIENTOS DEL CONVENIO

Cabe ahora, una vez concluido el análisis doctrinario del convenio, su esencia y naturaleza, examinar la tramitación propia de esa "fase del procedimiento de quiebra" que es el concordato, según expresión de Provinciali. Supuesto que se trata de un procedimiento completo, analizaremos todas sus etapas, actuaciones y efectos, desde la demanda o petición inicial hasta la resolución judicial final.

En términos generales, señala la doctrina las siguientes etapas

- I.—Iniciativa.
- II.—Admisión a trámite.
- III.—Aprobación Judicial u Homologación; sus efectos.
- IV.—Impugnación del convenio aprobado; resolución y anulación del concordato.

I.—INICIATIVA DEL CONVENIO

1) Legitimación para proponer convenios:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 963 del Código Civil, corresponde al deudor no a los acreedores, ni tampoco indistintamente, la iniciativa del convenio. Señala el artículo: "...puede el insolvente hacer a los acreedores las proposiciones que a bien tenga sobre el pago o arreglo de sus deudas".

Y el artículo 964, al enumerar los requisitos para la validez del convenio, expresa en su inciso 1º: "Que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas..." No alude en ningún momento a que esas proposiciones puedan ser hechas por los acreedores.

Sin indicarlo expresamente, se deduce con facilidad del Código de Procedimientos Civiles que es el deudor quien hace la proposición para celebrar un acuerdo con sus acreedores (artículos 623 y 624).

Al respecto el Código de Comercio, en su artículo 933, indica: "...el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes". En el artículo 936 pareciera precisarse un poco más: "...Esa proposición (la del convenio) deberá presentarse al juzgado con la solicitud de convocatoria a la junta, y estará a disposición de los acreedores para su estudio". Esto es, el quebrado hace la oferta y los acreedores la estudian para ver si la aceptan o no. Y en el artículo 907, correspondiente al capítulo de Juntas de Acreedores, da la idea de que resuelve claramente la cuestión cuando expresa:

"También se convocará a los acreedores cuando el deudor, un acreedor o un tercero extraño al concurso quieran proponer un arreglo. En ese caso debe acompañarse el proyecto de arreglo para que lo conozcan los acreedores antes de celebrar la junta".

De los artículos supra transcritos concluimos que en nuestra legislación civil, la legitimación para proponer convenios corresponde al deudor; todo pareciera indicarlo así, aunque incuestionablemente no esté contenido en ninguno de los textos legales precitados. En la legislación mercantil esa legitimación se concede al deudor, a los acreedores y —con una amplitud que pareciera excesiva— también un tercero puede proponer convenios. Ahora bien, no a todos los deudores se les confiere el derecho, a tenor de lo prescrito en la parte final del artículo 933 del Código de Comercio: "...No podrá hacer proposiciones de convenio el deudor que anteriormente hubiere sido condenado por el delito de quiebra fraudulenta. Tampoco podrá hacerlos quien habiendo sido declarado en quiebra en otra oportu-

nidad, hubiere hecho arreglos con sus acreedores y tales arreglos no hubieren sido cumplidos".

La solución al punto no es uniforme en todas las legislaciones. En el derecho español, esa legitimación corresponde por igual al quebrado y a sus acreedores.

En la legislación italiana, conforme lo indican Satta y Provinciali, es el deudor (o su mandatario) quien hace la propuesta a los acreedores, bajo forma de demanda dirigida al juez. En el derogado Código de Comercio italiano sí se confería legitimación a los acreedores e incluso al curador (evidentemente en representación de la masa).

En la ley mejicana se da una legitimación heterogénea, pudiendo hacer la proposición el quebrado, el Síndico o los acreedores.

A la luz de los principios que informan el derecho de la contratación, la iniciativa para proponer el convenio debería corresponder a todos los sujetos del mismo, empero, como un argumento más a favor de la tesis de la concepción del carácter público del concordato, la mayoría de las legislaciones otorgan esa iniciativa únicamente al sujeto pasivo mismo, sea, al deudor.

2) Momento en que puede proponerse:

En orden al momento procesal en que un convenio de masa puede ser propuesto, nuestra legislación civil permite que puedan celebrarse antes o después de la Junta de Calificación de Créditos. Así, el Código de Procedimientos Civiles, artículo 623, prescribe que en cualquier momento que el deudor advierta al Juez la proposición de un convenio, si alguien ofrece pagar los gastos de convocatoria, se convoca a Junta inmediatamente, diferiendo cualquier otro asunto. Por los inconvenientes lógicos a que tal disposición podría dar lugar, en el Código de Comercio —artículo 933—, se dispone que la Junta que conocerá del convenio

sólo puede celebrarse "después de la calificación de créditos y antes de la distribución final". Queda circunscrito entonces, el convenio anterior a la Junta de Calificación, sólo a lo civil, y aun en este campo, armonizando las disposiciones pertinentes, se concluye en que para conocer de un convenio ya ha debido transcurrir el plazo indicado para legalizar los créditos, puesto que de lo contrario no se sabría quiénes pueden votar en la Junta respectiva. Si se permitiera proponer un convenio en cualquier estado del juicio, aun antes de conocerse el estado pasivo del deudor, se favorecería, por razones obvias, el fraude y el abuso. Incluso, sería de desear que en nuestra legislación se incluyera el que la celebración del convenio sólo puede verificarse después del examen y reconocimiento de los créditos y después de haberse hecho la calificación de la quiebra, tal como lo prescriben la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código de Comercio en España.

En la legislación italiana, "la propuesta no puede ser formulada antes que se haya hecho ejecutivo el estado pasivo". (1). Apunta Provinciali: "La demanda no puede proponerse antes de la ultimación de la aprobación del estado pasivo definitivo (artículo 97 de la Ley de Quiebra), ya que antes no se conoce el importe del pasivo ni el número y calidad de los acreedores admitidos, y no sería ni siquiera posible aquella definitiva inmutabilidad en la situación patrimonial que, según veremos, es un efecto natural de la concesión del concordato". (2).

3) Contenido de la propuesta:

Como se manifestó al analizar en capítulo precedente el contenido de un convenio de masa, la propuesta puede contener, en términos generales, la oferta del pago de un determinado porcentaje de los créditos, en cuyo caso estaremos ante un convenio remisorio; o solamente indicar un

(1) Satt, op. cit. págs. 393/394.

(2) Provinciali, op. cit. pág. 62.

determinado plazo para el pago total de los créditos (convenio dilatorio); o bien, la oferta de una cesión de los bienes; y también, una mezcla de los distintos contenidos señalados. Como bien dice Satta, lo único que en el concordato no se puede estipular "es la remisión total de las deudas, o un trato desigual de los acreedores" (3), toda vez que, como sabemos, la 'par condicio' o trato de igualdad para los acreedores es el fundamento del concordato. También, lógicamente, deben incluirse las garantías de cumplimiento que el deudor ofrece.

Al fijar el contenido de un convenio de masa no puede pensarse que haya una absoluta libertad de las partes. Hay limitaciones, justificadas en gran medida por la circunstancia de que el convenio afecta y obliga tanto a los que intervienen en él y lo aprueban, como a los que no han intervenido y a los que no estuvieron de acuerdo con él. Esas limitaciones son reglas de protección para los acreedores ausentes y desidentes, puesto que sus derechos se ven afectados por la ley de la mayoría. Esas limitaciones a la voluntad de las partes podemos exponerlas así, de conformidad con la ley:

a) El convenio debe ser hecho dentro del proceso de quiebra y no fuera del mismo. Al efecto dispone el artículo 964 del Código Civil, inciso 1º "que las proposiciones sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas, ni en reuniones privadas". Y el 936 del Código de Comercio lo ratifica: "Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto..." Y agrega el 937: "Será nulo el convenio particular de un acreedor o de un grupo de acreedores con el quebrado; si se hiciere, tales acreedores perderán cuantos derechos tengan en la quiebra, la cual por ese solo hecho, será calificada de culpable".

(3) Satta, op cit. pág. 394

2) b) De lo cual deducimos una segunda limitación: que el convenio ha de ser hecho en forma colectiva, sea, con la masa de acreedores y no en particular con cada uno de éstos o de lo contrario éstos perderán sus derechos y la quiebra se tendrá como culpable.

3) c) El convenio ha de ser hecho en forma pública y no en secreto. Dispone el artículo 936 in fine (Código Mercantil):

"... Esa proposición deberá presentarse al juzgado con la solicitud de convocatoria a la junta, y estará a disposición de los acreedores para su estudio".

4) d) Otra limitación que señala la ley y que subraya enfáticamente la doctrina es el respeto del convenio a la igualdad de los acreedores. El convenio no puede establecer condiciones desiguales para los acreedores. Expresa el artículo 964 del Código Civil en su inciso 3º:

"Que se acuerden iguales derechos a todos los acreedores a quienes comprende el convenio, salvo que los perjudicados consientan en lo contrario".

Y en la doctrina Navarrini dice: "La cuota de participación de cada acreedor en la masa común es fijada con la verificación, y no puede variarse por deliberación de la colectividad. Esta puede disponer de los créditos en bloque, no puede variar las condiciones de cada uno".

Y en la doctrina encontramos otras limitaciones que es importante anotar:

5) e) El convenio no puede comportar la aceptación personal de obligaciones por parte de los acreedores. Anota Navarrini: "Esto excedería de los fines para los cuales la masa de quiebra ha sido constituida: llegar a la satisfacción

de los derechos de los acreedores tal como eran cuando se declaró la quiebra" (4).

- 6 f) Imposibilidad de una remisión total de las deudas: Como dice Ripert, el convenio se celebra en beneficio de los acreedores y del deudor y es un acto de carácter oneroso. Una remisión total de las deudas sería un acto a título gratuito. Y con su reconocida autoridad escribe Navarrini: "El fin de la comunidad y la tarea de sus órganos van dirigidos a la mejor satisfacción de los créditos comunes" por tanto: "no puede entrar en las funciones de la mayoría el renunciar —y hacer renunciar— de modo total a la satisfacción de los créditos" (5).

Ahora bien, dada la base contractual del convenio, regirá para éste el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, las partes pueden, ajustándose a la ley, en punto a las limitaciones señaladas, hacer las estipulaciones y pactos que estimen oportunos.

4) Requisitos de la propuesta:

Con base en todo lo expuesto anteriormente, podemos resumir los requisitos de la proposición del convenio en materia mercantil así:

a) El quebrado, los acreedores y aun terceros pueden proponer un convenio (artículos 933, 936, 907 del Código de Comercio).

b) No pueden celebrar convenios los quebrados fraudulentos ni los que hubieren incumplido un convenio anterior. (Artículo 933 del Código de Comercio).

(4) Navarrini, op. cit. págs. 360/361.

(5) Navarrini, op. cit. pág. 361.

c) Solamente después de la calificación de créditos y antes de la distribución final puede proponerse un convenio. (Artículo 933 del Código de Comercio).

d) Por último, únicamente convocará el juez a la junta que debe conocer de la propuesta de convenio hecha, si alguien ofrece pagar los gastos que tal cosa demande. (Artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles).

II. ADMISION POR LA JUNTA DE ACREEDORES

Una vez efectuada la proposición de convenio por parte del deudor, el juez convoca a los acreedores a una junta para conocer dicha oferta. Conforme lo dispone el artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles, (el Código de Comercio guarda silencio en punto a notificaciones) esa convocatoria deberá publicarse dos veces consecutivas en el Boletín Judicial, con ocho días de anticipación por lo menos. En otras legislaciones, la española por ejemplo, la convocatoria se notifica personalmente a los acreedores con domicilio conocido y por edictos a los ausentes, pero en nuestro sistema se simplifica a dos publicaciones en el Boletín Judicial.

1) Quiénes asisten a la Junta:

En primer término, lógicamente, el deudor proponente como parte contratante que es. Con la parquedad que caracteriza a nuestra legislación en el tema en estudio, no se encuentra en ella disposición alguna acerca de si es esencial que el quebrado intervenga en persona, tal como lo dispone la legislación italiana, o si puede hacerse representar por mandato suyo. Resolviendo el punto a la luz de los principios generales de la representación jurídica, podríamos concluir en que sí puede el deudor ser sustituido por su representante jurídico.

Asiste también el curador, el cual debe informar a los acreedores sobre la administración del concurso, las posibilidades de su continuación y sobre la posible calificación del concurso, lo cual, innegablemente, puede influir sobre la aceptación o rechazo del convenio.

Y es de esencia, además, la concurrencia de la otra parte contratante, sea, los acreedores, quienes intervienen también en persona, o por medio de mandatario que puede serlo otro acreedor o un abogado.

2) Trámite en la Junta:

Para que la junta pueda celebrarse válidamente y los acuerdos tomados obliguen a todos los acreedores, será preciso que el número de los acreedores asistentes represente, por lo menos, las tres cuartas partes del capital.

Integrada la junta en debida forma, se lee la propuesta hecha. A continuación, el curador rinde los informes indicados en párrafo precedente. En el artículo —624 del Código de Procedimientos Civiles— se dice que es el juez quien rinde estos informes; empero, es el curador quien lo hace, a tenor de lo dispuesto en el artículo 936 del Código Civil que señala la obligación de los curadores de rendir los informes del caso en cada junta de acreedores.

No encontramos en los artículos pertinentes disposiciones que regulen la forma en que se celebrará la discusión del convenio. Es dable pensar que se hará como usualmente se celebran esas juntas y que al final de las discusiones podrá introducirse reformas a la propuesta original, de conformidad con modificaciones que hayan sugerido los concurrentes, siempre y cuando, claro es, el deudor las acepte. En las legislaciones española e italiana se permite, en forma expresa, la modificación de la propuesta. "... en sus condiciones y modalidades es modificable por parte del que la ha propuesto, o por parte de quien le afecta ..." escribe Provinciali (6).

(6) Provinciali, op. cit. pág. 87.

Cerrado el debate, se someterá a votación la propuesta del convenio. Acerca de quiénes pueden votar, merece la pena que hagamos un análisis breve.

Indicamos anteriormente que para que la junta pueda celebrarse válidamente se requiere la presencia del número de acreedores que represente, como mínimo, las tres cuartas partes del capital. Esto es así toda vez que, de conformidad con el artículo 948 del Código Civil, se requiere para aprobar el convenio la mayoría de votos presentes que representen las 3/4 partes del pasivo total. Es una doble mayoría, mayoría en número y mayoría en cantidad.

Absurdamente, sin justificación alguna ni base aparente, el artículo 939 del nuevo Código de Comercio, haciendo caso omiso de legislaciones y doctrina, estatuye que la mayoría requerida para la aprobación del convenio la constituyen las tres cuartas partes de la totalidad del pasivo. Únicamente voto de capital; desaparece la doble mayoría, protección y garantía de los acreedores. Un solo acreedor cuyo crédito represente las tres cuartas partes del pasivo, podría aprobar un convenio que perjudicara al resto. ¿Para qué entonces junta de acreedores? Bastaría con preguntarle a ese acreedor, mayoritario en sí mismo, si está de acuerdo o no con la propuesta hecha, (de la cual bien podría ser el autor) con lo cual habría ahorro de tiempo y dinero. Confiemos en una pronta corrección de disposición tan sui-géneris.

Ahora bien, ¿quiénes votan? La propuesta del convenio es de conocimiento de todos los acreedores, supuesto que todos se enteran a través de las publicaciones que se hacen en el Boletín-Judicial convocando a la junta. El derecho de voto, sin embargo, sólo lo tienen los acreedores comunes o quirografarios como se les llama también. Carecen de él los acreedores con hipoteca, prenda u otro privilegio, a no ser que renuncien a su privilegio y pasen a formar parte de la masa de acreedores comunes. No ha

de olvidarse que si no participan en el convenio, éste no les afectará en nada sus derechos.

Señala el párrafo primero del artículo 967 del Código Civil:

"Aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción en favor y en contra de todos los acreedores del concurso; hayan o no legalizado sus créditos; pero en cuanto perjudique a los acreedores que tengan algún privilegio o preferencia, sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente".

Esto es, si el acreedor privilegiado se adhiere al convenio votándolo favorablemente, éste le afectará en cuanto a porcentajes, remisiones y plazos, pasando a formar parte de la categoría de acreedores comunes. Si no lo vota, si no interviene en la aprobación del convenio, sus derechos de acreedor preferente no sufren alteración alguna.

De igual manera, el artículo 938 del Código Mercantil en sus párrafos 1º y 2º señala:

"A la Junta que conozca del arreglo solamente podrán asistir con voz y voto los acreedores que hayan sido aceptados por la junta y una vez firme la resolución que apruebe lo acordado acerca de tal aceptación. Los acreedores con garantía real no tienen derecho a intervenir en el arreglo, a menos que renuncien la garantía quedando en calidad de acreedores comunes. . ."

Acepta, además, en forma expresa, que los acreedores privilegiados pueden participar del concordato por el saldo en descubierto que les haya quedado después de verificado el remate, previa legalización por supuesto.

Esta facultad que se concede a los acreedores privilegiados de participar o no en el convenio, se denomina en

la doctrina española "derecho de abstención", al que Ramírez define como el "derecho a sustraerse a los efectos de un convenio de masas o votado en un juicio de quiebra" (7).

Del párrafo del artículo 967 transcrito se desprende que el acreedor privilegiado no tiene que manifestar expresamente que renuncia al convenio. Ejercita su derecho de abstención con sólo no asistir a la junta o, caso de asistir, con sólo no tomar parte en sus deliberaciones ni votaciones, toda vez que "sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente". La aceptación es expresa, la abstención es tácita.

En la legislación italiana esa renuncia puede ser parcial, siempre y cuando no sea inferior a un tercio del crédito admitido, en capital, intereses y costas. También en nuestra legislación en base a lo dispuesto en el artículo 943 del Código Civil, la renuncia puede ser parcial, pero sin que se indiquen condiciones especiales al efecto.

Como es lógico suponer, la validez de esa renuncia del acreedor privilegiado está sujeta a la condición de que el convenio se homologue o apruebe por el Juez, porque de lo contrario quedaría anulada.

En el sistema francés y el italiano, el acreedor privilegiado que renuncia a su privilegio para participar del convenio, queda reducido a la categoría de acreedor común sin ostentar ningún grado preferente. En nuestra legislación civil se acepta el que este acreedor privilegiado que renuncia se asimile al acreedor común, pese a que el artículo 967 del Código Civil, atinente al caso, no lo dice expresamente. Por el contrario, en forma clara y precisa así lo prescriben los artículos 938 y 939 del nuevo Código Mercantil.

La legislación española ofrece una situación diferente: en lugar de la opción entre la conservación de la garantía

(7) Ramírez, op. cit. pág. 189.

y la participación en el convenio de los sistemas antes citados, en España los acreedores privilegiados pueden abstenerse de formar parte en el convenio con el cual conservan intacto su derecho, el crédito y su garantía, "pero pueden, si lo prefieren, participar en la junta con voz y voto. En este caso la ley los somete al convenio, en cuanto implica reducción del crédito (quita) o aplazamiento (espera); pero al crédito así modificado por el convenio no lo despoja del lugar y grado que le corresponda por el carácter preferente que sigue conservando" (8).

Hay una cuestión importante que nuestra legislación civil no resuelve y es si deben o no ser tomados en cuenta los créditos privilegiados a la hora de determinar el monto de las tres cuartas partes del capital, requeridas para la aprobación del convenio.

La mayor parte de las legislaciones, la española y la italiana entre ellas, señalan que el monto de los créditos privilegiados cuyos titulares se hubieren abstenido de participar en el convenio debe ser deducido, esto es, no se computa al hacer el cálculo del porcentaje del pasivo del quebrado, imprescindible para la celebración de la Junta y la validez de los acuerdos en ella tomados. Esta solución es justa si se recuerda que a los acreedores privilegiados no les interesa el convenio toda vez que no les afecta sus derechos, salvo que lo voten favorablemente. Justicia que se evidencia aun más al analizar que, en oportunidades, los créditos privilegiados montan una suma tal que de tomarse en cuenta siempre, harían imposible la celebración de cualquier convenio. No debe olvidarse que el convenio tiende, esencialmente, a buscar una solución favorable a los acreedores comunes.

A la luz de los principios doctrinarios y ante el silencio de nuestra legislación civil la solución que se impone en nuestro medio es una: si el acreedor privilegiado concurre

(8) Garrigues, op. cit. pág. 529.

con su voto a aprobar el convenio, en cuyo caso éste le afectará, su crédito se toma en cuenta. Pero si no concurre, si permanece al margen conservando sus privilegios y garantías, debe omitirse a la hora de determinar a cuánto ascienden las tres cuartas partes de los créditos requeridos para la aprobación del convenio. Y esta misma solución, —por razones obvias—, sería aplicable al caso en que el acreedor privilegiado concurriera a la junta, pero votara negativamente el concordato.

En la legislación mercantil actualmente en vigencia, se excluyen definitivamente los créditos de los acreedores privilegiados del cómputo necesario para la aprobación del concordato (Artículo 939).

Siempre en relación a quiénes pueden votar en la junta, es interesante referirnos brevemente a ciertas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Dispone, en lo que nos interesa, el artículo 949 del Código Civil:

"Tendrán voz y voto en las juntas anteriores a la de calificación de créditos, todos los acreedores del concurso que consten en la lista presentada por el insolvente y rectificadas por el curador provisional, o en la formada directamente por éste en el caso de que aquél no hubiere presentado ninguna".

Esto es, y conforme lo dispone el Código Civil si se celebrare la junta para conocer del convenio antes de la junta calificadora de crédito, se presentaría el inconveniente de que en ella podrían votar acreedores cuyos créditos podrían ser rechazados en ésta, con lo cual, un acreedor con un crédito no legítimo podría influir en la aprobación del convenio. Es ésta la posible razón de que el artículo 933 del Código de Comercio disponga, según vimos, que los convenios sólo podrán celebrarse después de la calificación de los créditos.

De celebrarse el convenio una vez verificada la junta de calificación, sólo tienen voto los acreedores con créditos reconocidos, exceptuándose, por disposición de la ley, los acreedores que hubieren sido socios o dependientes del deudor en los seis meses anteriores al concurso. Sí pueden votar el convenio los parientes del quebrado a quienes no se les permitía participar en las juntas anteriores a la de calificación. En la legislación italiana, "por razones obvias de sospecha", dice Provinciali, el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad están excluidos del voto y del cómputo de las mayorías. En el sistema español, se excluye terminantemente a la esposa del quebrado en todos los casos.

Y siempre en relación con el punto en análisis, importa la disposición del artículo 952 del Código Civil:

"El acreedor dueño de un crédito no reconocido no puede concurrir a las juntas mientras por fallo ejecutoriado no se declare que es tal acreedor; pero desde que haya iniciado el juicio respectivo, el importe del crédito demandado deberá tomarse en cuenta para computar la mayoría en la junta sobre convenio".

Es decir, los acreedores cuyo crédito ha sido rechazado no votan la aprobación o improbación de un convenio, pero el monto de su crédito se toma en cuenta para formar las tres cuartas partes del capital, siempre y cuando tengan demanda pendiente para obtener el reconocimiento de su crédito en la vía ordinaria. Si su crédito no es tomado en cuenta, este acreedor con crédito litigioso puede oponerse al convenio; sin embargo, si posteriormente se adhiere, éste será válido. (Artículo 966 del Código Civil).

Se discute en doctrina si gozará de validez el voto emitido por carta. Dos son las tendencias al respecto: los que sostienen que el convenio es un contrato manifiestan que lo que interesa es la formación de la voluntad contractual.

Otros, por el contrario, apuntan que lo que debe prevalecer es el elemento deliberativo de los acreedores, no el aspecto contractual que puede tener el convenio. Por tanto, no se podría admitir el voto por escrito, toda vez que faltaría la deliberación necesaria.

Al respecto escribe Navarrini: "Quien mantiene como relevante al elemento contractual del convenio, se muestra inclinado a admitir esta forma de adhesión; (por escrito) quien da mayor importancia a la deliberación que precede y legitima el acuerdo propende a la opinión contraria. Pero, en la gran mayoría, tanto la doctrina como la jurisprudencia, preocupadas especialmente del interés de los acreedores lejanos o dispersos, están decididas por la validez del envío del voto por carta; ni los principios generales ni las disposiciones positivas de la ley se oponen a ello" (9).

No podemos hacer nuestras las palabras del brillante autor italiano. De conformidad con las disposiciones de nuestra legislación, hemos de convenir con la segunda teoría, supuesto que en el artículo 948 del Código Civil claramente se señala que los acreedores deben concurrir, estar presentes en la junta; y en el artículo 964 del mismo cuerpo de leyes, entre las condiciones que fija para la validez del convenio, en su inciso 1º prescribe que las propuestas sean "hechas y deliberadas en juntas". Y el artículo 938 del Código de Comercio habla de "asistir". En nuestro medio, entonces, no pueden los acreedores emitir su voto por escrito.

En la ley actualmente vigente en Italia, la votación puede hacerse íntegramente por escrito, de suerte tal que no precisa celebrar junta; simplemente hacen los acreedores llegar al juez su adhesión o su repulsa al convenio. Esto es, en la avanzada y moderna legislación italiana se ha llegado a exagerar el fundamento de carácter público del convenio con esta especial modalidad de votación que ha merecido una acerba crítica de Provinciali, con rasgos de

(9) Navarrini, op. cit. pág. 365.

ironía notables. Oigámosle: "La ley vigente ha querido abolir la asamblea; con ello ha suprimido toda posibilidad de discusión y ha establecido este curioso sistema, por medio del cual aprueban el concordato, no solamente aquellos que escriben su aceptación (y nadie escribe puesto que el escribir es inútil, ya que basta el silencio), sino también aquellos que no escriben nada: lo que puede deberse a las más variadas causas, incluso a no recibir la carta certificada del curador, o recibirla con retraso, o contestar con retraso. Puede también después de haber recibido la carta certificada, haber fallecido: pero también en este caso, su silencio, bien explicable, significa que votan y se adhieren... para votar el convenio basta permanecer en silencio en el cementerio... Solamente aquellos que escriben expresamente y temporáneamente su no aceptación, se reputan disconformes. La asamblea deliberante de la ley derogada ha sido sustituida por esta reunión epistolar, en la cual la parte más constructiva está constituida por la falta de respuestas. Por eso maravilla que por los escritores más acreditados (así Satta) se hable todavía de 'correcta formación de la voluntad colegial': la voluntad colegial no puede emanar más que del colegio, esto es, de la reunión y de la libre discusión; precisamente lo que la ley vigente ha destruido. Frente a estas constataciones, es bien pobre consolidación la de que en el criticado sistema se halle la más clara y decisiva prueba (aunque no sea necesaria) del carácter publicístico del concordato. Esto no significa deliberada ignorancia o artificial abolición del interés privado de los acreedores: el cual encontraba mayor tutela en el viejo sistema sin que ello pudiese cambiar la realidad abjetiva del contenido de la institución" (10).

Ante tan demoledores argumentos nos quedamos con nuestro sistema en el cual la junta de acreedores no es un órgano consultivo, sino un órgano deliberante y soberano.

(10) Provinciali, op. cit. págs. 92/94.

III — APROBACION DEL CONCORDATO. HOMOLOGACION JUDICIAL

Aprobado el convenio en la junta por la mayoría de acreedores señalada en el capítulo precedente, no por ello quedan éstos automáticamente obligados. Para que la obligatoriedad surja se requiere que el concordato sea aprobado judicialmente. Aprobación judicial que recibe en doctrina el nombre de "homologación". Solamente el convenio homologado tendrá valor frente a todos los acreedores, aceptantes y no aceptantes. ¿Por qué debe ser homologado el concordato?

"El concordato votado por las mayorías prescritas por la ley no es definitivo sino después de la homologación por el tribunal cuya intervención es, como hemos dicho, requerida por las consecuencias del mismo concordato, por su obligatoriedad, no solamente para quienes lo han resuelto sino también para quienes no han intervenido en él o lo han rechazado" (11).

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, aprobado el convenio por los acreedores, el Juez no lo aprueba de inmediato, sino que ordena publicarlo en el periódico oficial. El artículo 965 del Código Civil no dice cuántas veces debe de hacerse la publicación. En el artículo 940 del Código de Comercio sí encontramos esa indicación: "Aprobado el convenio por la Junta, se publicará en el periódico oficial por tres veces consecutivas". Quince días después, el Juez entra a resolver el convenio aprobándolo o improbandolo.

En ese lapso de quince días pueden ocurrir dos cosas: a) que los acreedores con derecho a hacerlo hayan presentado incidentes de improbación. "Precisamente porque la homologación del concordato tiene por fin proteger los intereses de la minoría, la ley ha acordado a los acreedores pe tenecientes a ella el derecho de discutirlo deduciendo

(11) Cuzzi-Cicu, op. cit. págs. 226/227.

oposición" (12); b) que los acreedores con derecho a oponerse no lo hagan. "Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo". (Artículo 940 del Código de Comercio), En otros términos, pero en idéntico sentido encontramos el artículo 625 del Código de Procedimientos Civiles.

Cabe que nos ocupemos ahora de las oposiciones que pueden interponerse contra la aprobación del convenio, quiénes pueden hacerlas y por qué motivos.

Sin lugar a duda, sólo los acreedores —no el quebrado— tienen facultades para oponerse al convenio a efecto de impedir su aprobación. Así se desprende de los artículos 941 del Código de Comercio, 965 y 966 del Código Civil, y así lo reconoce la doctrina. Empero, no son todos los acreedores los que pueden ejercitar tal derecho, sino únicamente aquéllos que no concurrieron a la junta donde el convenio fue conocido y aprobado, esto es, los acreedores ausentes; también, lógicamente, pueden oponerse los acreedores disidentes, sea, los que concurrieron a la junta y votaron en contra. "Solamente los acreedores que no lo hubieren dado el voto al arreglo o que no hubieren asistido a la junta, podrán oponerse". (Artículo 941 del Código de Comercio). Y en el Código Civil: "Durante esos quince días los acreedores con derecho a votar, que improbaron el convenio o que no concurrieron, podrán oponerse a la aprobación..." Como principio general, los acreedores que no tienen derecho de voto en la junta que conoce del convenio, carecen del derecho de oponerse a él. Se apunta a este principio una única excepción: "Los acreedores con crédito litigioso pueden oponerse al convenio por no haberse tomado en cuenta su crédito para computar las tres cuartas partes del valor total de los créditos; pero si después

(12) Cuzzi-Cicu, op. cit. págs. 226/227.

se adhieren al convenio, será válido éste". (Artículo 966 del Código Civil).

Y esta disposición del Código Civil —que no encontramos en el Código de Comercio— nos aboca al siguiente punto a tratar: por qué motivos pueden oponerse los acreedores a que el convenio se apruebe.

Las causales de oposición están taxativamente enumeradas en el artículo 965 del Código Civil:

1°—Defectos en las formas prescritas para la convocación de la junta.

2°—Colusión entre el deudor y algún acreedor de los concurrentes a la junta para estar a favor del convenio.

3°—Deficiencia en el capital o en el número de acreedores necesarios para formar mayoría". Enumeración que repite el artículo 941 del Código de Comercio.

Única y exclusivamente una de estas causas puede fundamentar un incidente de improbación. Analicémoslas:

1°—"Defectos en las formas prescritas para convocación de la junta".

Como vimos, la junta de acreedores para conocer de un convenio se encuentra sujeta a requisitos, en especial en orden a su convocatoria, que deben ser cumplidos rigurosamente, supuesto que, de no observarse, dan base para presentar un incidente de improbación que haría imposible la aprobación judicial del concordato en virtud del principio de nulidad.

Por manera que si no se publica la convocatoria o se publica en forma distinta de la señalada por la ley (artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles), se habrá infringido el procedimiento y será declarada con lugar la oposición.

Si bien el inciso en comentario no habla más que de defectos en la convocación, será lógico suponer que también la tramitación o celebración de la junta deben ajustarse a los requisitos señalados por ley para su validez, toda vez que la forma garantiza el fondo.

2º—"Colusión entre el deudor y algún acreedor de los concurrentes a la junta para estar a favor del convenio".

La ley no quiere pactos privados entre el quebrado y sus acreedores o algunos de ellos. De celebrarse, la ley sanciona el acto con nulidad y va más allá todavía, ya que extiende la sanción a los que en el acto intervinieron. Dispone el artículo 937 del Código de Comercio:

"Será nulo el convenio particular de un acreedor o de un grupo de acreedores con el quebrado, si se hiciera, tales acreedores perderán cuantos derechos tengan en la quiebra, la cual por ese solo hecho, será calificada de culpable".

Esto es, el acto es nulo, los acreedores pierden sus derechos, y en cuanto al deudor, su quiebra se califica de culpable. Sin embargo, —se nos ocurre a nosotros—, es sanción leve el calificar de "culpable" la quiebra. Con más propiedad pudo haberse establecido que sería calificada de "fraudulenta" en caso de comprobarse una colusión, prestándonos base legal para tal opinión el inciso 2º del artículo 892 del Código Civil que reputa de fraudulenta la insolvencia cuando ha habido manejos dolosos de parte del deudor para defraudar a sus acreedores, y qué es la colusión a que alude el inciso en comentario sino manejos dolosos del quebrado en perjuicio de sus acreedores?

Debe tenerse presentes que son las colusiones las que la ley sanciona, sea, los pactos o confabulaciones en daño de tercero, no cualquier conversación que tengan quebrado

y acreedores, de ser así no podría celebrarse nunca un convenio. Sabido es que para obtener votos deben ser persuadidos los votantes.

3º—"Deficiencia en el capital o en el número de acreedores necesarios para formar mayoría":

Si la doble mayoría prevenida por la ley para la aprobación del convenio falta, el convenio es defectuoso y puede impugnarse.

En algunas legislaciones extranjeras, la española por caso, el número de causales de oposición es mayor que el señalado por nuestros códigos, que se caracterizan, en toda la materia de convenios, por ser bastante deficientes. En esta materia de las oposiciones a la aprobación judicial del concordato, encontramos en Garrigues lo siguiente: "La verdadera oposición presupone un convenio que, siendo jurídicamente válido (por estar libre de vicios de nulidad formal o sustancial), no merezca, empero, ser aprobado por motivos de fondo (falta de bondad intrínseca, v.gr., por implicar un excesivo sacrificio para los acreedores). Claro es que, junto a estos motivos de oposición en sentido estricto, los acreedores pueden impugnar la validez del convenio, alegando motivos de nulidad formal o sustancial (v.gr. falta del quórum legal, colusión entre el quebrado y un grupo de acreedores, etc.). El artículo 903 de nuestro Código de Comercio, bajo el nombre de "causas de oposición al convenio", menciona únicamente motivos de nulidad, sea por defectos de forma, sea por causa de fraude" (13). Sin embargo, reiterando lo ya expuesto, las causales de oposición enumeradas en los artículos 965 del Código Civil y 941 del Código de Comercio son las únicas que en nuestro ordenamiento jurídico positivo pueden ser interpuestas para impedir la aprobación judicial del convenio.

(13) Garrigues, op. cit. pág. 287.

Tramitación de las oposiciones:

Dice el artículo 626 del Código de Procedimientos Civiles único relativo a este punto de la tramitación:

"La oposición que se hiciere se sustanciará con audiencia del concursado y el curador y por los trámites de los incidentes. En la misma sentencia se decidirá sobre la aprobación del convenio".

Del texto del artículo transcrito deducimos que las oposiciones se tramitan en la vía incidental y que el juez resolverá el incidente en la sentencia que aprueba o improba el convenio, esto es, no se tramitan por separado ni el juez dicta una sentencia aparte sino que los resuelve en la sentencia donde se pronuncia sobre el convenio. En el artículo pareciera expresarse la idea contraria, sea, que es en la sentencia del incidente donde se decide sobre el convenio. En la práctica, —y la lógica así lo indica— lo propio es hacerlo como lo hemos expuesto.

Si la oposición es desestimada por el juez y el convenio aprobado, éste deviene en obligatorio y pone fin a la quiebra. Si prospera el incidente, se denegará la aprobación del convenio y la quiebra seguirá su curso normal.

Analicemos ahora la segunda de las dos hipótesis que esbozamos al principio de este capítulo: que no surjan incidentes de oposición, que los acreedores con facultades para oponerse no lo hagan. En tal caso, "el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo". (Artículo 940 del Código de Comercio), o en términos del Código de Procedimientos Civiles —artículo 625— "... el Juez procederá sin más trámite a dar sentencia de aprobación o improbación del convenio".

De nuevo nos encontramos con el problema de la parquedad de nuestro ordenamiento jurídico. ¿Por cuáles mo-

tivos puede el Juez improbar un convenio que los acreedores han aprobado? ¿Motivos de forma? ¿De fondo? ¿De ambas clases?

Queda claro que no basta la votación favorable de los acreedores en orden a la obligatoriedad del convenio. Requiere éste la aprobación judicial, la homologación. Y esta aprobación no es simplemente confirmatoria de lo votado por los acreedores, sino de que éstos actuaron conforme a la ley.

Las legislaciones extranjeras, si bien no del todo concordantes, sí son mucho más explícitas en sus regulaciones sobre la homologación.

En Italia comenta Satta: "El contralor del Tribunal es de legalidad y de fondo. La legalidad concierne a la observancia de las prescripciones legales para la admisión y la validez del concordato... El fondo concierne a la conveniencia del concordato, sobre todo en el interés de la minoría y de los ausentes, pero también en el de la mayoría (y eventualmente de todos los acreedores unánimes) que puede haber consentido por una inexacta visión de las cosas" (14).

Está claro: en la legislación italiana el Juez tiene amplias facultades, pudiendo improbar el convenio por razones de fondo o de forma. Justifica Satta el contralor de fondo: "...este contralor de fondo no es en absoluto inconciliable con la naturaleza contractual del concordato, ni con la eventual voluntad unánime de los acreedores, porque el contrato y la voluntad de los contratantes tienen una causa objetiva sobre la cual puede y debe ejercitarse el examen del Tribunal, en el interés de todos, incluso del mismo fallido" (15).

(14) Satta, op. cit. pág. 405.

(15) Satta, op. cit. pág. 406.

Provinciali no comparte este criterio. Escribe: "Este llamado control de fondo del Tribunal, es decir, la facultad de juzgar si se da o no la llamada "conveniencia" del concordato, incluso en relación a las garantías para su ejecución, representa, en efecto, uno de los signos somáticos más característicos de la institución... aunque la totalidad de los acreedores comprobados y admitidos prestaren su conformidad unánime al concordato, el Tribunal puede rechazarlo, precisamente en el ejercicio de aquel su control de fondo sobre la "conveniencia" de concordato, lo que conduce discretamente al absurdo de admitir que el Tribunal pueda ser más intransigente en la vigilancia del interés de los acreedores que los mismos acreedores... lo que se halla en irreductible contradicción con el principio de la autonomía privada de las partes, al admitirse el ejercicio de una función limitativa o sustitutiva de su voluntad en orden a una relación de contenido típicamente privado, como el derecho de crédito y su remisión, total o parcial; y, en definitiva, no es concebible una forzosa tutela nolente dominio fuera de situaciones del sujeto expresivas de la incapacidad de entender o de querer y de las instituciones para ello expresamente prevista (interdicción, inhabilitación, etc.)" (16). Es decir, para Provinciali, el contralor de fondo no puede conciliarse con la voluntad contractual; por esto es, precisamente, que rechaza la teoría contractualista del concordato. Satta califica de errónea esta posición de Provinciali, que es compartida también por Cuzzi y Cicu. Manifiestan: "...nos parece indiscutible que debe rechazarse la teoría que acuerda al tribunal el derecho de rechazar la homologación por razones de mérito aconsejadas por el interés público o por el de los acreedores, aunque no se haya deducido oposición al concordato..., pues los intereses a proteger pertenecen a personas capaces y esa tutela encuentra su límite en tal capacidad y libertad de apreciación de su propio interés... Si existió oposición el

(16) Provinciali, op. cit. págs. 122/123.

tribunal debe extender su examen a todo lo que se adujo en la oposición... de no haber existido oposición, el tribunal no puede ejercer de oficio una protección que no le ha sido pedida expresamente y debe limitar su tarea a comprobar lo relativo a la regularidad en la celebración del concordato" (17).

En la legislación francesa son también amplios los poderes del juez. Indica Ripert: "El Tribunal no puede sino homologar el concordato o denegar la homologación. No tiene facultad para modificar sus términos, puesto que se trata de un contrato", empero, "tiene poder soberano de apreciación en lo relativo a la honorabilidad del deudor y el valor de las propuestas hechas por el fallido" (18).

En España la situación es diferente. En esta legislación, el convenio votado favorablemente por los acreedores debe ser aprobado por el Juez "con sólo dos excepciones, a saber: 1º si advierte una contravención manifiesta en las formas prescritas para la celebración y deliberación de la junta; 2º o si el deudor se hubiere fugado durante el juicio de quiebra o hubiera sido declarado quebrado fraudulento" (19). Es decir, sus facultades se circunscriben a lo que los italianos llaman "contralor de legalidad", estándole vedado el "contralor de fondo".

Garrigues, sin embargo, no está de acuerdo: "... las facultades de calificación que tiene el Juez se refieren, no sólo a los requisitos formales del convenio, sino a sus condiciones intrínsecas de bondad. El Juez despliega en este punto doble función: como órgano procesal encargado de velar por el cumplimiento de la ley, y como órgano de tutela de los intereses de los acreedores, en especial de los no concurrentes... El ejercicio de esta función tutelar no está subordinado a la previa oposición a la aprobación del

(17) Cuzzi-Cicu, op. cit. págs. 238 y s.s.

(18) Ripert, op. cit. págs. 418/419.

(19) Ramírez, op. cit. pág. 215.

convenio por parte de un acreedor" (20). Con todo, reconoce no poder fundamentar su opinión en ningún texto legal, basándola entonces en la supresión de un artículo del Código de Comercio, el cual, según comprueba Ramírez fácilmente, sigue en vigencia por estar citado expresamente en un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, este criterio de Garrigues no ha encontrado acogida de parte de ningún otro autor de derecho español.

En síntesis: "si los presupuestos procesales inexcusables se dieron, y los acreedores votaron favorablemente el convenio, con la doble mayoría que la ley previene, el Juzgado no puede sustraerse a su aprobación" (21).

Es esta posición de la legislación española la que pareciera aplicable a nuestro medio. Según vimos, nuestro articulado es incompleto. Señala que el Juez puede "aprobar o improbar" el convenio sin indicar absolutamente nada acerca de las facultades y límites del Juez en punto a esa aprobación o improbación.

En nuestro criterio, las atribuciones del Juez deben limitarse al "contralor de legalidad", pareciéndonos excesivo extenderlas al "contralor de fondo". Aparte de las razones puramente doctrinarias, —y en este terreno concordamos con la posición de Provinciali de que el examen del Juez de la "conveniencia" del concordato atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, deviniendo en tutela forzosa de sujetos capaces—, no debemos olvidar que nuestra legislación es hecha a imagen y semejanza de la española, pareciéndonos buena, en consecuencia, la solución dada por ésta al problema en estudio.

Ahora bien, como es obvio, de contener el convenio disposiciones contrarias a leyes vigentes de carácter imperativo o prohibitivo, el Juez estará facultado para negarle su aprobación, toda vez que la autonomía de la voluntad tiene por límite esta clase de disposiciones.

(20) Garrigues, op. cit. pág. 532.

(21) Ramírez, op. cit. pág. 218.

IV.—EFECTOS DEL CONCORDATO

El concordato, una vez aprobado judicialmente, surte sus efectos con respecto a la quiebra a la cual pone fin, toda vez que, según sabemos, es un medio de clausurarla; con respecto a los acreedores y con respecto al deudor, cuyas relaciones jurídicas viene a modificar. Deviene, como todo contrato, en ley entre las partes.

1) Respecto a los acreedores:

La homologación hace al concordato obligatorio para todos los acreedores.

"Aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción en favor y en contra de todos los acreedores del concurso, hayan o no legalizado sus créditos; pero en cuanto perjudique a los acreedores que tengan algún privilegio o preferencia, sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente". (Artículo 967, párrafo 1º, del Código Civil).

"Los acreedores comunes, aunque no estén comprendidos en el balance, ni hayan tomado parte en el procedimiento, ni hayan legalizado su crédito, lo mismo que aquéllos que estén pendientes de reconocimiento, quedan obligados por el convenio". (Artículo 945 del Código Mercantil).

Las razones por las cuales el concordato es obligatorio para todos los acreedores, presentes, disidentes y ausentes, han sido ya objeto de análisis. Asimismo, estudiamos también la situación de los acreedores privilegiados a quienes no les afecta el convenio salvo que hayan concurrido a votarlo, renunciando al privilegio e incorporándose a la masa de acreedores comunes.

Cabe que nos ocupemos en este punto de las disposiciones que contiene el artículo 969 del Código Civil. Según

este texto legal, un acreedor común que no se apersonó en el concurso, es decir, que no legalizó su crédito, una vez aprobado el convenio, sólo puede cobrarle al deudor lo que le hubiera correspondido si hubiera tomado parte en el convenio.

Dispone también el artículo 969 precitado, que estos acreedores que aparecen después de celebrado el convenio, aparte de que sólo se les paga el porcentaje acordado en el convenio, no "podrán tampoco aprovecharse de las garantías que para asegurar el cumplimiento de lo estipulado, se hubieren establecido a favor de los créditos que se tomaron en cuenta al hacerse el arreglo". Como bien señala Satta al comentar similar disposición de la ley italiana, es una atenuación al principio de que los acreedores son todos iguales frente al concordato y deben tener igualdad de trato. Es una atenuación "en favor del tercero que hubiese prestado garantía en el concordato, y por tanto, correría un riesgo imprevisto con el surgimiento de acreedores ignorados antes" (22). Esto es, estos acreedores pueden cobrar fuera del concurso —que dejó de existir en virtud del convenio— al deudor. Cobrarán el porcentaje que se acordó pagar, pero no gozarán de la protección de la garantía que representa el fiador de cumplimiento, toda vez que no participan del convenio porque no legalizaron sus créditos oportunamente.

2) Respecto al deudor:

Una vez firme la sentencia que aprueba el convenio, que en nuestro medio produce cosa juzgada según se desprende del artículo 967 del Código Civil transcrito, el quebrado recobra su patrimonio, vuelve a disponer de él, salvo las especiales restricciones que se hayan acordado, y se le rehabilita.

(22) Satta, op. cit. pág. 409.

Así lo dispone el artículo 948 del Código Mercantil:

"El convenio produce la rehabilitación del quebrado; en consecuencia, será repuesto en el ejercicio de todos sus derechos y acciones con las limitaciones acordadas. Si no hay restricción alguna, una vez firme el fallo, el curador le entregará todos los bienes y efectos, rindiéndole cuenta de su administración".

El artículo 627 del Código de Procedimientos Civiles señala ciertas formalidades preliminares, indispensables para tener el juicio por concluido: "Inmediatamente después de la aprobación, el curador tomará las providencias necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al concursado por el convenio, y satisfará los reclamos de los acreedores de la masa y reivindicantes, o depositará lo que les corresponda a éstos, si sus créditos no estuvieren aún reconocidos o comprobados". La última parte "o depositará lo que les corresponda a éstos, si sus créditos no estuvieren aún reconocidos o comprobados", pareciera presuponer la existencia de un convenio anterior a la Junta de Calificación lo cual, según sabemos, no está permitido en la legislación mercantil en vigencia.

Verificadas estas diligencias el concurso se tendrá por terminado, lo que se publicará de la misma manera que la declaración de él; y procederá el curador a hacer al concursado la entrega de todos los bienes, efectos, libros y papeles y a rendirle cuenta de su administración en los quince días siguientes.

Pasan también al deudor las acciones pendientes con el concurso. (Artículo 974 del Código Civil).

Se discuten en doctrina algunos problemas en orden a la devolución al quebrado de sus bienes y derechos.

La primera cuestión que surge es si deben devolverse los bienes cuando el convenio que se celebró fue en base a una cesión de bienes a los acreedores.

En tal situación es lógico que no proceda la devolución, supuesto que "los bienes quedan a cargo de los acreedores concurrentes, que los liquidarán o repartirán", como dice Rodríguez (23).

Otro problema es si deben devolverse todos los bienes que formaron la masa, caso de que quepa devolución, o si algunos no se devuelven.

Rodríguez señala: "La verdad es que no todos los bienes que forman la masa se devuelven al deudor, pues los comprendidos en ella por la presunción muciana, o los integrados en la quiebra por efecto de las revocatorias especiales volverán a sus auténticos dueños, ya que su inclusión en la masa fue por razones de responsabilidad, no de titularidad" (24).

Nos parece acertado lo dicho por el autor mejicano con base en lo dispuesto por el artículo 627 del Código de Procedimientos Civiles supra transcrito al finalizar su párrafo primero. Al hablarse allí de "acreedores reivindicantes" se está refiriendo a personas que son dueñas de bienes que fueron incluidos dentro de la masa y se encarga al curador de que se los devuelva. Si el concurso les ha vendido el bien, se han transformado en acreedores y si sus créditos no han sido aún reconocidos o comprobados, el curador debe depositar lo que les corresponda.

También surge la interrogante en doctrina de que, caso de que sobre los bienes que se van a devolver al deudor hubiera el curador constituido un gravamen, si esos bienes se le entregan gravados o libres. Satta responde categórico —y acertado—: "es casi innecesario recordar que los bienes vuelven al deudor gravados con todas las cargas impuestas legalmente por el curador, y que el exfallido está obligado a observar escrupulosamente como si hubiesen sido impuestas por él" (25).

(23) Rodríguez, op. cit. págs. 222/223.

(24) Rodríguez, op. cit. págs. 223.

(25) Satta, op. cit. págs. 412/413.

3) Analicemos ahora, siempre en relación con estos problemas, los efectos del convenio respecto de los garantes:

En un convenio que no se va a ejecutar de inmediato, los acreedores pueden exigirle al deudor que rinda fianza de cumplimiento. El deudor rinde esta garantía, generalmente, por medio de terceros que presenta a los acreedores en calidad de fiadores. Es lógico esto, en especial si pensamos que sería muy arriesgado para los acreedores dejar en absoluta libertad al deudor después del convenio, ya que éste podría disponer totalmente de sus bienes en perjuicio de ellos. En algunas legislaciones extranjeras es requisito esencial el que se pongan fiadores para que el convenio pueda ser aprobado, por cuanto el Estado tiene el deber de tutelar los intereses de la minoría que no estuvo de acuerdo con el convenio. En nuestro ordenamiento no existe ninguna tutela para esa minoría disidente.

Tenemos entonces los co-deudores solidarios y dos clases de fiadores:

1º)—Los fiadores de las obligaciones individuales del deudor, anteriores a la quiebra;

2º)—Los que rinden fianza de cumplimiento del concordato.

Dispone el párrafo final del artículo 968 del Código Civil:

"También aprovecha el convenio a los fiadores del insolvente, y a los coobligados in sólídum, pero sólo respecto a los acreedores que han concurrido con su voto a la aprobación del convenio".

Esto significa que si en el convenio se han acordado remisiones, éstas aprovechan tanto a los fiadores como a los co-deudores solidarios para con los acreedores respectivos

que hayan votado favorablemente el convenio. A contrario sensu, si el acreedor de la respectiva obligación no votó favorablemente el convenio, puede exigir del fiador o del co-deudor el pago total de la obligación. Así por ejemplo, si en el convenio se acuerda pagar las tres cuartas partes de los créditos, el acreedor no está facultado para cobrar la totalidad de su crédito al fiador, sino únicamente el porcentaje que se obligó a pagar el deudor. Pero si fue acreedor de minoría y no votó el convenio, sí puede cobrarle la totalidad al fiador.

Esta disposición del Código Civil, que podríamos llamar ecléctica contradice la posición radical que mantiene la doctrina. Peor será entonces el juicio que nos merezca el artículo 943 del Código Mercantil in fine que elimina la diferencia entre acreedores de mayoría y de minoría que hace el Código Civil en punto a los fiadores y co-deudores para efectos del pago que tengan que hacer éstos de las obligaciones por las que responden. Dice el precitado artículo: "También aprovechará el convenio a los fiadores del quebrado y a los obligados solidariamente".

Es totalmente opuesta la solución doctrinaria: "No obstante el convenio, los acreedores, conformes o disidentes, conservan sus acciones por la totalidad contra los coobligados y fiadores" (26). Y encontramos en Satta: "El concordato, como sabemos, no perjudica en lo más mínimo las acciones que correspondieran a los acreedores contra los coobligados, los fiadores del fallido... y esto porque aquél no importa novación" (27).

Como fundamento de este criterio, que recoge la legislación italiana, escribe Navarrini que se dirige a "reforzar individualmente la posición del acreedor... el legislador ha querido que el acreedor no perdiese las ventajas de una garantía cuando, por quiebra del deudor, su efi-

(26) Navarrini, op. cit. pág. 378.

(27) Satta, op. cit. pág. 410.

cacia se manifiesta más urgente; ha querido facilitar —con la conservación de la garantía— la conclusión de los convenios" (28). Y esto es cierto porque no cabe la menor duda de que si el convenio siempre aprovecha a los fiadores y co-deudores, resultará difícil la celebración de un convenio supuesto que con él perderán los acreedores sus garantías.

4) Otros problemas prácticos de nuestro ordenamiento jurídico positivo que es interesante analizar son los siguientes:

a) Si a un acreedor de minoría le pagan en el concurso el 75% de su crédito le quedará un saldo en descubierto del 25% que le cobrará al fiador. Este fiador que paga, ¿se subroga los derechos del acreedor y puede cobrarle al deudor el exceso del porcentaje que él pagó? Indudablemente que no, esa subrogación es imposible, toda vez que la parte que él pagó había sido remitida en el convenio.

b) Si un fiador paga por anticipado la totalidad de la obligación, en el convenio se le pagará sólo el porcentaje allí acordado y el saldo en descubierto no podrá cobrarlo al deudor por cuanto las remisiones del convenio afectan en forma total y definitiva, según lo dispone el párrafo primero del artículo 968 del Código Civil cuya idea es que si en el convenio existen remisiones, los acreedores no podrán perseguir luego al deudor por esos saldos, "aun cuando éste venga a mejor fortuna o le quede algún sobrante de los bienes del concurso", salvo pacto en contrario. Igual prescripción se encuentra en el artículo 943 del Código Mercantil.

(28) Navarrini, op. cit. pág. 173.

Esta disposición de nuestro Código es contraria a la legislación civil española que prescribe en el artículo 1920 del Código Civil que no hay remisión de los saldos, salvo pacto en contrario. En la quiebra, sin embargo, los españoles tienen el mismo principio nuestro en el artículo 905 de su Código de Comercio. Como se ve, no sólo en nuestro ordenamiento jurídico se presentan contradicciones en punto a la materia en estudio.

Distinguen los autores españoles, y también los franceses, entre "remisión concordataria" y "condonación o remisión de las deudas", la cual sí extingue las obligaciones de los deudores. Indican que la diferencia entre ambas es esencial, producto de su naturaleza intrínseca, pese a que existen ciertas analogías. La diferencia, a su entender, radica en que la remisión de las deudas contempladas en el Código Civil es un acto puramente voluntario del acreedor y que constituye una donación, mientras que la remisión concordataria, estiman, ni es un acto voluntario para todos los acreedores ni entraña donación.

El autorizado Navarrini, en la doctrina italiana, no está de acuerdo con los argumentos que se dan para probar que el concordato no entraña remisión, la cual, en su criterio, es "sustancialmente admisible".

Cuzzi y Cicu, por el contrario, estiman que "el concordato sólo implica un pacto de no pedir . . . , como no puede decirse que por el concordato la deuda se haya pagado, no puede afirmarse que se haya hecho remisión a título gratuito, y es por ello que queda al acreedor el derecho de perseguir a los coobligados y fiadores" (29).

Como se ve, la discusión se da aun entre autores de una misma nacionalidad que sustentan criterios dispares. En nuestra opinión, y en esto concordamos con el español Ramírez, el problema fundamental es el de la voluntarie-

(29) Cuzzi y Cicu, op. cit. pág. 277.

dad que es de esencia en una donación de deudas y que no aparece muy clara en la remisión concordataria en punto a los acreedores ausentes y disidentes, lo cual, como dice el autor citado, es el problema capital de la materia que estudiamos: "la sumisión al convenio de quienes no lo aprobaron".

c) Si el deudor incumple el convenio y no paga, el acreedor puede cobrarle directamente al fiador de su obligación. Podría este fiador cobrarles a los fiadores de cumplimiento? Innegablemente que sí, supuesto que los fiadores de cumplimiento son los responsables en caso de que el deudor incumpla. Formulemos ahora el planteamiento contrario: si los acreedores cobran directamente los fiadores de cumplimiento ante el no pago del deudor, podrían ellos perseguir a los fiadores aislados de cada obligación?, habría subrogación en favor de los fiadores de cumplimiento de los derechos de los acreedores para cobrarles a los fiadores de las obligaciones? En nuestra opinión, los fiadores de cumplimiento asumirían la misma posición del deudor, con lo cual, no podría nunca hablarse de subrogación y no cabría, en rigor de principios, el cobro a los fiadores de las obligaciones, sino únicamente en el caso de que se hubiese operado una novación. Empero, de no producirse la novación del deudor, tal criterio resultaría insostenible.

Merece la pena que nos refiramos finalmente a lo que sucede con las acciones revocatorias ya concluidas. Aprovechan éstas al deudor?

Al convertirse en cosa juzgada la sentencia de homologación del convenio "se hacen definitivamente improporcionables las acciones revocatorias no cedidas al tercero concordatario. Por otra parte el deudor, al retomar la posesión de sus bienes, no puede aprovecharse de las acciones revocatorias ya concluidas y sus relaciones con los terceros

cordato las posiciones de los acreedores quedan irrevocablemente fijadas, y ninguno puede pretender ejercitar una acción hipotecaria en su exclusivo interés". En resumen, en su criterio, el acreedor hipotecario no puede alegar, porque no lo tiene, derecho alguno de prelación respecto de los otros acreedores. "Pero fuera de este conflicto entre los acreedores, no parece que existan obstáculos para la aplicación del principio fundamental de la relatividad de la revocación". El acreedor queda sujeto a la ley del concordato y en consecuencia, no puede pretender que se le pague íntegramente su crédito, alegando su hipoteca. "Pero —escribe sin admitir dudas— dentro de este límite no hay razón para que la hipoteca no resurja y desarrolle su eficacia frente a los acreedores futuros, o, en general, no concursales. Por esto la revocación de la hipoteca no importa necesariamente su cancelación". Y ofrece como solución al problema de posteriores acreedores: "Mas justo parece que la hipoteca del primer acreedor permanezca frente al segundo por la suma reducida a base del porcentaje del concordato y tenga por tanto derecho de concurrir a la distribución del producto, si no fuese satisfecho de otro modo" (32).

Este criterio de Satta nos parece acertado, ajustado a los principios del concordato que hemos venido estudiando. Ello no obstante, no omitimos consignar el parecer de Provinciali, que es contrario:

"Soy de la opinión contraria —escribe con su habitual energía—, no sólo por las razones ya enunciadas, esto es, porque confundiendo la cualidad de tercero y de acreedor, la revivificación de la garantía infringiría la ley de la par condicio y el fin de la revocación, siendo absurdo que el mismo acreedor, después de haber participado... en el concordato como acreedor quirografario, se convirtiese, terminadas las cosas, en privilegiado (demasiado cómodo!);

(32) Satta, op. cit. págs. 411/412.

sino por la razón decisiva de que esto constituiría uno de aquellos cambios patrimoniales de la situación anteconcordataria, que quedan preclusos por la homologación del concordato... Por la misma razón, en el caso de varias inscripciones sobre el mismo bien, la hipoteca no puede al mismo tiempo desaparecer a todos los efectos, y no para aquellos respecto a los otros acreedores hipotecarios posteriores, los cuales fatalmente vendrían a beneficiarse de un grado, por la desaparición del anterior inscrito: pero esto no por efecto del concordato, sino como normal consecuencia de derecho hipotecario" (33).

Rechaza Provinciali la distinción que hace Satta de que la hipoteca resurge y recobra eficacia únicamente frente a los acreedores futuros o no concursales —y que estimamos muy acertada— criticándolo con sutil ironía: "Esta elasticidad (no solamente relatividad) de la hipoteca, con fin variable, no parece, por lo demás, de fácil conciliación con las áridas formas del derecho hipotecario". Bonelli es del mismo parecer de Provinciali. De toda suerte, el punto es discutible y se presta para sustentar diversos criterios.

V—IMPUGNACION DE LA SENTENCIA QUE APRUEBA EL CONVENIO. RESOLUCION Y ANULACION DEL CONCORDATO

A tenor de lo dispuesto en el artículo 967 del Código Civil la sentencia que se dicte aprobando el convenio produce cosa juzgada, por tal razón, podrá ser impugnada por los recursos normales y ordinarios de nuestro ordenamiento jurídico: apelación y recurso de casación, en cuanto, claro es, se den los presupuestos necesarios para que éste pueda interponerse.

Como es dable suponer, únicamente los acreedores que no aprobaron el convenio y los que no concurrieron a la

(33) Provinciali, op. cit. pág. 142.

Junta respectiva podrán apelar. Excepcionalmente, —se nos ocurre a nosotros—, podría apelar de la sentencia el deudor en aquellos casos en los que se hubiere aprobado un convenio perjudicial a sus intereses, toda vez que su propuesta original fue variada fundamentalmente por los acreedores en la Junta y el acuerdo de éstos recibió la homologación judicial.

De conformidad con las reglas generales de los recursos cabe admitir que también podría apelar un tercero a quien se causara perjuicio al homologarse el convenio.

El problema se ofrece con la sentencia que impruebe el concordato. El precitado artículo 967 del Código Civil otorga los efectos de una transacción únicamente a la sentencia aprobatoria del convenio, lo cual significa que produce cosa juzgada esa sentencia, según ya indicamos. Pero en punto a la sentencia improbativa tan sólo señala que "implica la nulidad del mismo convenio". En otros términos, sus efectos serían los de anular todas las concesiones hechas por quienes las acordaron al votar favorablemente el convenio. Empero, si consideramos la hipótesis de que el Juez podría improbar incorrectamente el concordato, que las partes podrían estimar que mal interpretó una norma legal al negar su aprobación al convenio, o cualquier otro supuesto similar, hemos de aceptar la posibilidad de que también contra la resolución que imprueba el concordato cabe interponer los recursos que nuestro ordenamiento jurídico ofrece. → *"Incidente de Reposición."*

En el nuevo Código de Comercio nos encontramos —Artículo 940— lo siguiente: "...el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva". Al no indicar específicamente a cuál resolución es a la que se concede el carácter de sentencia definitiva, nos permite dicho artículo suponer que será a ambas clases de resoluciones, tanto a la que aprueba

el convenio como a la que lo deniega, con lo cual, frente a ambas podrán apelar los acreedores que tengan la legitimación debida para hacerlo.

Aprobado que fuere el convenio, en la mayoría de las legislaciones extranjeras encontramos, perfectamente reguladas, "dos formas de remedios, no contra la sentencia de homologación, sino contra el concordato, considerado como un contrato entre el deudor y los acreedores" (34). La primera de éstas es la resolución. El segundo remedio previsto por la ley es la anulación.

En nuestra legislación, como es lo corriente en la materia que estudiamos, existe un poco de desorden con respecto a estos importantes temas de la resolución y la anulación del convenio. Trataremos de sistematizar un poco las disposiciones respectivas en base a los principios formulados por la doctrina.

1) Resolución del concordato: W

Sabemos que los contratos bilaterales pueden ser resueltos por el incumplimiento de las obligaciones que importan. Así, en buena tesis, es dable admitir que el convenio sea susceptible de resolución por incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones que le impuso el concordato. Empero, no es posible dejar de señalar la diferencia existente entre el incumplimiento de un contrato bilateral corriente y el incumplimiento de un convenio. En éste, es el incumplimiento del deudor, únicamente, el que ofrece base para la resolución, esto es, el incumplimiento de una de las partes, no de ambos contratantes. El incumplimiento por parte de los acreedores pone en manos del deudor una excepción, pero no lo facultaría a pedir la resolución.

Antes de referirnos a la legislación costarricense analicemos, primero, ordenamientos jurídicos más completos, tales como el italiano y el español.

(34) Satta, op. cit. pág. 415.

De conformidad con el artículo 137 de la ley italiana, la resolución "se funda en el incumplimiento del concordato, tanto por lo que se refiere al pago como a la constitución de las garantías, a quien quiera que corresponda: o al quebrado, o al fiador, o al adjudicatario (en los casos en que no haya liberación inmediata del quebrado)" (35). Tenemos entonces que el presupuesto legal es el incumplimiento de obligaciones (falta de pago o no constitución de las garantías) por parte del deudor, de su garante, o de quien asumió la obligación pero sin "liberación inmediata del quebrado".

Analiza aquí Satta un problema doctrinario interesante: cuando un tercero asume el convenio con la inmediata liberación del deudor. En este supuesto, no cabe la resolución por incumplimiento, toda vez que, como escribe el ilustre autor "la relación existe exclusivamente entre los acreedores y el tercero, y contra éste último no puede darse sino los medios ordinarios del derecho común, esgrimibles por los acreedores singularmente o también por el curador colectivamente. Entre estos medios no hay puesto para la resolución, en cuanto la obligación del tercero está limitada al porcentaje convenido y los bienes que le han sido cedidos no eran de los acreedores sino del fallido" (36).

La resolución del concordato, en la ley italiana, puede ser ordenada de oficio por el tribunal de la quiebra, o por informe del curador, o por que así lo pidan uno o varios acreedores. Al respecto cabe indicar que en Italia los órganos de la quiebra sobreviven al concordato, específicamente para vigilar que el convenio se cumpla y ejecute a cabalidad. Una vez cumplidas las obligaciones, cesan de existir, pero antes no. Por esa razón, están en capacidad de pedir la resolución por incumplimiento de lo acordado.

(35) Provinciali, op. cit. pág. 156.

(36) Satta, op. cit. pág. 417.

La resolución es un remedio de carácter colectivo, no individual. El concordato se resuelve "en relación a la universalidad de los acreedores" (37)., esto es, "no se puede rescindir el concordato en relación al acreedor singular" (38).

Con esta disposición de su ley reafirma Provinciali una vez más el contenido judicial del concordato, "pues —escribe— si se tratase de un contrato, no se comprendería que no se concediera su resolución entre un acreedor individual y el ex-quebrado, cuando éste se muestre incumplidor precisamente (y exclusivamente, podría ser) hacia aquel acreedor" (39).

Este incumplimiento no debe reunir condiciones especiales en cuanto a extensión o volumen: "Basta el impago de un solo crédito para provocar la resolución frente a todos los acreedores" (40).

La sentencia que declara la resolución no es impugnabile, y no sólo declara la resolución sino que también declara reabierta la quiebra.

El término para pedir la resolución, un término de caducidad, es de un año a partir del vencimiento del último pago establecido en el mismo concordato. Si pasado este término debe pedirse una nueva quiebra, los autores están de acuerdo, así Satta y Provinciali, que este nuevo proceso no importa la resolución del concordato incumplido, ya que ninguna norma de derecho da base para deducir semejante efecto.

Como es fácil de apreciar, la legislación italiana es lo más completo que existe en punto a los temas en estudio.

(37) Provinciali, op. cit. pág. 156.

(38) Satta, op. cit. pág. 416.

(39) Provinciali, op. cit. pág. 157.

(40) Provinciali, op. cit. pág. 157.

En la legislación española también está regulada la resolución del convenio. El artículo 906 del Código de Comercio dispone que "si el deudor convenido faltare al cumplimiento de lo estipulado, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la "rescisión" del convenio y la continuación de la quiebra ante el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma". Significa esto que es exclusivamente el incumplimiento del deudor el que pueda dar base a pedir la resolución.

Discuten los autores si esta resolución se funda en la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, o si tiene relación con la rescisión de los contratos en general. Algunos opinan que sí. Garrigues, por el contrario, opina que la resolución (llamada por ellos también 'rescisión') nada tiene que ver con ninguno de los citados fenómenos, porque "la llamada rescisión del convenio no tiene efectos retroactivos: se limita a levantar ex nunc las limitaciones que el convenio impuso a los créditos, devolviendo a éstos la naturaleza y posición que tenían dentro de la quiebra al ser pactado el convenio. Se trata, pues, de una verdadera denuncia del convenio" (41).

En la ley española la resolución puede ser pedida por uno o varios acreedores y lo que disponga los afecta a todos. Si se declara resuelto el convenio se reabre la quiebra y se le califica de fraudulenta.

A diferencia del criterio de los autores italianos, Ramírez opina que si se produce una nueva quiebra, como "consecuencia automática" de la misma, se produce la rescisión del convenio, es una "rescisión necesaria" como él la llama.

En la legislación española la resolución del convenio se tramita por la vía incidental y la sentencia es apelable en ambos efectos.

(41) Ramírez, op. cit. pág. 271.

El artículo 906 precitado no lo indica, ni los autores se refieren tampoco al término dentro del cual puede pedirse la resolución del convenio.

Veamos ahora nuestra legislación.

En primer término, examinemos las disposiciones del Código Civil.

Sin merecer siquiera el ser destacado como artículo independiente, el incumplimiento del convenio y sus consecuencias se encuentran regulados en el párrafo segundo del artículo 970: "Por el hecho de faltar el insolvente al cumplimiento del convenio, se presume fraudulento y está sujeto al apremio corporal, sin perjuicio de trabarse al mismo tiempo la ejecución en sus bienes". Ante el incumplimiento del deudor de sus obligaciones, nuestra ley presume el fraude, y como medidas efectivas permite ejercitar el apremio corporal contra el deudor y el embargo en sus bienes. No cabe la menor duda de que son medidas de protección a favor de los acreedores que les permite a éstos actuar rápidamente en resguardo de sus intereses, pero de resolver el convenio por incumplimiento no se dice nada. El legislador estimó suficiente garantía para los acreedores otorgar todas estas medidas dirigidas a hacer que el deudor cumpla el convenio. En ningún momento consideró la posibilidad de que también convendría a los acreedores se les otorgara la posibilidad de resolver el convenio incumplido.

En íntima relación con lo anterior, nos encontramos luego en el artículo 973 la siguiente disposición: "...; y si la insolvencia se declara fraudulenta, el convenio quedará ineficaz en cuanto a las remisiones y demás concesiones hechas al deudor". Si el convenio se incumple por parte del deudor, se presume el fraude; si luego la insolvencia es declarada fraudulenta, el convenio deviene ineficaz en todo cuanto aproveche al deudor. En ningún momento la posibilidad de resolución. Es también ésta una solución dada en beneficio de los acreedores que recobran sus créditos.

en las mismas condiciones que tenían antes del convenio, y conservan, además, todas las garantías que se les ofrecieron en éste.

Por su parte, el Código Mercantil nos ofrece mayor duda y confusión cuando nos dice: "Si el convenio fuese improbadado por el Juez, o si después de aprobado fuese declarado nulo o *resuelto por falta de cumplimiento o por cualquier otra causa*, el procedimiento de la quiebra reanudará su curso, y las concesiones otorgadas quedarán sin efecto". (Artículo 947).

Tenemos entonces que el Código de Comercio ofrece la posibilidad de anular o resolver el convenio, señalando como consecuencia de estas acciones la reapertura de la quiebra y la ineficacia de las concesiones otorgadas. Se nos ocurre a nosotros que esta última consecuencia es obvia, toda vez que si el convenio se anula, qué puede pasar si no que las concesiones hechas pierdan su eficacia?

Aumenta nuestra confusión la frase "o por cualquier otra causa" del artículo transcrito, porque cuál otra causa, aparte del incumplimiento, puede resolver un convenio? Sinceramente no se nos ocurrirá ninguna.

Ante la parquedad de nuestra ley mercantil no nos queda más remedio que suponer, con base en lo que aprendimos al estudiar las legislaciones anteriormente citadas, que la resolución del convenio puede ser pedida por uno o varios acreedores ante cualquier incumplimiento del deudor, afectando dicha resolución a todos los acreedores.

2) Anulación del convenio:

En el desarrollo de este tema, seguiremos, y por idénticas razones, el orden fijado al analizar la resolución del convenio.

Es admitido sin excepciones en la doctrina y las legislaciones que el convenio es susceptible de ser anulado.

Ahora bien, ¿cuáles serían los motivos o causas de nulidad del concordato? "Quien considere el concordato como contrato, podría creer que el mismo, como todo contrato, puede ser anulado por las causas que vician el consentimiento y hacen anulable cualquier contrato, de acuerdo con el Código Civil. Sin embargo, este principio nunca ha sido aceptado en la legislación comercial" (42).

Aun los autores de la tesis contractualista reconocen que no son aplicables al convenio todas las causas que anulan los contratos en general, porque según vimos, el convenio es más que un contrato al precisar la intervención de la autoridad judicial para su obligatoriedad.

En la legislación italiana los motivos de anulación están contenidos en el artículo 138 de la ley de quiebras: "El concordato homologado podrá ser anulado por el Tribunal a solicitud del curador o de cualquier acreedor, en juicio contradictorio con el deudor, cuando se descubra que ha sido exagerado dolosamente el pasivo, o bien sustraída o disimulada una parte considerable del activo. Ninguna otra acción de nulidad será admitida".

En la legislación italiana, entonces, "la anulación del concordato está admitida en los casos en que la aprobación y la concesión se hallen viciadas de falsa representación de la real situación patrimonial de la quiebra, derivada de dolosa exageración del pasivo o de sustracciones o disimulos de parte importante del activo" (43).

En la legislación francesa "la anulación del concordato no puede decretarse, sino en los casos siguientes: 1º, la condena del fallido por bancarrota fraudulenta; 2º, el dolo del fallido, descubierto después de la homologación y consistente en la disimulación del activo o exageración del pasivo... Ninguna otra clase de nulidad puede ser invocada" (44).

(42) Cicu, op. cit. pág. 298.

(43) Provinciali, op. cit. pág. 161.

(44) Ripert, op. cit. pág. 428.

En la legislación italiana siempre se ha distinguido con claridad y precisión la anulación de la resolución del convenio porque —como escriben Cicu y Cuzzi— "son distintos los fundamentos y las consecuencias de las dos acciones. En efecto la anulación se dicta por causa contemporánea al concordato, por vicio que lo afecta en su origen; ex causa antigua, mientras que la resolución se pronuncia por un hecho posterior, ex causa nova; la anulación tiene efecto retroactivo y hace considerar inexistentes para todos el concordato mientras que su resolución no afecta su consistencia jurídica" (45).

Según lo expresa el artículo 138 transcrito, cualquier acreedor, o el curador, pueden pedir que se declare nulo el convenio. La nulidad no puede ser declarada de oficio por el tribunal, a la inversa de la resolución que sí podría serlo, situación que merece la crítica de Provinciali, quien apunta —acertadamente en nuestro criterio— que el incumplimiento es "un hecho mucho menos grave" que cualquiera de las causas por las que cabe la nulidad, razón por la cual no se ve por qué en un caso se le da la facultad al tribunal y en el otro no.

El término para pedir la nulidad es de seis meses; disposición también incomprensible si se le compara con el término de la resolución que es, según sabemos, de un año.

Las facultades del tribunal en punto a la nulidad, son muy amplias. Escribe Provinciali: "La competencia es del Tribunal de la quiebra, el cual, además de la investigación sobre el animus, ejerce una apreciación discrecional sobre los indicados motivos de anulación, por medio de la valoración de la exageración aportada al pasivo o de la importancia de la sustracción o disimulo de activo, en relación al peso que estos elementos pueden haber tenido en la concesión del concordato". (46). Como se aprecia fácilmente, son facultades casi sin límite.

(45) Cicu y Cuzzi, op. cit. pág. 299.

(46) Provinciali, op. cit. pág. 161.

Es de importancia destacar el hecho de que la base esencial, fundamental de la nulidad del concordato es el dolo. No basta el error, "es necesario, de cualquier modo, que se trate de dolo, y no de errónea estimación por parte del fallido o de los acreedores de hechos ya conocidos antes de la homologación". (47). Por su parte, Provinciali afirma que, para que pueda haber nulidad, el concordato "tiene que haber sido resultado de rodeos dolosos o fraudulentos, de decisivo efecto acerca de la valoración del activo o de la alteración del pasivo". (48). Merece la pena destacar que estos manejos pueden haber sido obra de cualquiera, y no solamente del quebrado.

Al anularse el concordato es declarada también, la reapertura de la quiebra.

La legislación española no contempla expresamente la posibilidad de anular un convenio homologado. Ello no obstante, todos los autores españoles admiten la posibilidad legal de la anulación cuando se demuestre que hubo dolo para obtener la aprobación del concordato, dolo que debe consistir en exageración del pasivo o en sensible disminución del activo. Innegablemente, esta posición es adoptada por los españoles siguiendo fielmente la doctrina y la legislación italianas, introduciendo tan sólo ligeras variantes, propias de su sistema, que no merece la pena comentar.

En punto a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico encontramos que el artículo 971 del Código Civil contiene la hipótesis de fraude que en las legislaciones extranjeras dan base a la anulación, a saber, que dolosamente se haya disminuido el activo o aumentado el pasivo. Las hipótesis son las mismas, no así el remedio.

No admite discusión alguna el que los manejos dolosos de exagerar el pasivo o reducir el activo, vician de nulidad el convenio toda vez que el consentimiento, esencia misma

(47) Satta, op. cit. pág. 418.

(48) Provinciali, op. cit. pág. 162.

de todo convenio, pero como este elemental principio fue desechado por nuestro legislador el cual cerró, no sabemos ni alcanzamos a comprender por cuáles razones, toda posibilidad de pedir anulación del convenio por los motivos apuntados, ofreciendo en cambio una solución que no satisface ni convence.

Al tener conocimiento de la existencia del fraude, los acreedores tienen dos posibilidades:

a) pedir que se sancione al deudor declarando fraudulenta la insolvencia: "Cualquiera de los acreedores a quienes comprenda el convenio puede, dentro de los cuatro años inmediatos a la aprobación de éste, hacer declarar el fraude a que se refieren los artículos precedentes". (Artículo 972).

El artículo 973 del citado cuerpo de leyes confiere a los acreedores la facultad de continuar (a nosotros nos parece que también iniciar) la demanda de calificación. Si con anterioridad ha hecho declarar el fraude en el convenio, invoca ese fraude para conseguir la declaratoria de insolvencia fraudulenta: "y si la insolvencia se declara fraudulenta, el convenio quedará ineficaz en cuanto a las remisiones y demás concesiones hechas al deudor". Nada de nulidad, el convenio obtenido mediante el fraude sigue existiendo jurídicamente en cuanto beneficie a los acreedores.

b) Una acción indemnizatoria de carácter económico, indemnización que consiste, si el fraude ha sido disminuir el activo, en imponer al deudor, como sanción, el aumentar a favor de los acreedores en una suma doble a la que importe la disminución dolosa del activo, las obligaciones del insolvente (y las de los fiadores cómplices del fraude). Y si el fraude consistió en una exageración del pasivo, la sanción es aumentar en ese tanto las obligaciones del deudor, "además de no tomarse en cuenta para la repartición, el crédito o exceso de crédito no cierto, y de devolverse lo que por cuenta de él se hubiere recibido".

Existe en el artículo 971 en comentario una tercera posibilidad de fraude: conceder a algunos de los acreedores mayores ventajas que las estipuladas en el convenio. Esto claro, por la alteración de la par condicio. Si se comprueba esta colusión entre deudor y acreedores, "el acreedor cómplice perderá a favor de los demás acreedores del concurso, su crédito, debiendo devolver todas las cantidades que por cuenta de él hubiere recibido".

Incomprensiblemente, nuestro Código Civil eliminó la justa solución de anular el convenio por fraude. Y decimos "eliminó" porque en la Ley de Concurso de Acreedores de 1865, antecedente directo e inmediato del Código Civil de 1886, sí estaba contemplada la acción de nulidad en su artículo 185, el cual expresaba:

"Cada uno de los acreedores comprendidos en el convenio, puede dentro de cuatro años, contados desde la aprobación del convenio, entablar la acción de nulidad del mismo, por dolo o fraude que se haya descubierto, después de transcurrido el término señalado para oponerse a la aprobación del convenio".

Y luego, en los artículos 186 y 187, regulaba con claridad y orden admirables las consecuencias de esta "rescisión por dolo" como le llama el artículo 187. Indudablemente, la ley de 1865 era superior en todo aspecto al articulado que el legislador de 1886 incluyó en el Código Civil, tomado no sabemos de dónde, y que resulta insatisfactorio desde cualquier ángulo que se le observe.

En la legislación mercantil lo único que encontramos es el artículo 947 citado al hablar de la resolución. Contempla este artículo la posibilidad de que el convenio homologado sea declarado nulo, pero no dice nada más.

Al igual que los autores españoles ante el silencio de su legislación, nosotros, ante la parquedad —oscuridad quizás— de la nuestra, nos inclinamos por suscribir las solu-

ciones de la legislación italiana en lo aplicable. Así, uno o varios acreedores podrán impugnar el concordato y obtener su nulidad cuando se comprueben manejos dolosos (reducir el activo, aumentar el pasivo) que influyeron decisivamente en que el convenio fuere aprobado. Con la nulidad del convenio se declarará la reapertura de la quiebra.

TERCERA PARTE:

OBSERVACIONES FINALES A LA LEGISLACION COSTARRICENSE

En el desarrollo del tema objeto de este estudio fuimos comentando las disposiciones que sobre los convenios ofrece nuestro ordenamiento jurídico positivo. Señalamos en cada uno de los aspectos analizados lo que en nuestra opinión constituye sus errores más criticables, teniendo siempre como punto de referencia preferente la doctrina y la legislación de tres países latinos: Italia, España y Francia, escogidos por ser sus ordenamientos las fuentes a las cuales, comúnmente, recurren nuestros legisladores.

Por tal razón, no haremos aquí un análisis exhaustivo de nuestra legislación, supuesto que sería un reiterar de opiniones ya expresadas. Sin embargo, para concluir, hemos estimado oportuno referirnos brevemente, y esbozar algunas sugerencias, en torno a uno de los temas que más nos interesaron por su especial trascendencia jurídica al realizar nuestra investigación y que es, precisamente, uno de los aspectos sobre los cuales mayores dudas ofrece nuestra legislación: la homologación por parte del Juez del concordato aprobado por los acreedores.

Según sabemos, las facultades del Juez en punto a la aprobación o improbación del convenio, varían de legislación a legislación. En la ley italiana, el Juez ejerce un contralor de legalidad y de fondo. Esto es, de previo a

impartir su aprobación al concordato, el Juez examinará no sólo el que se ajuste a las disposiciones legales pertinentes, la forma, sino que analizará también el fondo, su conveniencia para todos: para el fallido, para los acreedores y para el interés público que, innegablemente, matiza y condiciona toda la materia de quiebra. Igual situación encontramos en Francia. En España, por el contrario, las facultades del Juez están limitadas al controlor de forma.

Nuestra legislación mercantil se limita a prescribir que el Juez aprobará o improbará el convenio, sin aclararnos en base a qué el convenio puede ser aceptado o rechazado. Manifestamos que nos parecía conveniente limitar el contralor judicial a la forma, a la legalidad, suscribiendo con ello la posición de la ley española y los argumentos doctrinarios con que Provinciali ataca el contralor de fondo. Empero, en orden a ese interés público que se ve afectado cada vez que se produce la quiebra de un comerciante y que no puede desatenderse por ninguna circunstancia, creemos que el Juez debe ser un auténtico y verdadero contralor de la legalidad, y que la ley debe conferirle expresa e indubitablemente esas atribuciones, sin pretender con un escueto artículo resolver el problema cuya importancia la determinan los intereses privados y públicos en juego.

Expresa el artículo al que nos referimos (artículo 940 del Código Mercantil):

"Aprobado el convenio por la junta, se publicará en el periódico oficial por tres veces consecutivas. Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva".

Y el artículo siguiente 941, contiene las tres únicas causas por las cuales los acreedores pueden oponerse a la aprobación del convenio:

- 1) Defectos de forma en la convocatoria de la junta:
- 2) Colusión entre el deudor y algún acreedor para llevar adelante el convenio; y
- 3) Deficiencia en el capital o en el número de acreedores necesarios para formar mayoría".

Como es fácilmente observable, se trata de motivos formales, muy en especial, el primero y el tercero de ellos.

En la legislación civil la situación es idéntica.

Podría perfectamente ocurrir —porque no tiene nada de extraordinario— que se aprobara un convenio con un vicio de tal magnitud que ameritara el rechazo del Juez tan pronto como le fuera sometido a su conocimiento. Podría ser, por caso, que los acreedores que aprobaron el convenio no representaran las tres cuartas partes del total del pasivo. Sin embargo, nuestra legislación obliga al Juez a esperar que transcurran quince días para dictar una resolución que pudo haber dictado con mucha mayor rapidez para no entorpecer ni retrasar el curso del proceso. Si el Juez tuviera facultades de un verdadero contralor de la legalidad, tal cosa no ocurriría, toda vez que, en ejercicio de esas atribuciones, el Juez examinaría de previo el concordato aprobado y de darse en él todos los requisitos formales que la ley prescribe, ordenaría su publicación. ¿Qué objeto tiene —cabe preguntar— el obligar al Juez a publicar el convenio y esperar que transcurran quince días, en una situación en que lo único que procedía era el rechazo inmediato? Por lo expuesto, conceptuamos que sería de gran conveniencia e interés el introducir en la legislación mercantil una reforma sustancial en punto a la función, atribuciones y facultades del Juez en la quiebra.

Otro problema no resuelto por nuestra legislación y que reputamos de gran importancia, es la situación que puede presentarse si el Juez, contralor de la legalidad, imprueba el convenio por motivos de forma. ¿Podría proponerse en este caso un nuevo convenio? A simple vista parecerá que no hay base legal para no permitir que el deudor a quien le hubiere rechazado el Juez el convenio que sus acreedores habían aceptado, haga una nueva oferta de arreglo. Sin embargo, nos parece que no debe concederse en la ley la posibilidad de que el deudor y un grupo de sus acreedores se dediquen a proponer un convenio defectuoso tras otro, con el único propósito de no permitir el desarrollo normal del proceso al que, incluso, podrían obstaculizar indefinidamente. Consideramos, entonces, que en la ley debe prohibirse expresamente tal posibilidad, en aras de la tutela que el Estado debe ofrecer a los intereses de los acreedores y al interés público, cuya influencia en el proceso de una quiebra impone y justifica la intervención del Estado en temas hasta hace poco del dominio exclusivo de los intereses privados.

Han sido éstas algunas sugerencias que hemos creído útil hacer. Empero, lógicamente, no son las únicas que cabría formular. Tal como manifestáramos en un principio, en ningún momento hemos pretendido agotar el tema objeto de nuestra investigación, demasiado amplio y complejo para las dimensiones de un trabajo como el presente. Simplemente quisimos profundizar —un poco al menos— en una materia que juzgamos de gran importancia teórico-positiva y a la que, en nuestra opinión—, no se le ha dedicado aún toda la atención que merece.

LA TUTELA ADMINISTRATIVA*

EDUARDO ORTIZ

Titular de Derecho Administrativo,
1, Facultad de Derecho.

Se han examinado las relaciones de jerarquía y de dirección como formas de supremacía de un centro sobre otro centro público. Se había dicho que el tercer tipo de organización entre sujetos desiguales —uno superior a otro— es la tutela. Este breve capítulo estará dedicado al análisis esencial de esta institución administrativa. Este análisis contiene un esquema de lo que el Estado Central sí puede hacer frente a las instituciones autónomas.

a) *La justificación de la tutela administrativa*

Cuando se habló de la unidad del Estado, como principio lógico general del derecho, se expresó que la misma significa una unidad entre los diversos órganos que lo componen no sólo en su origen sino también en su funcionamiento. Se expresó que la unidad consistía en que hubiera siempre un órgano al que estuvieran subordinados en su funcionamiento todos los centros creadores de derecho, titulares de imperio, o, en general, todos los que estuvieran revestidos de un carácter público. Tal subordinación funcional tiene que consistir en la posibilidad para un órgano de intervenir sobre la vida de otro y su organización, vigilando y disciplinando a sus titulares, y reteniendo la potestad

* Capítulo VI de obra inédita del autor titulada "La Autonomía Administrativa en Costa Rica".

de transformarlo o eliminarlo, una vez ya creado; o bien en la posibilidad de influir en el curso de su conducta, determinando su contenido antes de que se forme, o alterando su eficacia y ejecución una vez ya formada.

Vimos, por otro lado, que nuestros entes autónomos son todos dueños de una función exclusivamente administrativa y de una potestad reglamentaria únicamente para el fin de permitir que aquélla se desenvuelva correctamente. Y que la Asamblea conserva irrestricta su potestad legislativa frente a los entes autónomos, para regular su funcionamiento y organización.

Quando se define la necesidad de una intervención ordenadora sobre la vida del ente, por el Estado Central, tiene que tomarse en cuenta la presencia de esos factores. Quiere decirse, que la tarea fundamental de la intervención del Estado sobre las instituciones menores será la de lograr que éstas funcionen de acuerdo con su acto de fundación —que es legal— y lograrlo así para obtener la aplicación de la ley en forma adecuada a la función administrativa, que se desarrolla a través de actos concretos. Esa intervención tiene que ser concreta también y contar con todos los elementos necesarios para constatar la ilegalidad.

Ya vimos que, en Costa Rica, este control tiene que ser posterior a la adopción del acto por la institución autónoma, aunque sea anterior a su eficacia y ejecución.

Hemos visto, también, que el ente autónomo es limitado por razón de sus ámbitos o esferas de acción y que —en ese sentido— tiene una capacidad de administración menos amplia que el Poder Ejecutivo. De resueltas de lo cual vimos que existe una subordinación del fin de la institución al del Estado, en lo que se refiere a su coordinación con otros fines y otros entes de diversa especialidad.

De estas dos subordinaciones —a la Asamblea Legislativa por el origen y al Poder Ejecutivo por el fin— nace la tutela administrativa. En cuanto al fin y su necesaria coordinación con el resto de los cometidos nacionales, ya se vio como la autonomía impide todo control central y, en este sentido, también la tutela administrativa por razones de oportunidad. En otros regímenes, donde la autonomía no es constitucional —o si lo es— existe atada al control y dirección del Estado, tal limitación de la materia acarrea la suplantación del ente por el Estado en cuanto al contenido de sus programas funcionales y financieros, que son fijados por el Estado. En Costa Rica ello no es posible por regla general, pero ha encontrado cabida en la potestad del Consejo de Gobierno para nombrar a los directores de las instituciones autónomas. —*Injerencia Ejecutiva*

Lo que sigue es una explicación de estos dos aspectos de la tutela administrativa en Costa Rica: el control de legalidad, con los alcances que se se le dará, y el nombramiento estatal de los jefes de la autonomía.

b) Los límites de la autonomía administrativa

Cuando se explicó el carácter exclusivo de la potestad reglamentaria de los entes autónomos hubo manera de justificar este hecho fundamental: que la sola y nuda personalidad pública y limitada equivale a una supremacía de juicio dentro del campo de la especialización. Concluimos de esto que la personalidad implica la libertad y ésta la responsabilidad. Pero logramos de inmediato otra conclusión no menos importante: que el ente autónomo está sometido a la ley y a la técnica, y que, en esos aspectos de aplicación de una y de otra, cuando la misma es aplicación sin creación, el ente autónomo funciona subordinado al Estado.

Consecuentemente, el Estado sólo puede determinar la conducta del ente en aquella parte de su actividad que sea

nada más aplicación de reglas técnicas y legales precisas, sin mezcla de estimaciones subjetivas y empíricas de alta administración. Es decir, en lo que es vinculado y no en lo que es discrecional.

→ Potestad Reglamentaria

Se explicó que, a partir de ese supuesto y precisamente por él, era posible afirmar la potestad reglamentaria ejecutiva de las instituciones autónomas como excluyente de la del Poder Ejecutivo al respecto, por ser aquella potestad la forma más eminente de la discrecionalidad administrativa, y de regulación de esa discrecionalidad. Reglamentar, se dijo, es resolver en forma anticipada y general lo que el jerarca podría resolver libremente y caso por caso, en uso de sus potestades discrecionales.

Podemos ahora coronar este itinerario lógico y concluir que, una vez que el ente ha actuado por vez primera y no antes (en razón de todo lo ya expuesto) el Estado puede hacerlo todo con su pronunciamiento inicial por razones de técnica o de legalidad, y utilizar toda clase de procedimientos posteriores para declarar y remediar la ilegalidad o el empirismo indebido.

En tales aspectos de pura técnica y legalidad, sin mezcla alguna de ingredientes discrecionales (criterios culturales, tecno-empíricos) el Estado conserva íntegra su capacidad superior de juicio frente al ente, no sólo porque tales instrumentos lógicos son aprehensibles en abstracto por todo el que los estudie en la serenidad de un gabinete (y no hay porque negarle un gabinete tranquilo a un técnico del Estado) sino fundamentalmente porque el Estado acostumbra también su manejo, siendo como es la aplicación correcta de instrumentos de ese mismo tipo —ley y técnica— requisito mínimo de toda buena administración, incluyendo la central. Si se trata de un elemento connatural con la administración como tal, que el Estado puede conocer y manejar igualmente que el ente autónomo, el Estado debe poder imponerse como ente mayor a cualquier otro ente

menor en ese aspecto. Y, una vez aceptada la superioridad administrativa del Estado frente al ente autónomo en cuanto a la pura técnica y estricta legalidad de su gestión, que no exige apreciaciones discrecionales, sólo cabe concluir en que el Estado puede paralizar al ente en aquellos aspectos, después de que éste ha ejercido su autonomía en forma plena. Es decir, después de que éste ha actuado por primera vez.

Puede así formularse un principio general de relación (de supremacía) entre Estado y ente autónomo, que es el siguiente: todo ente autónomo posee fines y poderes propios frente al Estado Central, pero le está subordinado, porque el Estado lo creó por ley y posee un fin general que le permite ejercer una función coordinadora. Esta subordinación significa que el Estado puede disponer de los actos del ente siempre y cuando lo haga invocando razones de técnica y de legalidad puras. Esta potestad dispositiva sobre la actuación descentralizada se da en interés del Estado y aunque nada digan la ley ni la Constitución al respecto. Su existencia emana, en cuanto a esos aspectos, de una razón lógica ínsita en el origen y función de la autonomía y es siempre posible, aunque no esté expresamente impuesta. Las dos formas fundamentales que adopta esa potestad de disposición sobre la actividad descentralizada son, entonces, el control que condiciona pero no sustituye, y la sustitución que realiza ambas cosas a la vez.

Cabe preguntar, de conformidad con ello, si tal subordinación es necesaria y constitucional, de modo que no haya ley que pueda eliminarla, o si es apenas posible y puede ser eliminada por ley.

c) *La tutela administrativa constitucional y de principio*

En relación con la subordinación del ente al Estado, que permite el control de la legalidad, puede decirse sin lugar a duda que es esencial y necesaria en nuestro siste-

ma, y que la ley que la eliminara sería inconstitucional. Por el solo hecho de su origen legal, la institución está sometida a una supremacía especial y tácita del Estado, que exige un mínimo de intervención de éste en su vida y funcionamiento. Ese mínimo está en la potestad de revisar y anular lo actuado por la institución, con base en aquellas razones de tipo legal. Y hay un máximo posible que es la potestad de sustituir la omisión ilegal con el acto regular y debido, si se trata de conducta jurídica; lo mismo que la de sustituir la acción empírica o ilegal si se trata de una prestación material. Así puede decirse que la autonomía oscila frente a la ley entre dos extremos: los controles impositivos o represivos (que impiden o destruyen la conducta ilegal del ente) y los controles sustitutivos (que suplen esa conducta y toman la debida en su lugar, ambos de existencia tácita y de principio en nuestro sistema).

No es posible una autonomía que prohíba la potestad de aprobar o improbar los actos del ente, por razones de legalidad, aun si es obvio que el ente ha ejercido su poder de decisión para violar la ley o favorecer intereses privados; ni tampoco una autonomía que impida que el Estado ponga fin a la ejecución de un acto anulándolo, no obstante su obvia y manifiesta irregularidad. La posibilidad de constatar la ilegalidad y de tomar las medidas necesarias para su inmediata eliminación resulta esencial si se acepta, como aquí se ha demostrado que debe hacerse, la subordinación de los entes autónomos a la ley, en iguales condiciones que cualquier otro particular. Es inconstitucional y atenta contra el principio de unidad del Estado, toda ley que permita una autonomía funcional completa y absoluta, con entera y definitiva independencia del ente para decidir y mantener sus decisiones sin intervención alguna posterior de los Poderes Centrales (concretamente del Poder Ejecutivo). Por eso resultan inconstitucionales la mayoría de nuestras leyes creadoras de instituciones, que, ape-

nas en su primer artículo, acostumbra hacer de esa tesis el fundamento absurdo de su competencia y personalidad.

Las potestades para anular, aprobar o improbar los actos, son de principio y existen aun contra el texto expreso de una ley, como ocurre hoy con nuestra defectuosa autonomía administrativa. En este aspecto la supremacía especial y de principio del Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos puede afirmarse como indiscutible.

Tal tesis no parece igualmente fácil cuando se trata del control sobre el aspecto técnico de la actividad descentralizada. El mismo ya dijimos que puede considerarse parte del aspecto legal básico de la autonomía, siempre que se trate de cuestiones meramente técnicas —aunque sean especializadas— y no de cuestiones de pura decisión administrativa, basadas en cuestiones técnicas. Y hemos afirmado el principio de que también debe ser posible una revisión de las actividades descentralizadas o una anulación de las respectivas deliberaciones, si es demostrable exactamente dentro de un procedimiento de control que han incurrido en una violación grave y perjudicial de las reglas de la técnica. Pero la aplicación de este principio presenta también sus dificultades.

Se trata de lo siguiente: la condición de la especialización en el servicio descentralizado es la técnica, su conocimiento erudito y detallado, aunque la misma no sea la causa inmediata de la sabiduría administrativa que forma la verdadera especialización. Sin aquella erudición esta especialización no es posible aunque sean muchos los años de experiencia en el servicio. Pero es innegable que el paso de la mera técnica a la verdadera sabiduría administrativa especializada puede ser insensible, así como que una vez dado resultan inseparables los aspectos de alta técnica de la pura valoración profesional del jerarca especializado, que es precisamente el ámbito de la discre-

cionalidad y la meta de la autonomía. La trama y mutua penetración de lo científico y calculable, con lo probable y apenas estimado, es tan íntima dentro de un servicio público, que controlar la técnica puede resultar lo mismo que dominar también la especialización de la autonomía administrativa. Esto lleva a la doctrina a admitir el control central por motivos de tipo técnico sólo en los límites de la ley expresa que regule su existencia. Y con ello lo contraponen claramente al control de verdadera legalidad, que sí se admite que puede existir por principio y fuera de toda disposición de ley. Es decir: el control técnico sobre la actividad descentralizada es posible pero no necesario y sólo en la estricta medida en que lo permite la ley.

Tal tesis parece similar a la ya expuesta por nosotros, sobre el tema de la potestad coordinadora y planificadora del Estado sobre los entes autónomos como conjunto de poder dentro de una comunidad política. Se dijo entonces que tal potestad, dada la titularidad exclusiva y natural que corresponde al Estado para la coordinación y planificación nacionales, parecía lógicamente propia del mismo. Pero que, dada su inevitable incidencia práctica sobre la potestad de gobierno del ente, incluso en aquellos aspectos que más atacan el interés restringido y especializado que es la función propia de este último, tal potestad directiva debe ser rechazada y considerarse como inexistente. Similar tesis, repetimos, se mantiene en cuanto al control por razones técnicas sobre el ente autónomo, pues, se afirma, toda intervención o sustitución de los criterios del jerarca autónomo en materia de ese tipo produce inevitablemente una restricción e impide a menudo la libre formación de decisiones también especializadas y discrecionales, como las ya antes aludidas. La ley expresa que autorice tal tipo de ingerencia resulta siempre necesaria.

Contra la tesis dominante, creemos que debe mantenerse en este caso la regla general, sin exigir una ley expresa para fundar esta potestad de control. Pues, así como

antes con las potestades de aprobar y poner vistos buenos, puede decirse ahora con la de suspender o hacer cesar la ejecución de una obra obviamente contraria a las reglas de la técnica, conocidas o conocibles por el mero estudio profesional. Tal potestad del Estado sobre los entes autónomos, aún no expresamente regulada, es el mínimo de intervención que debe estimarse concedido para evitar que se dañe ilegalmente el interés público, en virtud de actividades absurdamente opuestas a la técnica o a la ciencia aplicables.

Es preciso pensar que, aunque sea el Poder Ejecutivo u otro órgano central sucedáneo el llamado a decidir como ente superior sobre la existencia o no de tal conducta empírica, siempre debe quedar abierta al ente lesionado por el acto de control la instauración de un contencioso administrativo, que ponga las cosas en su punto definitivo y anule el control técnicamente infundado o arbitrario. Pero, en tanto así no ocurra, es el Poder Ejecutivo el que debe decidir, aún sin base en ley expresa al respecto y aún con riesgo para la autonomía del ente, si el mismo ha actuado bien o mal en los asuntos puramente técnicos de su responsabilidad, o, al menos, en los aspectos técnicos de los asuntos que se le hayan encomendado.

Desde este punto de vista el Estado debe tener, también, otro cúmulo de poderes mínimos que le permitan constatar el empirismo indebido y remediarlo, eliminándolo de inmediato. La contrapartida de la potestad de improbar y de negar vistos buenos de legalidad, viene a ser, en cuanto a la técnica, la potestad de suspender o hacer cesar el acto o el servicio empírico o inadecuado.

Cabe recordar una idea fundamental sobre las relaciones entre lo discrecional y el procedimiento administrativo, contencioso o voluntario. La discrecionalidad no es un presupuesto de la posibilidad de un control ni de la iniciación de su trámite.

El carácter discrecional de un acto no puede determinarse ni a priori ni antes de recibir toda la prueba posible sobre las condiciones y circunstancias de hecho en que se realizó, sino sólo después de agotada esa prueba y definida exactamente la relación entre el acto y la ley. En consecuencia, la determinación de un elemento de un acto como discrecional —que existe siempre con la de otros elementos de ese mismo acto, como reglados— es motivo para un pronunciamiento de control favorable al acto, y no para una declinatoria de competencia que vede la decisión sobre el fondo. El acto discrecional es legal porque —aunque no se ajuste a ninguna norma precisa— se ajusta a una ley imprecisa, que deja margen para que el agente respectivo sea original e independiente en sus decisiones.

Todo este razonamiento puede aplicarse al concepto de lo técnico como motivo determinante del control sobre el ente autónomo. El hecho de que, como se dijo, el aspecto técnico de la actividad descentralizada vaya involucrado casi siempre con el aspecto especializado y puramente administrativo de la misma, no puede ser un motivo para abstenerse a priori de todo control. Puede ser un motivo, nada más, para fallar favorablemente al ente y mantener su conducta como debida, si después de agotado el procedimiento de control queda demostrado que aquella ha observado cabalmente la técnica, y ha sido determinada, además, por criterios empíricos o culturales de decisión, que no son puramente técnicos ni completamente exactos. Entonces el Estado debe mantener la actuación descentralizada porque es técnica y porque en aquello en que no lo es —porque es empírica— la ley permite la discrecionalidad y autoriza ese empirismo fundado sobre la técnica misma.

En este sentido resulta imposible la discriminación previa de los casos en que el Estado debe actuar para controlar la técnica de la gestión descentralizada, con potestades para paralizarla por un indebido empirismo, de aquellos

en que habrá de permitir su libre desenvolvimiento por ser casos de pura discrecionalidad.

El control sobre la técnica envuelve igual problema que el control sobre la oportunidad, que ya vimos que está prohibido. Sin embargo, lo que está prohibido es fallar sobre cuestiones de oportunidad con criterios de oportunidad, no el determinar si realmente se trata o no de una cuestión de este tipo. Esto convierte al Poder Ejecutivo, como contralor, en juez de la competencia de la entidad autónoma porque es él quien decide si se actúa o no dentro de la pura discrecionalidad, o dentro del campo de lo técnico y vinculado. Pero esto es así dentro del mundo administrativo, fuera del cual el juez puede decidir si el contralor central se ha mantenido o no dentro de su esfera propia —que es la de lo reglado— y anular el acto que al extralimitarse viole el derecho de la institución a funcionar independientemente, en el ejercicio de lo discrecional.

Admitimos no ser ésta la doctrina dominante entre quienes rechazan la concepción monista de la organización pública y adoptan en su lugar la concepción plural, que admite la completa independencia del ente autónomo frente al Estado Central. "Un ente es tanto más autónomo cuanto más distinto sea del Estado" (Vittorio Ottaviano, Consideraciones sobre los entes públicos instrumentales, pág. 22).

Creemos que la doctrina actual conduce inevitablemente a esa oscilación por la que se identifica el ente con el Estado o se lo separa totalmente de éste, siempre en perjuicio de uno o de otro. No hay otra forma operante de conciliar la unidad estatal con la existencia de entes autónomos que admitir que, por la doble subordinación necesaria de éstos a aquél, en cuanto al origen y en cuanto al fin, hay también una supremacía del Estado sobre el ente, que se revela y cristaliza en esta doble interferencia sobre la legalidad y la técnica de la actuación descentralizada, a través de algunos poderes mínimos y tácitos de

control, constitucionalmente garantizados. Puede la ley ampliar esos modos de intervención y hacer más estrecha y onerosa para el ente su relación con el Estado; pero no puede debilitarla y privar al Estado de ese mínimo arriba descrito, sin lesionar su derecho tácito de supremacía sobre las instituciones autónomas.

X

Es necesario advertir, al respecto, que en cuanto al ejercicio de esos poderes de intervención y control el Estado debe poder actuar de oficio, aún sin instancia alguna ni recurso de particular o de otro ente lesionado. Pues la necesaria dependencia del Estado frente a la instancia ajena haría que el sujeto o el órgano autor de ésta —y no el Estado mismo— fuesen los jueces de la técnica o la legalidad de la actuación descentralizada. Y como el motivo básico de la intervención estatal es el interés del Estado, en la aplicación de la ley y la técnica como instrumentos de administración, es lógico que sea el Estado como tal y no ningún otro centro el que decida si debe actuar y cuando, o dejar que las cosas sigan su curso.

d) *La tutela tácita y la autonomía administrativa*

No parece operar contra esta tesis de la supremacía tácita del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo la razón de que así se pone en peligro la autonomía. Las razones que se han dado son todas lógicas y no existe una contradicción insalvable entre ese contralor y la discrecionalidad de la Institución, en conexión con principios técnicos.

Todo contribuye a perfilar la necesidad de un control oficioso y continuo del Estado sobre el ente autónomo en estos aspectos técnicos de su actividad, motivado por el interés de la Administración en lograr que el ente administre bien.

Es ya sabido que aún en los casos en que la Administración aplica e interpreta la norma lo hace para lograr el fin material que persigue, que siempre es diverso del de mantener la eficacia de la ley y que puede ser múltiple, a diferencia de lo que ocurre cuando actúa el Poder Judicial.

La razón de que la Administración deba aplicar la ley está en la jerarquía de las fuentes y en la de la Asamblea Legislativa, como Poder superior a aquélla. Pero, aparte de esta razón de organización pública, está también la necesidad funcional de que la Administración tenga un orden de trabajo, que limite y relacione todos sus órganos y sus actividades, y ese orden único —en cuanto no puede ser derogado, cuando existe— es el cristalizado en la ley. De este modo, aún si la Administración actúa externamente en forma igual al Poder Judicial, cuando, por ejemplo, resuelve un recurso jerárquico o agota la vía administrativa, y se limita a declarar la ley en un caso concreto, el móvil de tal juicio es la eficacia de la administración y no la eficacia de la ley misma, y su resultado una resolución que sirve —como la recurrida— para satisfacer directamente una necesidad de la Administración. Esta se halla obligada a obedecer la ley como cualquier sujeto del orden jurídico, pero la ley frente a la Administración cumple además la misión de guía interno, que impone un fin y establece —precisa o imprecisamente— cómo conseguirlo. De aquí su decisiva importancia dentro del derecho público.

El control en la aplicación de la ley cumple también un fin propio y específico, enteramente distinto del que cumple el acto controlado, y la sentencia judicial. De lo que se trata es de realizar otra actividad administrativa, el control, cuyo fin específico es lograr que la Administración cumpla los criterios fundamentales para conseguir sus fines, que son los sentados por el más importante órgano central, la Asamblea. Las leyes, desde este punto de vista, no son más leyes sino instrumentos de ciertas formas previsibles de gestión, que el Estado estima como muy importantes, aunque no infalibles.

El control es, entonces, otro medio más para someter la institución al Estado o para impedir que se desvíe de los mandatos de éste que aseguran un mínimo de eficiencia en su gestión y de coincidencia entre los criterios del jerarca descentralizado y los suyos propios.

La consecuencia de todo esto es que el control es de ejercicio discrecional, de modo que puede haber una actividad ilegal no controlada ni paralizada porque así convenga por razones de oportunidad administrativa; y que el motivo de ese ejercicio no tiene que ser una instancia del perjudicado con la actividad controlada, sino una iniciativa propia del Estado mismo, en defensa de la que considera su propio interés. Por igual razón, el acto de control puede ser revocado aun después de emitido y el procedimiento de control suspendido o terminado aun antes de haberse agotado todas sus naturales y necesarias etapas de perfeccionamiento.

En esencia se trata de un instrumento ágil de verificación de la conformidad del ente menor con la voluntad del Estado en lo que toca al fin general que éste persigue por medio de la actividad de aquél, mucho más que de una verificación de la conformidad con la ley.

Todo esto es igualmente sostenible cuando se trata de verificar la técnica de la administración descentralizada, porque ya vimos que la misma es tan vinculante y verificable como la ley misma, en virtud de una tácita pero indiscutible incorporación a ésta. La ley no permite, ya se dijo, actuar empíricamente cuando es necesario actuar técnicamente.

Es preciso revelar que todas estas notas del control como instrumento de tutela administrativa —ejercicio discrecional, iniciativa de oficio, posibilidad de suspensión o terminación sin juicio de fondo, revocabilidad del acto de control ya emitido— son nada más una consecuencia del fundamento de esa potestad, que está en una necesidad

del Estado como administrador, y no del Estado como legislador. Es decir, en el hecho de que frente al control la ley no es la ley sino un instrumento de la Administración, para fines múltiples de ésta. El control se ejerce no siempre que haya una ilegalidad, sino siempre que esa ilegalidad resulte dañina e inconveniente para el Estado o la comunidad, a juicio del ente administrativo.

En cuanto el control es un medio para someter al ente menor a los criterios del Estado sobre lo que debe ser su gestión, el control también abarca zonas obviamente ubicadas fuera de la acción judicial, cuando menos en lo tocante a la protección de los derechos individuales. Para que haya un juicio administrativo se requiere un interés o un derecho (en Costa Rica, concretamente, un derecho) lesionados, y no meramente la violación de una ley. Es posible que existan normas de cuya aplicación no provenga lesión a intereses ni derechos privados frente al ente autónomo, y en cuya aplicación, consecuentemente, no tenga intervención ninguna un sujeto determinado con una pretensión propia. El caso, por ejemplo, de las llamadas normas de acción que imponen al Estado o al ente una obligación frente a la comunidad, de llevar a cabo una obra, y no otorgan a nadie el derecho para exigirla ni aún siquiera para pretender que se lleve a cabo efectivamente. O las que imponen obligaciones indivisibles frente a la comunidad como un todo, como, por ejemplo, la prestación del servicio de alumbrado público o de cuidado y conservación de parques. En general la administración militar y de seguridad es una obligación de este tipo, porque nadie está particularmente autorizado por título exclusivo para exigir el buen funcionamiento del ejército o la policía. Finalmente, existen las normas internas de organización, que son también normas de observancia exigible en cuanto provengan del orden jurídico general del Estado y no del orden organizatorio interno de cada ente, o de cada centro de acción. No hay particular que pueda exigir la aplicación

de tales reglas por sí hay un obvio interés del Estado en lograrla como un medio para un ordenado y eficiente desarrollo del servicio descentralizado, en su propio interés. Este interés es propio, se repite, en cuanto el del Estado comprende el del ente menor, no como interés especializado sino como conexo y coordinado con todos los otros de la total administración nacional.

Es, pues, necesario un instrumento para la protección a la eficacia de la ley como medio de administración y no como norma, que será enteramente diverso, por eso mismo, de la jurisdicción, que sólo tiende a proteger la eficacia de aquélla. Resulta absurdo reducir la tutela administrativa al ejercicio de un poder jurisdiccional para conocer los recursos interpuestos contra la ilegalidad o el empirismo administrativos. Y ello por todas las razones expuestas.

b) *La tutela jurisdiccional y el contralor administrativo.*

Asumimos así partido definido ante las que fueron y no son las dos grandes posiciones ante la tutela administrativa: La que se da a través de recursos y actos jurisdiccionales —por el efecto y el procedimiento— y la que se da a través de intervenciones oficiosas del Estado sobre el ente autónomo. Claramente creemos que en Costa Rica este último sistema, siendo necesario alguno, es el tácitamente autorizado por nuestra Constitución, en razón de ser el único utilizable.

Para traer un ejemplo interesante de lo que es o fue la tesis opuesta a la de este estudio conviene extraer algunas citas del viejo pero todavía utilísimo estudio de Demichelli sobre Los Entes Autónomos.

Ha dicho Demichelli:

"El Administrador —que siempre ejerce sus prerrogativas discrecionalmente— es un ser activo, dotado de autodinamismo, que no necesita solicitudes externas para poner en movimiento su autoridad. El Juez es un ser positivo, inerte, sin impulso propio, cuya autoridad es preciso provocar para que se ponga en movimiento..." Es distinta también, en su esencia, la autoridad del Administrador de la autoridad del Juez. El juzga cuando alguien le pide justicia. El Administrador, por la naturaleza misma de su autoridad, tiene facultades discrecionales, poderes explícitos e implícitos que le imprimen un fuerte carácter autoritario. El Juez tiene sólo poderes explícitos, según la ley, como reconocimiento de "lo mío de cada cual". Por último el Administrador una vez que interviene puede detenerse libremente; sus actos, en efecto, son esencialmente revocables. El Juez una vez solicitado no puede detenerse; tiene que fallar y su sentencia está destinada a hacer cosa juzgada... Por tanto, organizar una tutela jurisdiccional es desvanecer la autonomía; confiarle la tutela a un Juez, en cambio, es permitir su amplio y eficaz desarrollo en forma armónica con el propio principio autonómico "Ob. cit. págs. 120 y 121).

Posteriormente Demichelli ha reafirmado, casi con iguales palabras, su fe en la tutela de forma y efecto jurisdiccional para contener y legalizar la actividad administrativa descentralizada. En la que creemos su última obra, "El Poder Ejecutivo", ha vuelto a decir:

"La autonomía de un ente público y la tutela del Ejecutivo, obran a la manera de los vasos comunicantes. La autonomía existe en función de la tutela, y llega al nivel que ésta le permite. El alcance de la autonomía se puede medir por el carácter de la tutela. Si ésta fuera discrecional, terminaría prácticamente con aquélla. El método *jurisdiccional*, en cambio, la resguarda y protege" (Ob. cit. pág. 131).

Discrepamos absolutamente de tal planteo del problema. La tutela no intenta proteger al ente sino al Estado, porque intenta obtener la subordinación legal o administrativa de aquél a éste, como institución mayor y más comprensiva dentro del ordenamiento. La autonomía queda salvaguardada con que se permita al ente actuar inicialmente sin control ni intervención preventivos de ninguna especie, en pleno uso de su especialización y de los poderes que implica.

Una vez realizada esta actuación inicial del ente, es no sólo imposible sino necesario que el Estado pueda impedir que viole aquello que el Estado mismo ha creado —conjuntamente con la autonomía— para ordenarla y coordinarla con todas las otras administraciones y necesidades públicas del país: la técnica y la ley, condiciones básicas de toda buena administración pública. Tal necesidad institucional de sumisión del ente menor al Estado es tan importante que el Estado no puede depender —ni debe— de ningún particular ni sujeto extraño para iniciar el control que permita enmarcar la actividad descentralizada dentro de aquellas reglas. (El Estado, movido por su interés propio y superior al del ente, debe poder impedir siempre y en todo caso que éste viole la ley o la técnica con sus actuaciones o resoluciones.) Y debe poder hacerlo con tal agilidad y flexibilidad de criterio que pueda hacerlo a libre discreción, aun si hay una ilegalidad o empirismo evidentes, cuando a su juicio no amerite actuar. En contrapartida, el Estado debe poder vigilar como autoridad la actuación del ente autónomo y, también, usar de los que llama Demichelli poderes implícitos siempre que sean necesarios para frenar su arbitrariedad o empirismo. (Aunque la Constitución no lo diga, por el solo hecho de ser entes públicos menores, las instituciones autónomas están supeditadas a los poderes de aprobación o improbación del Estado por razones de pura legalidad o técnica, y a los de anulación, suspensión o revocación de sus actos, por iguales razones, cuando ya han sido llevados a ejecución.)

El ente debe actuar y el Estado debe tener la posibilidad de impedir que actúe contra la Ley o la técnica, mediante la improbación, suspensión, anulación o revocación de sus actos irregulares en esos dos aspectos: tal es el principio que debe regir una sana y eficiente autonomía. Ni separación ni unidad total: articulación a través de una tutela mínima y tácita, de origen constitucional, entre Estado e institución descentralizada.

Con esto se eliminan aquellos planteamientos duales y radicales: el que identifica al ente con el Estado; o el de Demichelli que lo escinde radicalmente de éste y lleva a la concepción absurda, ya combatida, de una tutela administrativa de tipo jurisdiccional, sólo admisible a instancia de parte y a texto expreso de ley.

Es ésta, en efecto, la última y contradictoria conclusión de quienes sostienen, extremando la autonomía, que la misma sólo es compatible con la tutela jurisdiccional y no con la administrativa. Pues, en efecto, resulta inconcebible una función jurisdiccional, con efecto de cosa juzgada, si no hay ley que expresamente la regule y la otorgue. Aún suponiendo la cosa juzgada como efecto único de tal control de tipo jurisdiccional propugnado por una parte de la doctrina, siempre resultaría excepcional en un acto administrativo e incidente sobre el equilibrio distribuido que produce la división de poderes, en términos tales que ameritaría disposición constitucional expresa que así lo hiciera posible, permitiéndolo. Para que un acto de control, emanado del Poder Ejecutivo, resulte cubierto con la virtud de la cosa juzgada es preciso que la Constitución así expresamente lo disponga, hipótesis que no es la de C. R. Y para que, también, la tutela administrativa discrecional resulte susceptible de ejercicio sólo con los procedimientos judiciales, a exclusiva instancia de parte lesionada y con las solemnidades estrictas de bilateralidad y, sobre todo, de poder dispositivo de la parte sobre el procedimiento, típicas de aquella forma de remedio legal, es igualmente indispensable una

disposición constitucional, que coarte al Poder Ejecutivo el ejercicio libre de una potestad de vigilancia e intervención, que es consecuencia lógica del origen legal del ente menor y de la supremacía natural del ente mayor, el Estado.

g) *El carácter tácito de la tutela administrativa.*

Estamos absolutamente de acuerdo con el tratadista Demichelli en que un régimen tutelar como el uruguayo descrito en su famosa monografía (régimen tutelar ampliamente superado por otro de tipo mixto en su propio país) requiere de una expresa consagración constitucional, sin la cual el mismo resultaría lesivo de la autonomía. Pero discrepamos si este principio quiere llevarse también a la tutela administrativa propiamente tal y a exigir disposición expresa —de ley o de Constitución— para la existencia de las mencionadas potestades de aprobación e improbación, anulación, revocación, suspensión y sustitución de los actos del ente.

"Para los entes autónomos, en efecto, la capacidad es la regla: la tutela o el contralor por el Estado es la excepción. Surge esto, en primer lugar, de la autonomía de estos organismos, y, en segundo lugar, de la enumeración taxativa de materias contenidas en el Art. 100 al consagrar los derechos del Consejo Nacional sobre los consejos especiales. Para restringir la capacidad o la libertad de estos institutos, precisarse textos expresos que autoricen esa restricción. El ente autónomo puede ejecutar libremente todo aquello que no le prohíbe la ley constitucional, o la ley ordinaria o reglamentaria de los preceptos condicionados del Art. 100; y tan sólo debe abstenerse de hacer aquello que la ley prohíbe por modo expreso. Por otra parte, el silencio de la ley es forzoso interpretarlo siempre en pro de la autonomía (ob. cit. pág. 85 y 186). "Como ya lo hemos afirmado, el contralor tutelar tan sólo existe cuando algún texto lo im-

pone expresamente; la regla, en silencio de la ley, es la autonomía de la persona moral" (ob. cit. pág. 91).

Es la equiparación de la autonomía privada a la pública, como si fuesen especies de un mismo género de libertad. Pero el propio Demichelli —en quien nos detenemos tanto por el mágico prestigio que ejerce en nuestro medio la invocación de su monografía— advierte que hay una radical diferencia cuantitativa y no sólo gradual, entre libertad privada y autonomía administrativa. Esta diferencia ha sido afinada por la doctrina posterior y hoy es dato casi indiscutido del derecho público. Todo el fundamento de la radical diferencia que separa ambos tipos de libertad, es el siguiente: el particular es un fin en sí mismo, dentro de un sistema democrático liberal como el nuestro, en tanto que la institución autónoma, como el Estado todo dentro de ese mismo sistema, no es otra cosa que medio al servicio del hombre. Significa ello que la libertad del individuo —como expresión de ese supremo valor del liberalismo político, que es la personalidad humana— debe reputarse ilimitada, mientras no esté expresa y razonablemente limitada, en tanto que el poder de la institución debe reputarse como intrínsecamente limitado por el fin de servicio público que persigue, y no sólo desde afuera por la demarcación de lo que le está prohibido sino desde adentro por la regulación de su existencia toda, y de la preparación, constitución y ejecución del acto administrativo o de la prestación pública en cuestión. La ley no es el límite del ente público o de sus actos sino que es el origen y sustancia de éstos. Aun si hay poder discrecional el mismo es siempre una posibilidad para un fin regulado por ley, dentro de otros ciertos requisitos ya especificados en este trabajo, que delimitan y determinan positivamente el contenido y la función del acto o del servicio en cuestión.

La discrecionalidad, además, es un carácter puntual y no pleno de lo administrativo y por serlo no es algo radicalmente contrapuesto a la legalidad, sino una forma ate-

nada de ésta, que relaja la vinculación. De aquella fundamental orientación de poderes —la autonomía pública y la privada— nace el que ésta última sea propiamente una forma de libertad, en cuanto es un medio al servicio de un fin propio y creado por el que lo persigue; mientras la primera —la autonomía administrativa— no es otra cosa que una estructura o aparato puesto al servicio de un fin impuesto por la ley y no por el ente a sí mismo, en condiciones también reguladas por la ley y no, fundamentalmente, por el ente. Administración discrecional a diferencia de libertad privada, es la actividad sometida a la ley, excepto en aquello en que la misma ley le permite ser libre. Por eso la institución autónoma, al revés de lo afirmado en la cita que antecede, no es libre sino para aquello en que está facultada para serlo, e incompetente en todo aquello en que no lo está.

Si, pues, la vinculación existe aún bajo la apariencia de la discrecionalidad, resulta necesaria la admisión de un control que la actualice aún contra la voluntad del ente, cuando éste haga su propia ley so pretexto de aplicarla. Para evitarlo procede un control de tipo tácito y constitucional, como el que en estas líneas propugnamos .

La interpretación última del viejo Art. 100 de la Constitución Uruguaya de 1918, arriba citada, puede considerarse como una exégesis ceñida a un texto positivo, en cuyo caso carecería de toda importancia. Pero excede de tal exégesis y aborda un problema mucho más grave y general, la fundamentación que se da a la misma.

Parece entrar en contradicción todo el que afirma el carácter connatural de la tutela administrativa y la autonomía, hasta el punto de afirmar que "partiendo de una idea romántica como lo es la de la libertad, y restando de ella todas las restricciones de derecho impuestas a la libre actividad de los entes, obtendremos, como síntesis, la autonomía" (ob. cit. pág. 63); y hace afirmaciones, por otro

lado, como las citadas más arriba sin ninguna explicación que produzca la armonía entre unas y otras.

Si la tutela administrativa es esencial no puede depender de la ley para su existencia y existe, aunque sea en un mínimo razonable, aunque no haya ley que la consagre. Y si, por otra parte, falta la tutela siendo esencial —como dice Demichelli que es y lo aceptamos nosotros— faltaría también la autonomía y nacería en su lugar una especie de Estado Federal por especializaciones materiales, no por zonas espaciales. Sería una desmembración material de la soberanía, que obviamente requeriría expresa previsión y sobre todo expresa limitación constitucional.

La tesis de Demichelli es peor que la monista, porque ésta protege al Estado que es superior, y aquélla a la autonomía, que es lo mismo que sacrificar al que vale más por el que vale menos. Entre el Estado y su unidad, y el ente y su feudal señorío —aunque sólo sea administrativo— nos quedamos mil veces con el Estado.

Hoy la tesis de Demichelli ha sido ampliamente superada en su propio sistema. Basta leer al respecto el magnífico tratado de Sayagués Laso (tomo 11, pág 208, Tratado de Derecho Administrativo) para conocer el nuevo contralor tutelar instaurado en aquel orden, fundamentalmente basado en una intervención discrecional y oficiosa del Poder Ejecutivo sobre la vida del ente autónomo, que puede conducir a una final decisión del Senado uruguayo, siempre con carácter de una decisión administrativa y no jurisdiccional. El contralor ha llegado a extremarse en Uruguay hasta el punto —lógico por otra parte— de incidir no sólo sobre la legalidad y la técnica de la administración descentralizada, sino también sobre la pura oportunidad y conveniencia de la misma. Ahí esta posibilidad se ha realizado porque hay norma constitucional que expresamente la permite; aquí tal solución tendría que acudir a igual medio constitucional pa-

ra ser operante. Pero resulta claro, de la obra citada, que después de "Los Entes Autónomos", han ocurrido múltiples reformas en Uruguay —nuestro ancestro y linaje en descentralizaciones— y que las mismas han logrado acordar la realidad legislativa uruguaya a las necesidades de un Estado moderno, asediado por la fuerza centrífuga de grupos inmensos de presión, que muchas veces nacen llamándose autonomía.

El Estado moderno está en crisis: el comunismo lo ha minado en lo internacional, suplantando la nacionalidad con la clase y el deber político con la convicción de partido; y el sindicalismo —dondequiera que es tal— lo ha disgregado en lo interno suplantando los partidos con los sindicatos. Ante el deshacimiento de una institución que tan ilustre pasado tuvo, y tan menguado presente tiene, el hombre de hoy —como lo ha dicho Balladore Pallieri— se pregunta a solas por la nueva forma de organización pública que habrá de sustituir aventuradamente esta sola que conoce y que ya no respeta: si la federación de las naciones, si la colaboración de servicios especializados, o la universal comunista. Y el hombre de hoy sólo puede responderse tímidamente a sí mismo que a ese Estado que desaparece —atacado desde dentro y desde fuera— nada sino la anarquía lo va a sustituir. La descentralización ha hecho crisis y ha aumentado con la suya la crisis del Estado. Con el sindicalismo moderno, ha sido el principal agente de fractura en su unidad política y sólo en los pueblos que a tiempo han sabido enervar esas dos fuerzas de desmembración no han podido las mismas insembrar su virtud de incertidumbre económica y política. No estamos contra una ni contra otra, pero preferimos su control necesario por el único poder que todavía puede controlarlos, el Estado. Creemos en la necesidad de esta evolución desintegrante, pero creemos igualmente que no puede favorecerse como debida mientras el Estado siga siendo —como es— la única forma eficiente y probada de dirección y coordinación dentro de una comunidad nacional.

Nuestra tesis, que afirma la existencia de una tutela administrativa tácita, constitucional y de principio, cuyo contenido mínimo lo forman los poderes indispensables para declarar y eliminar la ilegalidad y el empirismo infundados de la actividad descentralizada, no se basa, sin embargo, en esta preferencia estimativa y política por el Estado y su fortalecimiento en la presente crisis de autoridad. Se funda en la aplicación del principio de unidad a los entes autónomos, en cuanto su origen está en la Asamblea Legislativa y su fin depende del Estado mismo, que lo ha reconocido y debe continuar manteniéndolo dentro de los límites legales y técnicos precisos que son la condición mínima para que ese reconocimiento se renueve en forma continua frente a su funcionamiento.

El rechazo de esta tesis sólo puede conducir a las contradicciones y extremismos ya apuntados, o a la anarquía de un ente nominalmente sometido a la ley que estaría facultado para crearla, bajo pretexto de su aplicación. Aún si en este caso restara el recurso a lo jurisdiccional y judicial, para resolver el conflicto entre la Administración Central y la descentralización, quedaría siempre fuera de todo control y límite la aplicación de ciertas zonas de derecho como las relativas a la organización interna del ente, y se perderían las ventajas del sistema de control típicamente administrativo, ya apuntadas en contraste con las propias del sistema judicial. Se trataría, en todo caso, de una forma de tutela que, además de ser ineficaz para el fin que persigue, por su misma naturaleza, es inexistente en los países como el nuestro en que no hay un contencioso administrativo de anulación sino uno de plena jurisdicción, donde para establecer el respectivo juicio hay que tener un derecho administrativo o de otro tipo, violado por la actuación del ente autónomo. En esta situación el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la actuación legal de la institución autónoma, porque no hay norma alguna que proponga esa actuación para su beneficio exclusivo y divisible, con potestad

de acción para exigirla, que son los signos del derecho subjetivo. Si no hay normas que expresamente prevean el control del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo, para impugnar sus actos ilegales o técnicamente defectuosos, el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la legalidad de las gestiones descentralizadas y del derecho a recurrir contra éstas por la vía del contencioso administrativo. Ese derecho sólo nace con el establecimiento de potestades de control y sólo en la hipótesis de que el ente paralizado persista en ejecutar sus decisiones improbadas. Puede el Ejecutivo, entonces, atacar la validez y licitud de las actuaciones improbadas por ejecutarse en defecto de un requisito legal indispensable con ese fin, que es la existencia de un control positivo que las autorice. Pero tal posibilidad desaparece si la potestad de control no existe, salvo si —como es nuestra tesis— se admite su existencia tácita y constitucional.

La existencia de entes libres e incontrolados por principio, salvo excepción expresa en contrario de la Constitución, o de la ley, es un peligro de fragmentación y feudalismo institucionales inconcebibles en un Estado moderno, cuando ya es clara la existencia del Estado por encima de toda clase de feudalismos. Para corroborarlo no nos queda sino citar nuevamente a Demichelli, que con lucidez y precisión, pero en contradicción con sus otras afirmaciones, también ha mantenido ocasionalmente igual tesis que la muestra:

“La existencia de un derecho subjetivo a favor de una persona administrativa, implica un grave peligro para la unidad orgánica del Estado. Los seres morales son órganos de la Administración Pública, personalidades oficiales integrantes de ese conglomerado jurídico que se llama Estado. El Estado, a su vez, se caracteriza por su unidad orgánica: el Estado es uno e indivisible. Entidades absolutamente libres funcionando dentro de la administración estática, entrañarían la ruptura de esa unidad y la divisibilidad del Estado

mismo". De aquí que, en la organización pública, todos los órganos del Estado se encuentren unidos por ciertos enlaces más o menos estrechos. Los entes autónomos, a pesar de su relativa libertad no escapan a esta regla, por cuya causa se encuentran sujetos a cierto grado de vigilancia y contralor especial confiado a los órganos superiores del Estado. Este contralor especial se conoce con el nombre de tutela administrativa". (Ob. cit. pág. 89).

Mejor ni más preciso no puede decirse: la tutela administrativa es el contralor necesario —y por eso mismo tácito y esencial— para impedir que la existencia de entes autónomos rompan la unidad e indivisibilidad del Estado. Sin Estado no hay descentralización, pero sin tutela habría una descentralización sin Estado. Para que haya descentralización se requiere ineludible e inexorablemente el que haya una tutela de contenido constitucional necesario e invariable, por encima de la misma ley. La tutela administrativa tácita, esencial y constitucional que hace posible la autonomía es aquélla que permite actuar libremente al ente y, al tiempo, le impide actuar ilegalmente, contra la técnica o la ley. En Costa Rica esa tutela existe y, tarde o temprano, tomará vida en la misma ley que ahora la niega o la lesiona, cuando habla de la absoluta autonomía del ente en materia de gobierno y administración. Para que haya autonomía tiene que haber coexistencia con el Estado y éste sólo puede convivir afirmando su innata e inevitable superioridad. La tutela es la superioridad del Estado que salva la autonomía, porque tiene por fin público el suplir las parcialidades y limitaciones de orientación que ésta pueda padecer, frente a la ley o al interés público; por eso se llama tutela y evoca algo de paternidad efusiva y activa. Por eso, negar la tutela es no sólo debilitar al Estado que así pierde un miembro poderoso de su existencia, sino también estimular el deshacimiento de la autonomía y provocar conflictos de coexistencia entre entes menores incapaces por si mismos para abarcar todo el panorama de la vida pública nacional. Y

por esto, también, afirmar esta tutela como aquí lo hacemos, es dar vida al ente en el único origen del que puede tomarla, que es la paternidad del Estado y de su autoridad suprema. Podrá negarse y discutirse el máximo de esa autoridad, pero no su mínimo indispensable: improbar, anular, revocar, suspender o sustituir los actos de la institución por motivos de legalidad y técnica puras.

h) *Los actos de tutela administrativa*

h-1) *Aprobación e improbación*

No creemos que requiera minuciosa explicación ninguna de las potestades mencionadas, coincidentes con el mínimo de control actuable por el Estado frente a las instituciones autónomas. Se ha explicado ya la naturaleza de la aprobación y de la improbación, como juicio condicionante de un efecto habilitante o impediende de las consecuencias jurídicas del acto controlado.

Se trata, más claro, de un control que incluye sólo una primera etapa consistente en la declaración de regularidad o irregularidad del acto frente a la norma aplicable, y que no contiene orden, prohibición ni medida volitiva alguna que esté dirigida a producir por sí misma aquél especial efecto sobre la eficacia del acto. Es la ley, se dijo, la que lo produce y para ello considera y adopta el acto de control como hecho jurídico con aquél resultado, sin atender intención alguna de su agente. De aquí, también, la radical diferencia entre aprobación y acto último de adhesión en la hipótesis usualmente confundida del acto complejo.

- No obstante que creemos claras y ciertas las afirmaciones hechas en relación con la naturaleza y efecto de la aprobación nos parece oportuno reafirmarlas, en frente de tesis opuestas —algunas de ilustre origen— que configuran la aprobación o, sobre todo, la improbación, como formas de control que encapsulan una potestad ordinativa, que permitiría al contralor comandar al controlado, determinando la forma y contenido de sus actos. Nada menos que Ugo

Forti, el viejo y prestigiado maestro de la Universidad de Nápoles, lo mantiene así:

"La orden o la prohibición contenidas en una providencia de tal tipo (se refiere a la improbación) son menos obvias, porque no sólo tienen carácter ejecutorio sino que contienen incluso un elemento coactivo, que es la ejecución por sí, verdadera y propia (de lo que las mismas disponen). Esto no quiere decir que falte la declaración obligatoria para el ente público, en el sentido de que el mismo debe proceder a ejecución de un determinado comportamiento. Es que hay, en la providencia misma, también la corrección del comportamiento disconforme con el principio. Los dos momentos son tales que no se pueden confundir desde el punto de vista lógico; y de la distinción resulta que el segundo (la corrección en la que se concreta toda la influencia posible del control sobre el acto) no sólo no excluye sino que necesariamente presupone el primero (esto es, la declaración obligatoria para el ente de su obligación positiva o negativa en el caso concreto). Por lo cual, para concluir, es siempre cierto que estos controles se dirigen a la persona directamente, como lo afirma Mayer; y por otra parte, no se entendería el sentido concreto de este innegable principio, si no se admitiese simultáneamente también que se formulan bajo la forma de orden o prohibición, o en general, de declaración de un principio obligatorio para el ente" (citado por Luigi Galateria, Teoría jurídica de las órdenes administrativas, pág. 49).

Esta tesis tiene su origen, como se desprende de la cita, en Otto Mayer quien la expone al hilo de lo que él llama el poder de vigilancia (*surveillance*) del Estado sobre los entes. Pero el mismo Mayer (El Derecho Administrativo Alemán, tomo IV, pág. 311, trad. francesa) advierte bien que lo que, en el caso, se llama "orden por derecho de vigilancia" no es en realidad tal sino una mera declaración, especie de formulación de un juicio o de una valoración, sin mezcla alguna de una voluntad dirigida a modificar la

conducta del ente y a determinar, vinculándolo, lo que éste haga en el curso de su administración. Dice Mayer:

"Lo que uno llamaría una orden dirigida al "cuerpo de administración" autónomo en virtud de una potestad de vigilancia, es, en realidad, la declaración de que dicho cuerpo está obligado a hacer alguna cosa o, de expedir alguna otra, quiere decirse: una constatación de su deber..."

Se trata, por lo menos en el caso de la aprobación o la improbación, de una constatación o representación lógica de un deber considerado como objeto de estudio y prueba en el caso concreto; exactamente como puede constatarse o tenerse por existente otro hecho —no lógico jurídico— sino físico causal mediante una certificación o un dictamen pericial sobre su existencia. Es decir, se trata —en el caso de las órdenes o prohibiciones de hacer o no hacer, que se pretenden ocultas bajo la forma del control negativo por improbación del acto— de un juicio y no de un acto de voluntad, que no va dirigido a ningún sujeto, ni siquiera al controlado, ni pretende determinar jurídicamente su conducta. Se trata de un evento que está jurídicamente regulado como condición para que se consolide una conducta anterior en virtud de un poder propio, independiente de la misma aprobación. Esta —lo mismo que la improbación— no crean situaciones jurídicas subjetivas, derechos u obligaciones, sino que hacen posible o imposibilitan que otros actos anteriores los creen, y pueden estimarse, por ello, como creadores de situaciones jurídicas objetivas, según antes quedaron definidas: la posibilidad de ejercer o no ejercer una situación jurídica subjetiva —derecho u obligación— en virtud de un hecho anterior cuya función es preparar la aparición de ese ejercicio bajo la forma de una condición indispensable para el mismo.

Concluimos, por todo ello, y pese a la autoridad de Forti, en negar el carácter negocial o dependiente de la voluntad creadora del contralor, de las aprobaciones o las improbaciones. Estas sólo contienen un juicio sobre la regularidad del acto en relación con un cánón, que en Costa Rica sólo puede ser legal y no de mera oportunidad; y, una vez expresado ese juicio, se produce automáticamente con entera independencia de la voluntad del órgano el efecto conectado por la ley a dicho acto, no como tal sino como hecho jurídico, consistente en mera declaración de juicio o de conocimiento sobre la ley. Efecto que es el posibilitar o impedir la eficacia y la ejecución regular del acto aprobado o improbadado.

n-2) *Potestades de control represivo*

Las otras potestades de control mencionadas, todas llamadas sucesivas y represivas, porque se ejercen después de un acto que es no sólo válido sino también eficaz, y que está siendo ejecutado, presentan la diferencia frente a la aprobación o improbación de ser poderees compuestos por dos posibilidades legales, la de pronunciarse sobre la legalidad del acto y la de suprimirlo, si se concluye en que es irregular. Es decir, la potestad de juicio infartada en la de aprobar o improbar —que ya se describió— y, además, la potestad de adoptar la resolución dirigida a producir el efecto voluntario y deliberado de impedir que continúe siendo ejecutado el acto violatorio e ilegal.

No se trata aquí de un simple juicio al que la ley adscribe un efecto fuera de todo elemento voluntario —como en el caso ya arriba mencionado— sino de una verdadera manifestación de voluntad que tiene la consecuencia propia y autónoma de impedir que el acto ilegal sea llevado a

cabo. (No se requiere de una orden del órgano central contralor, dirigida al ente autónomo, para que éste suprima el acto o suspenda su efecto, sino que el control causa tal resultado impeditivo directamente por sí mismo, y abandona al ente autónomo únicamente la facultad —que de todos modos conserva, como mejor se verá después— de retomar de nuevo la necesidad pública en juego y volver a emitir el acto sustituto del anulado, revocado o suspendido.) No hay, en ningún caso, órdenes del contralor al ente autónomo, ni menos aún sustitución de éste por aquél. La institución conserva siempre su plena autonomía de actuación, y su completa desvinculación frente a órdenes o interferencias activas del contralor. Ya se vio, en efecto, que las órdenes, aun las fundadas en razones de ley o de técnica, y las sustituciones resultan necesariamente contrarias a la autonomía.

El ente autónomo, por el solo hecho de serlo, tiene libertad y responsabilidad propias para decidir sus asuntos por vez primera, y en ningún caso, salvo excepción constitucional expresa en contrario, puede el contralor sustituir su conducta. La sustitución de la conducta que lleva no sólo a eliminar lo indebido sino también a adoptar la conducta regular y oportuna en su lugar, implica una decisión completa, incluyendo la determinación de elementos discrecionales que está vedada al contralor, por tratarse de un campo en que es soberano el ente autónomo. El ente, una vez manifestada su voluntad o conducta, pierde toda titularidad en cuanto a su aspecto legal, que puede ser revisado. Pero conserva su potestad para proveer de nuevo sobre la misma materia, en uso de potestad igual a la inicialmente ejercida, y, sobre esta base, conserva la disponibilidad del acto irregular y sus efectos, de modo que sólo él y nadie más que él puede adoptar otro en su lugar. Actuar en lugar del ente, reformando o dictando nuevamente el acto debido con el fin de que se trata, sería privar a aquél de la posibilidad de ejercer su competencia al respecto y, si tal potestad de sustitución está legalmente con-

sagrada, sería también violar esa competencia de origen constitucional.

De estas potestades de tipo represivo la de anular es la principal.

La anulación es la extinción o retiro de un acto por vicios originales de legalidad o de oportunidad. Cuando el órgano retira un acto sin apoyarse en motivos o hechos supervinientes, e invocando razones de oportunidad, significa que si se hubiesen considerado bien los elementos o circunstancias de su emisión el acto no se hubiese dictado por inconveniente o inoportuno. — Se habría considerado el acto, quiere decirse, como carente del mínimo de oportunidad exigido por la ley para la emisión del mismo, desde el punto de vista del interés o necesidad pública en juego. En consecuencia, cuando se retira o extingue un acto por un vicio original de oportunidad, se tutela en realidad la aplicación de la ley que exige ese mínimo, y que prohíbe emanar el acto sin su presencia. El retiro por inoportunidad original es una anulación.

La revocación, por contraste, es el retiro del acto por razones supervinientes de legalidad. La revocación por motivos de oportunidad ya vimos que está prohibida, en tanto que es un control de ese mismo tipo. De ese modo, la revocación a que aludimos anteriormente, como forma de control sobre el ente autónomo, se funda en lo que la doctrina acostumbra llamar también decaimiento del acto, que ocurre, según palabra de Sayagués, cuando los actos administrativos pierden su eficacia jurídica "independientemente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o derecho indispensable para su existencia". El decaimiento es la situación jurídica que se opera en tal hipótesis, pero el mismo puede no darse automáticamente y requerir expresa declaratoria si, por ejemplo, la ley dispone la necesidad de esa declaración o, aunque nada diga al respecto, el ente autónomo insiste en la ejecución del

acto pese a su automática decadencia jurídica. El control extintivo que surge, entonces, y hace lo que el ente debió hacer con el acto indebidamente operante, por razones de decadencia legal, es lo que aquí estrictamente llamamos revocación.

h-3) Suspensión:

La suspensión del acto, y no del funcionario, es poco conocida en Costa Rica. Pero es, en todo caso, posible. Aquí aceptamos ampliamente que el acto administrativo es ejecutorio y puede ejecutarse pese a su ilegalidad, mientras la misma no sea jurisdiccionalmente declarada. Tal principio, así aplicado, resulta equívoco en nuestro caso y puede tener todas las lamentables consecuencias que su existencia misma trata de evitar. Pues la ejecutoriedad del acto administrativo intenta primordialmente facilitar la acción administrativa, según una valoración de intereses que da preferencia a las de ésta por encima de los del particular o ente extraño quejoso, para evitar que las necesidades públicas se vean paralizadas por la oposición de un interés privado inferior. Esa valoración, sin embargo, debe extremarse y acabarse lógicamente, llevándola también a las relaciones entre Estado y ente autónomo. Ya se vio como —por razón del origen y del fin limitado— el ente autónomo puede reputarse institucionalmente inferior al Estado y subordinado a éste en cuanto a la aplicación de la técnica y la ley. Resulta de ello que, mientras las consecuencias lógicas de esa superioridad no estorben ni contradigan la autonomía constitucionalmente garantizada, siempre habrá de preferirse el Estado al ente autónomo en todo conflicto de intereses entre ambos, y que, por eso mismo, cuando haya un acto de la institución impugnado por el Estado deberá suspenderse mientras el criterio estatal se mantenga, para evitar que prevalezca el interés menos valioso y amplio sobre el que lo es más, a través de su ejecución. Puede sentarse así el

principio general de que el acto administrativo de la institución descentralizada no es ejecutorio frente al Estado Central, en los conflictos que éste promueva o plantee con motivo de su ejecución y eficacia. Según esta tesis el Estado puede siempre suspender un acto del ente autónomo cuando considere sospechosa su legalidad, sea por disposición expresa con ese fin, sea por interposición de las observaciones y de la oposición con el pedimento de que el acto sea corregido. En C. R. la figura más típica de la suspensión es el veto del Gobernador sobre los actos municipales, que no es otra cosa que una suspensión de los mismos.

h-4) La violación de la técnica y la anulación

Quede claro, finalmente, que también entendemos por anulación, en este estudio, el retiro del acto por violación de las reglas científicas aplicables en el caso. Ya se vio, en efecto, que tales reglas en cuanto sean de aplicación ineludible y exacta, sin excepciones ni inadecuaciones producidas por la discrecionalidad administrativa pura (en los términos a su tiempo definidos), resultan incorporadas a la ley que exige aplicarlas también exacta y plenamente, sin atenuaciones, ni desviaciones.

Resta por examinar brevemente el llamado control sustitutivo.

h-5) El control sustitutivo

Es obvio, en este respecto, que el contralor carece de la potestad, que sí tiene naturalmente la institución, para proveer inicialmente y por primera vez sobre la necesidad pública en juego.

Ya se vio que el control tiene por objeto someter al ente al Estado en cuanto a la legalidad y a la técnica de su actuación. Sistemas hay —como el italiano, el francés y el

uruguayo— en que los motivos del control pueden ser también de oportunidad. En ambos casos se trata nada más de impedir que la institución desborde ciertos límites que le vienen impuestos por el Estado, como supremo administrador o creador del orden jurídico, y frustre su misión especial o cause un daño serio a los otros bienes jurídicos creados o protegidos por el Estado.

La función del control, como la de la policía, es puramente preventiva o represiva, nunca de impulso ni de iniciativa. El sujeto y órgano contralor carecen de un interés directo en la satisfacción de la necesidad pública a que mira el acto controlado, y sólo persiguen la misión invariable de impedir que la misma se satisfaga sin observar los medios, los requisitos y las formalidades prefijados por el Estado para garantizar un mínimo de éxito al respecto. El interés del contralor no es el del acto controlado, sino el de la eficacia de las normas o reglas aplicadas por éste, concebidas como instrumentos o garantías mínimas de buena administración, desde el punto de vista de Estado Central. Así, el sujeto del control carece de motivo legal para proveer sobre un interés propio del ente autónomo, en sí mismo considerado como un bien jurídico, antes de que éste último lo haga en su lugar, quiere decirse: como titular de ese interés y de la potestad para juzgar el momento de su logro y para iniciar los procedimientos a ese fin conducentes. Mientras el ente autónomo no actúe, no está en juego el único motivo posible de la actividad contralora, ni el único fin que puede interesar al respectivo contralor, que es asegurar la aplicación de las reglas por parte del sujeto controlado. Igualmente, cuando el acto de la institución ha sido anulado, suspendido o revocado, el Estado carece de potestad para dictar otro nuevo en su lugar, sea totalmente nuevo, sea parcialmente tal, mediante la reforma o modificación del acto, en lugar de su extinción total. La reforma y la modificación implican una anulación de lo reformado o modificado y, además, una sustitución por lo

que se estima correcto. De este modo puede decirse que el Estado no puede, en uso de su poder de control, ni sustituir totalmente el acto anulado, suspendido o revocado, ni tampoco reformarlo ni modificarlo. Sólo puede, precisamente, disponer del mismo en los términos impeditivos o extintivos que arriba se puntualizaron.

Se desprende de todo lo dicho, sin embargo, que hay una posibilidad lógica en que el Estado sí puede sustituirse al ente autónomo en su actuación, usando de un poder de iniciativa propia. En realidad se trata de una apariencia, porque también en este caso se intenta nada más poner las condiciones legales mínimas y necesarias para el buen desarrollo de la actividad descentralizada, de conformidad con la técnica y la ley, a juicio del Estado Central. El rechazo del poder sustitutivo de la actividad descentralizada, tal y como quedó explicado, se refiere a la hipótesis en que el ente actúa ilegal o empíricamente.

La posibilidad de control sustitutivo apuntada se relaciona, en cambio, con la hipótesis de omisión o inacción del ente, cuando él mismo está legalmente obligado a una determinada conducta y no la realiza. Es decir, cuando es reglado y no discrecional el motivo y el momento de la actuación del ente, y la misma no se produce con violación de las reglas respectivas.

Cuando la institución se abstiene de actuar en tales circunstancias es porque, en realidad, está actuando ilegalmente y rechazando o denegando su voluntad favorable (o su servicio) sin fundamento alguno. El Estado puede, entonces, intervenir en un doble sentido. En primer lugar, intervenir en los términos comunes y hacer uso de su potestad tácita de anulación de los actos de la institución autónoma, sin necesidad de recurso ni instancia de sujeto extraño que a ello lo impulse u obligue. Pero, dada la particularidad de la conducta ilegal que es negativa, el

Estado con anular esa omisión se limita nada más a manifestar un juicio sobre una ilegalidad, sin cambiar en absoluto la situación jurídica preexistente. Cuando, en efecto, la conducta anulable es positiva su anulación es constitutiva y produce una nueva situación jurídica, que es la cesación del efecto o la acción irregulares. Cuando, como en nuestra última hipótesis, es omisiva, su declaración de ilegalidad ningún resultado produce, ni como hecho ni como acto jurídico, pues el ente logra continuar y afirmar su conducta ilegal con el mero desatender aquella declaración del contralor y reiterar su omisión. Se requiere, entonces, que el Estado intervenga para impedir que el ente continúe su conducta ilegal y para lograr un cambio en la situación jurídica anterior, como en los otros casos de control, pero aquí, a diferencia con éstos, en la única forma adecuada, que es la emisión de la conducta debida en lugar del ente.

Esta conducta sustitutiva pone en movimiento una potestad igual a la del ente pero a nombre y por cuenta del Estado. El Estado actúa en lugar del ente, pero en su propio interés. La autonomía no sufre con tal sustitución, porque también en esta hipótesis el ente ha usado plenamente de ella, al decidir abstenerse ilegalmente de la conducta necesaria desde antes de la sustitución. El Estado, como en los otros casos de control, interviene sucesiva y no anteriormente a la emisión de la conducta primera del ente autónomo; y éste, también como en los casos comunes de control, queda sujeto al Estado desde ese mismo momento, en cuanto a la legalidad de su propia conducta. Queda residuada —como única característica del control en examen— aquella posibilidad de actuar en lugar del ente, para lograr así la eliminación de la ilegalidad, que es elemento final y la función indispensable de todo control. El ámbito de ese control sustitutivo queda limitado —precisa reiterarlo—

a los casos en que siendo reglada y no discrecional la conducta del ente en cuanto a motivo y momento, éste se abstiene ilegalmente de actuar.

Surge así en nuestro itinerario la consideración del control sustitutivo, cuya forma elemental y más clara —de existencia que sostenemos tácita y constitucional en Costa Rica— es la ya expuesta, la sustitución de omisiones concretas de la institución autónoma. Hemos dicho que en este caso el interés en la sustitución es del Estado como contralor, empeñado en mantener la legalidad de la actuación descentralizada como un medio para someter a ésta a sus criterios sobre tal administración. O, todavía mejor, es un interés que coincide con el del Estado administrador en que se desenvuelvan conforme a la ley las otras ramas de la administración que completan la suya propia. La ley es concebida como un principio de orden y de eficacia cuya observancia garantiza el éxito de la acción administrativa. Puede decirse que, sobre la base de este interés central e integrando su potestad de control, el Estado tiene una competencia propia y concurrente con la de los entes autónomos sobre la especialización de éstos, cuyo ejercicio está condicionado a la omisión del mismo por parte de estos entes, cuando tal omisión es ilegal en las condiciones ya descritas. Se trata, más claro, de una competencia del Estado supletoria de la del ente, en interés del propio Estado. Competencia que no es la de administrar lo que administra el ente, sino la de aplicar la ley administrando en lugar del ente, cuando éste la viola por omisión.

El Estado tiene, entonces, no la potestad de ejercer las competencias o derechos del ente omiso sino la de ejercer una competencia propia de carácter extraordinario, por estar supeditada en su ejercicio el caso anormal de que el ente llamado a actuar en primer término decida no ha-

cerlo. No se trata, en consecuencia, de un Estado que únicamente ejerce poderes ajenos, en interés del ente menor; ni tampoco de un Estado que actúa a nombre propio, por cuenta o en interés del ente. Ni aún siquiera de un Estado que actúa a nombre de otro en interés propio. Aquí el Estado actúa a nombre propio, y en interés propio, exactamente como en el caso de sus otros órganos comunes (que no son de control) pero en condiciones de carácter anormal y extraordinario, únicas que crean su competencia al respecto.

Resta una importante observación sobre el control sustitutivo descrito: todo lo dicho al respecto se refiere, en realidad, al control de la conducta negativa del ente, que la suple cuando ilegalmente se omite. Y se dijo ya el motivo para ello: la imposibilidad lógica de suplir una omisión con una mera declaración jurídica, sin recurrir directamente a la acción que llena el hueco dejado por la inercia del ente. Ahora podemos decir, parangonando situaciones, que igual razón es aplicable cuando se trata de una acción empírica y material (no jurídica) gravemente peligrosa para la vida, la salud o la integridad física o moral, de la comunidad o sus habitantes. Más claramente: cuando se trata de una actividad peligrosa para los bienes públicos tutelados por la policía, en el sentido estricto y tradicional de su definición. "Función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera" (Benjamín Villegas Vasavilvaso, *Derecho Administrativo, Limitaciones a la Libertad*, tomo V, pág. 88).

En la hipótesis de una conducta con tales notas —material, empírica y peligrosa a la comunidad— resulta igualmente infructuosa toda intervención puramente jurídica o volitiva del contralor, sin pasar a las vías del hecho y sus-

tituirse, material y no sólo volitivamente, a la institución que pone en movimiento un aparato o un servicio claramente peligrosos o nocivos para el público. Lo que aquí hay, en realidad, es una aplicación del principio ya antes expuesto, en virtud del cual se afirmó que el Estado prevalece sobre el ente en aquellos aspectos de técnica exacta o inflexible propios de su gestión, porque cuando esa prevalencia no puede asegurarse con simples declaraciones por razones de hecho, deviene necesario asegurarla con la interrupción inmediata del estado de peligro a través de conductas físicas sustitutivas o correctivas de las del ente que se halla en falta.

Así, puede afirmarse que un principio general de la tutela administrativa es que la autonomía cesa cuando choca con la policía del Estado, y que ello sólo ocurre —para dar una interpretación restrictiva que es la única acorde con aquélla— cuando la institución realiza actividades materiales que lesionan la seguridad, moralidad o salubridad públicas, o la "economía pública en cuanto afecte directamente" esos otros bienes jurídicos.

Fuera, entonces, de las dos hipótesis igualmente fundadas del control sustitutivo por omisión y por acción peligrosa del ente, parece no existir ninguna otra que dé cabida a la sustitución de su actividad. ¿A quién es imputable la conducta del contralor que se sustituye al centro controlado? ¿Al ente o al Estado?

Creemos que la figura que se dibuja a través de aquél tipo de control es la pura y simple del órgano, o del sujeto Estado actuando a través de éste en términos comunes, pero en ejercicio de una competencia extraordinaria.

La competencia del contralor sustituto, cuando actúa en lugar de la institución omisa, es suya propia y se ejerce

en beneficio del Estado, no del ente. En consecuencia, los efectos y todas las responsabilidades que nacen de esa conducta —y no de la omisión, cuyas consecuencias sí pertenecen exclusivamente a la institución —son también del Estado, contra el cual habrán de dirigirse las acciones respectivas.

Para confirmar esta conclusión resulta ilustrativo transcribir un párrafo definitivo de Arnaldo de Valles, donde el ilustre autor —por diverso camino— ha sentado las premisas de nuestra tesis actual. Podemos decir, sin reservas, que nuestra tesis coincide enteramente con la de la cita siguiente:

"La oficina (sustituta) ejerce una competencia propia, tanto que, desde el punto de vista del contenido, su voluntad puede comportarse en modo diverso a la de la oficina sustituida; pero, sobre todo, el aspecto formal prueba que la imputación de su voluntad es directa, y no obtenida a través de la oficina sustituida, cuando menos en la mayoría de los casos. Esto induce a rechazar la idea de representación, y aún más aquella de órgano de otro ente u órgano, porque la característica del representante está en que éste puede actuar en nombre de otro y hacer valer su voluntad en esa condición, como propia del representado por virtud de ley; mientras en el caso examinado, el órgano sustituto, aunque acepte tomar sus poderes de la inacción de otro órgano, no imputa a éste su voluntad sino al Estado directamente, en el ejercicio de derechos también del Estado. La competencia que se ejercita no es exclusiva del sustituido, sino, como se dice, competencia del Estado que no puede ejercer sino en determinada hipótesis, con imputación directa al Estado mismo. (Teoría jurídica de la Organización, pág. 237, tomo II).

h-6) El control comisarial

He aquí, sin embargo, que la doctrina admite la posibilidad de otro tipo de control sustitutivo, que acostumbra llamar comisarial. Consiste éste en la posibilidad de disolver o remover al titular del órgano jerarca del ente autónomo, y sustituirlo con otro nuevo y provisional, de nombramiento exclusivo del Estado, cuando el destituido ha incurrido en una acción u omisión gravemente ilegal y perjudicial para el interés público que satisface la institución. ¿Puede considerarse posible el control sustitutivo comisarial en Costa Rica?

Cabe decir, por lo pronto, que tal control es más sobre las personas que sobre los actos de la autonomía y que, como tal, está constitucionalmente vedado, mientras no esté expresamente permitido por la Constitución. El control mediante sanciones contra las personas del jerarca de la institución no es parte de la tutela administrativa mínima, de existencia constitucional tácita afirmada en este estudio, porque el mismo no conduce a eliminar la ilegalidad o empirismo de un acto de la institución, individualmente considerado, sino sólo a poner una de las condiciones —la fundamental— para determinar el rumbo u orientación general de las actividades del ente concebidas como un todo, y no como una suma de actos separados en el tiempo. Es decir, se trata de un control que intenta asegurar la fidelidad del ente al Estado, asegurando para éste la solidaridad político —administrativa de los jefes de aquélla.

Tal control afecta la totalidad de la gestión por razones políticas y no meramente legales o técnicas, y no sólo los actos aislados de la institución por motivos de esta última índole. Aún si se logra sancionar al jerarca rebelde y solidarizarlo con el Estado —sustituyendo al titular antiguo—

queda abierta la posibilidad de nuevas ilegalidades o empirismos, aunque disminuyan los conflictos con el señor Presidente.

En cuanto el resultado de este control es la solidaridad política de los funcionarios descentralizados, y su objeto la gestión total del ente, y no su legalidad ni su técnica, acto por acto, tal tipo de control indirecto no tiene que ver con la tutela administrativa mínima aquí descrita, que asegura inevitable y directamente, por su propio objeto y función, aquella legalidad y técnica descritas. El control sustitutivo comisarial no es posible en Costa Rica, al menos en forma tácita, sino sobre la base de una disposición constitucional que la prevea y autorice por modo expreso, como ocurre con la potestad de nombramiento de los directores de la institución.

A través de esta fundamental potestad, de tipo político y no meramente administrativo, puede el Estado lograr aquella sustitución comisarial que de otro modo le estaría prohibida. Aquí, en esta potestad de nombramiento del jerarca descentralizado, está el pivote y la fuerza de la actual tutela administrativa constitucional en nuestro medio. Sin ella, restaría la tutela mínima referida, pero moriría la coordinación política de gestiones administrativas, que ya vimos está constitucionalmente vedada al Estado en su forma directa. Con ella, en cambio, aunque muera aquella tutela mínima por expresa disposición constitucional que la suprima, sobrevive una poderosa y abundante fuente de dirección y coordinación de los entes autónomos, bajo la autoridad suprema del Poder Ejecutivo.

Examinemos más de cerca, finalmente, esta potestad de nombramiento de los directores autónomos, constitucionalmente atribuida a nuestro Consejo de Gobierno.

BIBLIOGRAFIA

Bibliografía General (a 1962, fecha de terminación del capítulo publicado):

Tratados:

GARRIDO FALLA, FERNANDO.

"Tratado de Derecho Administrativo", tomo I.

VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN

"Derecho Administrativo", tomo II.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE.

"Tratado de Derecho Administrativo", tomo I y II.

ZANOBINI, GUIDO.

"Corso di Diritto Amministrativo", tomo I y III.

ALESSI, RENATO.

"Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano".

GIANNINI, MASSIMO SEVERO.

"Lezioni di Diritto Amministrativo".

FORTI, UGO.

"Diritto Amministrativo", tomo II.

LAUBADERE, ANDRE DE.

"Traite Elementaire de Droit Administratif".

WALINE, MARCEL.

"Droit Administratif".

ROMANO, SANTI.

"L'Ordinamento Giuridico".

Monografías:

FACIO, RODRIGO.

"Las Instituciones Autónomas".

DEMICHELLI, ALBERTO.

"Los Entes Autónomos".

DEMICHELLI, ALBERTO.

"El Poder Ejecutivo".

BUTTGENBACH, ANDRE DE.

"Theorie Generale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique".

DEMBOUR, JACQUES.

"Les Actes de la Tutelle Administrative".

BACHELET, VITTORIO.

"L'Attività di Coordinamento nella Amministrazione Publica dell'Economia.

VALLES, ARNALDO DE.

"Teoria Giuridica dell'Organizzazione dello Stato, Tomo I.

OTTAVIANO, VITTORIO.

"Considerazione sugli Enti Pubblici Instrumentali".

SICA, VICENZO.

"Contributo alla Teoria della Autonomia Costituzionale".

SILVESTRI, ENZO.

"L'Attivita Interna della Pubblica Amministrazione".

OFFIDANI, ALESSANDRO.

Studi Sull "Ordinamento Giuridico Speciale".

RIVERO, JEAN.

"Les Mesures d'Ordre Interieur".

Artículos:

BOQUERA OLIVER, JOSE MARIA.

"Recursos contra decisiones de Entidades Autárquicas", Revista de Administración Pública, número 18.

VILLAR PALASI, JOSE LUIS.

"La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, número 3.

ROMANO, SANTI,

Decentrammento Amministrativo, Scritti Varii, Giuffrè.

GIANNINI MASSIMO SEVERO.

"Autonomia", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1951, numero 4.

OTTAVIANO, VITTORIO.

"Sulla Nozione d'Ordinamento Amministrativo e alcune sue applicazioni", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1958, numero 4.

OTTAVIANO, VITTORIO.

"Sulla Sotoposizione dell'Impresa Pubblica alla Medesima Regolamentazione di Quella Privata", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1962, numero 3.

SECCION DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN LA JURISPRUDENCIA DE CASACION

J. FRANCISCO CHAVERRI

Erizada de reformas, la Ley de Impuesto sobre la Renta no ha tenido fácil ni reposada existencia. Su nacimiento se remonta a la ley N° 837 de 20 de diciembre de 1946. Es una legislación poco explorada, adolescente, con 19 años y 13 reformas, que se resiente del antagonismo de las ideologías político-sociales. Encierra una serie de conceptos que en la ciencia económica tienen un valor *relativo* (en el sentido de correlación) y en las ideologías políticas el color característico de los prejuicios. Sufre, de reflejo, la confusión que se ha mantenido durante décadas, a veces deliberadamente, entre las aspiraciones teleológicas y las leyes económicas. De ahí que en torno al impuesto de la renta no exista una doctrina clara, uniformemente admitida y vacunada contra las influencias demagógicas, que ofrezca conceptos bien pulidos por la jurisprudencia o por las llamadas doctrinas económicas; y de ahí que la mayor parte de sus postulados y fundamentos sea de carácter polémico. Agrava la situación la disputa de las corrientes político-sociales que dividen al mundo y la resistencia que ofrecen las convicciones ideológicas, sin descartar las bien intencionadas y honestas, a un acercamiento hacia los modernos y positivos adelantos de la ciencia económica.

Sea como quiera que se le enjuicie y acepte —el recuento de las muchas doctrinas que se han formulado al margen de sus disposiciones sería pesado por lo extenso—, para efectos de la jurisprudencia, en mi criterio, es útil y suficiente considerar la Ley del Impuesto sobre la Renta

como un recurso fiscal, un impuesto como cualquiera otro. Como tal, es un producto y una necesidad del Estado moderno, si se quiere un mal necesario, algo que se ha hecho cosa y de la cual no puede prescindirse.

Un recurso fiscal efectivo en tanto se le dosifique y administre con prudente relación al medio que lo soporta, y que aplicado inmoderadamente congestionará los impulsos de mejoramiento social, agobiará las fuentes de donde brota y complicará, encareciéndolos, los sistemas administrativos de control y percepción.

Con mucha razón se ha dicho que si se hubiera aplicado hace un siglo con las elevadas cuotas o escalas del presente, no habría sido posible la gran concentración de capitales; y sin éstos, no hubiera sido factible la gran industria; y sin la gran industria no habría surgido la producción en masa; y sin la producción en masa no se habrían logrado ni los adelantos tecnológicos ni el abaratamiento de productos antaño suntuosos que hoy están al alcance de grandes núcleos de consumidores. Lo cierto es que sólo ha podido rendir buenos frutos fiscales en la medida en que lo resiste un sistema económico próspero y firme y que si no se adapta a la capacidad tributaria del medio, resultará perjudicial al desarrollo y engañoso.

Define el reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta —que algunas veces va más allá y otras acorta o restringe, con reglas de dudoso valor jurídico, las disposiciones del estatuto legal de que secundariamente forma parte— la RENTA BRUTA o simplemente LA RENTA como "el total de ingresos, beneficios y utilidades, consistentes o no en dinero, provenientes del trabajo, prestación de servicios, actividades lucrativas de cualquier naturaleza, y, en general, los beneficios o utilidades provenientes del capital".

Ni la ley ni el reglamento entran a definir lo que debe entenderse por BENEFICIOS, UTILIDADES, INGRESOS o CAPITAL. Y no es tarea de fácil cometido.

Dos fallos de la Sala de Casación definen la renta como "el producto periódico-continuo de una riqueza consolidada que puede consumirse sin afectar el capital".

Son las sentencias de las 10 y 45 del 13 de agosto de 1948 y de las 16 y 30 del 13 de julio de 1950 que coinciden, en cuanto ponen el acento en la periodicidad del producto, con el Licenciado don Víctor Manuel Elizondo, miembro muy distinguido de la Sala de Casación, en sus "Lecciones de Finanzas y Derechos Fiscal (Imprenta Lehmann, pág. 121), obra que sirve de texto en la cátedra respectiva de la Facultad de Derecho, en cuanto expone:

"Por renta se entiende el producto del capital o del esfuerzo humano, o de ambos factores combinados, obtenidos periódicamente".

Empero, ni la periodicidad ni la continuidad son requisitos establecidos en la ley para determinar o condicionar el gravamen de los ingresos netos, por más que algunas o muchas rentas tengan dichas características. La remuneración, por ejemplo, que reciba un abogado sirviendo como intermediario o comisionista ocasional en la venta de un inmueble propiedad de un tercero, o en la consecución de un préstamo de dinero para una tercera persona, y la que reciba un acreedor por arrendamiento de dinero aunque sea único y por cuatro días, son gravables. Lo son porque están incluidos en más de uno de los incisos del artículo 5° de la ley y en la definición del Reglamento anteriormente copiada.

La jurisprudencia debe buscar y precisar el concepto de ingreso gravable dentro del derecho positivo aunque tropiece con algunas definiciones teóricas de las escuelas económicas.

En un tercer fallo, de las 16 y 30 del 7 de octubre de 1952, no obstante que el tribunal insiste en las citadas características (continuidad y periodicidad), se vio en la ne-

cesidad de ampliar el campo de aplicación de la ley, inspirado en el concepto de "beneficios-capital" que explica del siguiente modo:

"Pero el capital puesto en el juego de los negocios produce también utilidades, que propiamente no pueden considerarse renta, porque la característica de ésta es la de ser periódica y constante sin detrimento de la fuente de que proviene, pero sí deben considerarse como ganancia, que algunos economistas para distinguirlas de la renta las denominan beneficios-capital. La eminente tratadista Ursula K. Hichs (Hacienda Pública, pág. 211) dice al respecto: "La tarea de distinguir la renta verdadera de los ingresos de capital no es usualmente una cuestión difícil; hay siempre, sin embargo, unos cuantos casos fronterizos en que pueden surgir dudas, por ejemplo, cuando se obtiene la renta de una serie de operaciones de capital (como la renta del especulador...) En tales casos es perfectamente correcto gravar los beneficios del capital como renta..."

Se trataba de la venta en parcelas de una finca previamente urbanizada al efecto. La venta de cada parcela significaba a la vez ganancia y menoscabo del capital, objetivamente considerado. Y la ganancia percibida en cada venta no podía ser, por la naturaleza del negocio, periódica ni continua.

Lo que sucede con los conceptos de renta y capital es que no son absolutos ni objetivos. Son, en primer lugar, términos correlativos que no podemos aprehender separadamente. En segundo lugar, ni existe algo que sea renta en sí misma ni capital en sí mismo. Si no todos los bienes, la gran mayoría, indistintamente, se presentan como capital y como renta. El dinero es el ejemplo más ilustrativo, y lo que a menudo llamamos capital son *bienes de capital*. El capital no tiene existencia independientemente de ellos. El que algunos bienes se empleen como factores de producción o se destinen al consumo, o al ahorro, no depende de la naturaleza física o intrínseca de ellos sino de deliberada escogencia humana. Al respecto es muy pertinente la

aclaración del sabio economista austriaco, Ludwig von Mises, en su famosa obra "La Acción Humana" (Editorial Fundación Miguel Villalonga, págs. 156 y 159):

"La idea que el vocablo capital designa no tiene representación alguna en el universo físico de las cosas tangibles. Existe tan solo en la mente de gentes que planean. Es un elemento del cálculo económico...

En realismo conceptual ha provocado confusión en torno al concepto de capital. Ha creado una verdadera mitología del capital. Se ha atribuido al capital existencia propia e independiente de los bienes de capital que materializa. El capital —dícese— se autoreproduce, siendo consecuentemente vano el preocuparse de su conservación. El capital —proclama por su parte el marxismo— engendra beneficios. Todo ello es pura majadería.

El capital es un concepto praxeológico... Estamos ante un producto de la razón, que sólo en la mente existe... Influye desde luego en el hombre que actúa y sólo en tal sentido puede decirse que tiene existencia real...

Ahora bien, el empleo que se dé a los ingresos brutos, ya se destinen a la reposición de capital, a la ampliación del existente o al consumo, implica siempre conscientes decisiones por parte de empresarios y capitalistas".

Debe quedar claro que no hay cosa alguna que en sí misma o por sí sola sea capital o renta, y que tienen aquella condición todos los bienes que entren en una relación específica determinada por la voluntad o por los planes del empresario. Vanos han sido todos los intentos para darle una concreción objetiva al concepto de capital, independientemente de esa voluntad o de esos planes. Por eso dice Claudio Napoleoni en el Diccionario de la Economía Política que él dirige (Ediciones Castilla, Madrid, página 135) lo siguiente:

"Si se puede extraer una conclusión, de la exposición de las teorías "económico-doctrinales", es la consecuencia, descorazonadora, que induce a ver el capital como uno de los conceptos más oscuros e inaprehensibles de la ciencia económica".

Pero será descorazonadora la consecuencia que apunta si se dirigen equivocadamente los esfuerzos hacia el logro de una definición objetiva que, por lo contrario, debe ser siempre, y en cada caso, *subjetiva*, a la vista de una situación individual y concreta.

El concepto de capital que calza y mejor se acomoda a los fines del impuesto de la renta es la definición financiero-empresarial del propio Napoleoni, que él llama "ingenua", coincidente con la de Mises en cuanto afirma:

"...el capital está constituido por un conjunto o fondo unitario de valores interpretado en sentido financiero como la medida sintética de todos los bienes inventariados en la empresa y utilizados para obtener rentas y beneficios monetarios. Al capital no le corresponde, pues —según esta interpretación— un conjunto de bienes físicos, objetivamente considerados, dotados de ciertos atributos económicos, caracterizados por sus particularidades técnicas, y valorados según los cánones y objetivos de la ciencia económica... sino un fondo financiero global a disposición de la empresa, evaluado convenientemente según sus reglas contables particulares y dedicado a la obtención de una renta mediante la producción o de otra forma cualquiera".

Con respecto a las rentas afirma Napoleoni (Ob. cit. pág. 55) que "la teoría del beneficio representa todavía una de las partes menos sistematizadas de la teoría económica".

La tendencia equivocada que tuvo origen en la teoría del *valor objetivo* de los economistas clásicos, los cuales pretendían infructuosamente definir y medir el valor de las cosas, es la responsable de algunos sofismas o falacias y de muchas confusiones, incluso de algunos afanes de sistematización no sólo de muy difícil logro sino, quizás, de escasa utilidad teórica y práctica. No hay cosa alguna en economía que tenga el *valor objetivo* que deseaban encontrar los clásicos, incluyendo a Marx, un valor que sea susceptible de una medición válida en todo tiempo y lugar,

como ocurre con las mediciones del mundo físico. El valor de cada cosa está determinado en cada instante por la apreciación subjetiva y cambiante de las personas que la desean y estén en disposición de hacer algún sacrificio por adquirirla. Nada valdría una fábrica de coches de tracción animal, por perfecto que sea su sistema contable, si las personas prefieren el uso de los vehículos automotores para su transporte. Ni la fábrica, en cuanto es capital, ni los coches, en cuanto son productos, tendrán valor económico no importa el costo real invertido en la producción y registrado en libros, si nadie los quiere. Son los deseos individuales del consumidor los que determinan el valor y su representación monetaria, los precios.

Para los efectos de la interpretación y aplicación de la Ley del Impuesto sobre la Renta, como objetivo del tributo debemos considerar todo lo que la ley señala: las utilidades, los ingresos, los beneficios y las rentas, es decir, todo lo que quede abrazado por esos cuatro vocablos, aunque no sea periódico ni continuo e independientemente de si menoscaba o no al capital objetivamente considerado. Puede citarse, en apoyo, el inciso 3° del Art. 5° de la ley en cuanto menciona, entre los ingresos gravables, las gratificaciones, regalías o ventajas que se reciben con motivo de la prestación de servicios y que no son corrientemente periódicas ni continuas. La ley comprende, en su efecto impositivo, cualquier resultado económicamente positivo cuya característica más visible es la de que constituya un PRODUCTO en relación de causa a efecto con una actividad económica individualizada y concreta, considerada subjetivamente. Coincide con esta idea la jurisprudencia de la misma Corte que deja libre del impuesto de la renta el fenómeno que se ha dado en llamar, entre nosotros, "plusvalía", o sea, el mayor valor monetario que adquiere un inmueble relativamente a su precio de compra, porque tal aumento de valor no constituye un producto independizado del capital, en el sentido de residuo, de producción resi-

dual. No constituye un producto independizado del capital sino que es un resultado final y unitario, inseparable, materialmente, de la inversión, lo cual resulta también cierto si se observa que es muy difícil estimar la "plus-valía" cuando se materializa al cabo de varios años de espera, como ocurre usualmente, puesto que sería inexacto afirmar que surge en el momento en que se remata la negociación (venta del inmueble) siendo más exacto decir que se gesta, a veces oscilando entre signos positivos y negativos, en el transcurso de todo el período de posesión, durante el cual son inevitables cambios incontrolables en la estructura general de los precios —desde luego en el poder adquisitivo de la moneda—, todo lo cual hace muy difícil sino imposible un cálculo exacto del monto de la "plus-valía".

También coincide con esta idea el fallo de las 10 y 45 del 13 de agosto de 1948 en cuanto dejó libre del impuesto, contra el criterio de la Tributación Directa, el llamado "derecho de llave" que cobró y recibió un farmacéutico en la venta de su negocio de farmacia.

En la sentencia de 1950, arriba citada, llamada a resolver si la venta de una madera extraída de un bosque virgen era una operación económicamente gravable, la Corte también resuelve con acierto. Dice en este fallo:

"Que los bosques maderables producidos no con la intervención del esfuerzo humano dirigido a realizar una explotación forestal, sino por el poder creador de la naturaleza... deben ser estimados como parte integrante de la riqueza consolidada que representa el fundo en que se encuentran, de modo que la tala de bosques hace desmeracer, en proporción a la madera cortada, el valor de la finca ...

Que cuando ocurre... que el propietario del fundo forestal, vende las maderas finas en éste existentes, sin que sea la explotación del bosque negocios a que esté dedicado o el giro habitual de sus actividades, no puede decirse que el precio obtenido sea una renta, dado que se produce a costa de una disminución del dominio territorial individual, que precisamente viene a sustituir".

Lo redacta el Magistrado Elizondo y tiene muy notables coincidencias con las citas de Mises y Napoleoni, como es la consideración subjetiva de la actividad económica en debate. Repárese en que no la considera objetivamente sino en función de la voluntad o actividad del propietario, a quien no le atribuye el propósito de realizar la explotación de las maderas como actividad productora de rentas. Tampoco estima las maderas cortadas, que en sentido contable estricto y en el derecho civil constituyen un producto, un fruto, como rentas o beneficios gravables.

Sería difícil y a veces imposible convencer a un contador de que las maderas cortadas no constituyen productos ni rentas gravables, porque además de las reglas contables de innegable valor técnico que él debe respetar y aplicar, existe en nuestro Código Civil el Art. 288 que dispone:

"Son frutos naturales los que espontáneamente produce la tierra...; frutos industriales los que se obtienen por el trabajo o cultivo..."

Pero la Casación, que ha recogido con gran acierto el espíritu de la ley de la renta, no cayó en las celadas de las reglas contables ni en la aplicación inoportuna del Derecho Civil, como tampoco en las mitologías económicas. Tomó el concepto de capital, y su correlativo de renta, con criterio subjetivo, sin complejos psíquicos, esto es, decidiendo de acuerdo con la índole propia de la actividad en examen.

Tampoco ha sido víctima, el alto tribunal, de los prejuicios ideológicos; y de esa suerte, tiene bien sentado que no son gravables ni la "plus-valía", ni el "derecho de llave", ni la tala de árboles naturales, cuando el fenómeno no constituye el giro o la ocupación habitual del contribuyente.

La jurisprudencia analizada puede ser escasa en cuantía pero elocuente e inspiradora en calidad.

Esta revista es semestral
y publicará únicamente
trabajos inéditos, sin límite de
extensión, a exclusivo juicio de la
Dirección.

Su espacio queda abierto
a cualquier abogado litigante, juez
o profesor de Derecho,
nacional o extranjero.

Toda colaboración o correspondencia
deberá dirigirse a:
Dirección de Revista de Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

Se acepta CANJE.

Se pide el envío de dos números
de cada publicación canjeable a la
Dirección de esta Revista.