

REV 155994



Director y Editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

34583
27 FEB 1985
4 DIAS

Sistema de Bibliotecas - UCR

REV 155994

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

52

SAN JOSE, COSTA RICA



A
CHO
RICA

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1984

Presidente:

Dr. William Muñoz Céspedes

Vice-Presidente:

Lic. Nilo Arce Sáenz

Secretario:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Prosecretario:

Lic. Eric Thompson Piñeres

Tesorero:

Lic. Rodrigo Alfaro Ramos

Fiscal:

Licda. María Elena Gómez Cortés

Vocal 1°:

Lic. Pilar Norza Hernández

Vocal 2°:

Lic. Jorge Valverde Soley

Vocal 3°:

Lic. Gerardo Morales Valverde

Vocal 4°:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 5°:

Dr. Raúl Marín Zamora

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Director Consejo Universitario:

Ing. Jorge Gutiérrez

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:

Licda. Mireya Hernández

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:

Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:

Lic. Luis Fernando Solano

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de Posgrado:

Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. José Miguel Jiménez

PRESENTACION

En este número se publican varios trabajos de investigación sobre diversos campos de la cultura jurídica. Destaca —entre ellos— el estudio del Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica, Dr. William R. Muñoz Céspedes sobre el tema de *la formación del acto público notarial: la escritura pública*.

Asimismo, se imprimen estudios en las áreas del derecho administrativo, constitucional, agrario, laboral, penal, internacional y de la contratación pública.

El Director y Editor.



En este libro se presentan varios trabajos de investigación sobre
diversos campos de la cultura jurídica. Entre ellos— el estudio
del Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica, Dr. William R.
Molina Céspedes sobre el tema de la formación del foro judicial
la justicia pública.

Además, se imprimen trabajos de los señores de la siguiente
lista: constitucional, administrativo, internacional y de la corte
suprema judicial.

Impreso en Costa Rica
por el autor.

D. Torres y Linares

Impreso en Costa Rica

Impreso en Costa Rica

Dr. Alberto Fernández

Dr. José Joaquín

Dr. José Joaquín

Dr. José Joaquín

Dr. José Joaquín

Dr. José Joaquín

LA RECENTRALIZACION ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Lic. Jorge R. Calderón A.

Profesor de Derecho Administrativo

PROLOGO

Dr. Carlos José Gutiérrez
Canciller de Costa Rica,
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Costa Rica

REV 155994

1955
(CANE/1930)

PROLOGO

SUMARIO:

Prólogo.—Motivación.—Vocabulario en la Investigación.— 1. Marco Histórico.—2. Artículo 188 de la Constitución Política de 1949.—3. Reforma al Artículo 188 realizada en 1968.—4. Integración de Juntas Directivas y Gerencias de Instituciones Autónomas.—5. Ley de Planificación Nacional.—6. Ley 6162, Creación del Consejo Nacional de Rectores.—7. Ley General de la Administración Pública.—8. Comentario de varios artículos de la Ley General de Administración Pública.—9. Descentralización territorial.—10. Nombramiento de los Jerarcas de la Administración.—11. Resultados del Sistema Analizado.

PROLOGO
Dr. Carlos José Gutiérrez
Canciller de Costa Rica
Presidente de Consejo Constitucional
Universidad de Costa Rica

El presente estudio de Jorge Calderón viene a plantear, en forma ordenada y sistemática, las implicaciones jurídicas de uno de los cambios de dirección más importantes que han ocurrido en la estructura del Estado costarricense y cuya consideración demandaba un análisis global como el que aquí se realiza.

Ese cambio de dirección tiene que ver con el papel que juegan las llamadas instituciones autónomas en nuestro complejo y desarticulado aparato estatal. Aunque las primeras de ellas —los hoy Banco Nacional de Costa Rica e Instituto Nacional de Seguros— aparecieron en la época liberal, posiblemente como primeros atisbos de sus insuficiencias, la expansión y crecimiento de los entes autónomos fueron clara expresión y consecuencia de la implantación del Estado Benefactor. Aquellos que en la década de los cuarenta propugnaron un modelo de Estado de mayor tamaño, lo hicieron, sin embargo, dentro del miedo muy costarricense a la concentración de poder. Estuvieron dispuestos y decididos a aumentar las funciones y la participación estatal en los procesos económicos; pero las facultades no se las otorgaron a la Administración Central sino que las dispersaron en una serie creciente de entes públicos, que intencionalmente separaron del Poder Ejecutivo. Hubo una persona que, por sobre otras muchas, se encargó de elaborar ese esquema de Estado grande y dividido, en el cual las funciones que se llamó "técnicas", aunque debiera leerse "económicas", se encargaron a instituciones con una vinculación muy reducida con la Administración Central. Ese fue Rodrigo Facio, quien planteó la fórmula en su tesis de grado como Licenciado en Leyes, la propugnó en los capítulos correspondientes de programas de gobierno del Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales y el Partido Social Demócrata que siempre estuvieron a su cargo, las incorporó a la Constitución Política en 1949, gracias a la ingente labor que desempeñó en la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, y las puso particularmente en práctica gracias al liderazgo que ejerció en dos instituciones rectoras: el Banco Central y la Universidad de Costa Rica. El sistema de las autonomías tuvo en Rodrigo Facio su máximo exponente y principal propulsor.

Sin embargo, una persona de sus excepcionales capacidades no podía menos que darse cuenta, cuando el sistema adquirió especial amplitud, de los problemas que para la marcha armónica del Estado presentaba el hecho de que no pudiera hacerse efectiva la voluntad política de un Presidente de la República o de un partido o movimiento triunfador en unas elecciones como impulso central en toda la Administración Pública. Fue así como en 1959, en "Planificación Económica en Régimen Democrático", fue el primero en señalar la necesidad de que el proceso planificador se refiriera no sólo a la Administración Central, sino que todos los entes autónomos y semiautónomos debían estarle sujetos. Con su acostumbrada agudeza señaló entonces el principio del cambio de dirección.

Una década después pudo decir que si bien el Estado había crecido desmesuradamente, se había transformado en un elefante, no por desarrollo orgánico sino por un proceso de ensamble de partes diferentes que no guardaban entre sí una relación muy específica. Pero los esfuerzos para una mayor coordinación han continuado desde entonces. Se ha avanzado en lo que Jorge Calderón, siguiendo a José Roberto Dromi, llama en este estudio "recentralización administrativa". Sin embargo, la marcha hacia un Estado más eficiente se resiente todavía del mantenimiento de corrientes contradictorias: por inercia, por falta de preocupación por las necesidades globales del Estado y porque ello beneficia a los funcionarios de las instituciones descentralizadas, se insiste en el concepto de la autonomía original. Al mismo tiempo se han promulgado una serie de leyes—Presidencia Ejecutiva de las Instituciones Autónomas, nueva Ley de Planificación Nacional, creación del Consejo Nacional de Rectores, Ley General de la Administración Pública— que representan el avance de la idea de un Estado más integrado, con mayor capacidad de respuesta a una orientación política firme y decidida; en pocas palabras, a un estado con un grado mayor de modernización.

Como ocurre siempre, ese avance en la legislación no ha sido suficientemente analizado en la producción científica, lo cual contribuye a que todavía se mantengan conceptos tradicionales que corresponden a la corriente superada. En esa tarea, por la forma global con que se tratan los fenómenos de la descentralización inicial y el proceso posterior e inverso de la recentralización, con algunas referencias a sistemas jurídicos de otras latitudes que han pasado por procesos similares, la presente obra tiene un carácter seminal, dado que abre una serie de interrogantes que deberán ser objeto de mayores reflexiones y estudios. Al plantear el problema en sus términos actuales, viene a ser más un punto de partida que un final; resulta por ello fácil predecir que habrá de ser seguida por muchas consideraciones que, sin embargo, no creo que puedan ignorarla.

El presente trabajo fue escrito mientras su autor, por generoso permiso del Instituto Costarricense de Electricidad, colaboró en la Unidad Nacional de Estudios Jurídicos que los Ministerios de Planificación Nacional, Gobernación y Justicia organizaron al principio de la Administración Monge y que funciona desde entonces en el último de ellos. Para el suscrito, en su condición de Ministro de Justicia de entonces, fue particularmente valiosa la colaboración prestada por Jorge Calderón, que encontró expresión múltiple en una serie amplia de aportes de detalle en diversos estudios, pero que, sin duda alguna, encuentra una expresión más plena, más personal y, ciertamente, de mayor proyección en el desarrollo de nuestro derecho público, en el presente estudio.

Abril de 1984.

CARLOS JOSE GUTIERREZ.

MOTIVACION:

La presente investigación tiene por objeto, el plantearse el tema de la Recentralización en Costa Rica, partiendo desde la Constituyente del 49, hasta el momento en que vivimos. Para tal objetivo me he planteado las siguientes hipótesis:

¿Qué grado de descentralización existe en Costa Rica?

¿Ha habido algún cambio en el proceso de descentralización?

¿Ese proceso se ha incrementado? ¿Se ha invertido?

¿Se está dando el proceso de recentralización?

Esta pequeña investigación pretende analizar las hipótesis propuestas, haciendo un recuento de lo existente al momento de nuestro recorrido y si es posible sugerir algunas variantes, si éstas a mi criterio fueren necesarias.

En un período de crisis como el que vivimos, es necesario que exista una coordinación interinstitucional, que permita una planificación integral (planificación centralizada), que evite en lo posible la duplicidad de funciones y el mal uso de la tecnología y recursos existentes dentro de la Administración Pública.

Es sabido que para lograr estos cometidos, es necesario contar con una planificación, una coordinación, una dirección y un control, así como la posterior evaluación, que permita al Poder Central, medir los resultados de su gestión administrativa.

Este proceso es estudiado por el Derecho Administrativo, se desarrolla como el proceso inverso a la descentralización, es conocido como el Proceso de Recentralización.

Hacia el estudio de este fenómeno, es que se dirige esta investigación, en espera de lograr la meta, siempre dentro de un estricto apego a nuestro ordenamiento jurídico, escrito y no escrito.

VOCABULARIO USADO EN LA INVESTIGACION.

Para una mejor comprensión de la investigación es necesario definir algunos conceptos, que aunque son de uso normal, para los efectos de este trabajo es mejor aclarar su contenido jurídico:

Autonomía Administrativa: Es la facultad que tiene un ente, de poder señalarse su propia política en materia de Administración. Un ente posee esta facultad cuando puede planificar, coordinar, dirigir, controlar y posteriormente evaluar, lo concerniente a la materia administrativa.

Descentralización Administrativa: Es una de las formas características de Organización adoptada por la Administración Pública, que consiste en una transferencia de competencias decisorias de la Administración Estatal, a otra u otras personas jurídicas creadas por ley o norma constitucional.

Independencia: Contestes con el criterio del doctor Mauro Murillo, afirmamos que para la mejor definición de este término jurídico, es necesario compararlo con el de Autonomía.

La independencia es un concepto de tipo jurídico que corre entre órganos de un mismo rango, no sujetos a jerarquía alguna; como ejemplo tenemos los tres órganos constitucionales del Estado, decimos que cada uno de ellos es independiente de los demás, asimismo cada país en el concierto de las naciones, es soberano e independiente, debe de existir entre ellos una relación de coordinación; cada órgano decide libremente toda su actividad, sin que pueda haber interferencia de otro órgano u ente, ajeno a su competencia, o actividad, sea esta reglada o discrecional. En relación nacida del concepto de independencia no hay subordinación, ni dirección, como sí puede suceder con la descentralización, donde hay una relación de Dirección entre el órgano "Descentralizado" y el órgano director.

Recentralización: Es el fenómeno inverso a la descentralización, es la atracción de la competencia por el ente superior, es una devolución de competencia del ente descentralizado a quien originariamente la había cedido.

Tutela Administrativa: Dentro de las diferentes formas de relación que se da entre los órganos y los entes de la Administración Pública está la jerárquica y la dirección, esta última está referida a la tutela.

Siguiendo el criterio de don Eduardo Ortiz sobre el tema podemos con él decir:

"De estas dos subordinaciones —a la Asamblea Legislativa por el origen y al Poder Ejecutivo por el fin— nace la tutela administrativa".⁽¹⁾

Más que una forma de organización como pretenden hacerlo creer algunos autores, es una relación de aprobación-improbación, control repressivo, suspensión anulación-control sustitutivo y finalmente control comisarial.

Reafirmando la tesis continúa diciendo don Eduardo:

"Se había dicho que el tercer tipo de organización entre sujetos desiguales —uno superior a otro— es la tutela".⁽²⁾

Para atar puntas he de decir, que como una necesidad de mantener la Unidad Funcional del Estado, es necesario que exista una relación entre los diferentes entes y órganos que integran la administración pública, donde uno en un grado de superioridad, pueda en un caso ordenar la organización y actividad del otro, y en el segundo caso, pueda organizar, vigilar, dirigir, coordinar y disciplinar a los otros.

Este tipo de relación (Tutela) no debe ser la generalidad, sino la excepción, pues como potestad de imperio que es, debe de estar dada por la ley.

Administración Pública: Entendemos por administración pública, el conjunto de entes y órganos que realizan función administrativa, en forma ordinaria o excepcional.

Gobierno en Forma Amplia: Actividad dirigida a mantener, fomentar y programar la unidad y existencia del Estado. *Gobierno en Sentido Estricto:* planeamiento e impulso de la actividad del Estado libre y discrecional no sometida a esquemas fijos ni a recursos jurisdiccionales. La consecución de fines es característica intrínseca del Ente, característica fijada por una norma jurídica, que es quien señala a este el fin a cumplir.

Planificación Central: Consiste básicamente en que sea únicamente un solo organismo central el que con una visión de conjunto de la economía, tome las decisiones de la planificación; suele llamársele a este sistema de planificación "Planificación Centralizada", pero en su ejecución debe necesariamente ser descentralizada.

(1) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *La Autonomía Administrativa Costarricense*; Revista de Ciencias Jurídicas, separata, 1967, p. 168.

(2) Idem, p. 167.

Unidad Estatal: Principio lógico, condición de existencia del Estado, la unidad del Estado como una realidad de tipo jurídico consiste en un todo armónico debidamente planeado, de tal manera que existe una coordinación y subordinación armónica entre todos los entes y órganos, que componen al Estado como actividad y organización.

1.—MARCO HISTORICO: La década de los años cuarenta, es uno de los períodos más productivos en talento, por el que haya pasado nuestra patria. Muchos de nuestros escritores, llaman a los pensadores de esta época "La Generación del Cuarenta".

Encontramos en este período dos grupos políticamente definidos. Un grupo jefado por el Dr. Calderón Guardia, y otro conocido como el de "Los Centristas", sea el Centro de Estudios de los problemas nacionales, grupo este formado por distinguidos costarricenses, dentro de ellos el ilustre ciudadano Rodrigo Facio Brenes. Este segundo grupo fue jefado por don José Figueres Ferrer, su vocero fue la revista "El Surco".

Por un problema originado en las elecciones de 1948, se produce "La Revolución del 48". El grupo triunfante, de tendencia "Social Demócrata" formó una junta de gobierno presidida por don José Figueres.

La Junta convocó a una constituyente, la cual fue integrada en su mayoría por la gente que alegó fraude en las elecciones del 48, sea los seguidores de don Otilio Ulate Blanco, del partido Unión Nacional.

En esta época los costarricenses se mostraban inconformes con la situación política, se acusaba permanentemente de corrupción a los funcionarios públicos; se pensaba seriamente en restarle poder al Ejecutivo, fortalecer el parlamento, y encerrar así a la Administración Pública dentro de un marco de legalidad y estricto control.

Nuestro sistema de descentralización administrativa, como fruto de esa situación, fue el medio al alcance de los constituyentes para segregarle funciones y poderes al Ejecutivo. Se escucharon voces de alerta en los debates, por los extremos a que podría llegarse con una excesiva descentralización.

El posterior proceso de recentralización administrativa no se hizo esperar.

2.—ARTICULO 188 DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL 49: Después de una larga deliberación en la Constituyente del 49, se llegó a la redacción del artículo 188 de nuestra Constitución, el cual quedó así:

"ARTICULO 188: Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión".

Es importante transportarse al debate que rodeó la redacción de este artículo.

De la lectura de las actas número 166, 177 y 182 de la Asamblea Constituyente, se trasluce que los padres intelectuales del Título de "La Autonomía", en nuestra Constitución Política, fueron los integrantes de la fracción Social Demócrata, quienes presentaron una moción que constaba de tres artículos, la cual no fue acogida, en su totalidad, pero sí en su espíritu. La citada moción en su redacción decía:

"ARTICULO 1º.—Las instituciones autónomas del Estado gozarán de autonomía funcional y tendrán responsabilidad propia. La autonomía funcional les confiere a dichas instituciones independencia en materia de gobierno y administración: las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia, sólo podrán emanar de sus Juntas Directivas, y ninguna podrá serles impuesta por el Poder Ejecutivo ni desconocida por él; su funcionamiento se ceñirá exclusivamente al mandato de las leyes y al de sus reglamentos internos. La responsabilidad propia les impone a sus Directores la obligación de actuar conforme a su criterio o en la Dirección de las funciones bajo su competencia dentro de lo dispuesto por las leyes y reglamentos respectivos, así como la obligación de responder por su gestión en forma total e ineludible".⁽³⁾

Los artículos dos y tres de la citada noción, se presentaron en forma similar a la redacción actual del artículo 188 de la Constitución, motivo por el que omito su transcripción.

Dentro de las características propuestas para dotar a estos "entes autónomos", están las de presupuesto propio, poderes reglamentarios y disciplinarios, fines limitados, aptitud para autodeterminar su política.

Es lógico pensar que al proyecto de "los Juristas" se presentó una fuerte oposición, como la del diputado Ortiz Martín, quien dentro de su razonada oposición al pretendido grado de autonomía manifestó:

"...al dotar a ciertas instituciones de una independencia de tal magnitud y envergadura, que prácticamente las convierte en pequeños Estados dentro del Estado... En un momento dado las instituciones autónomas se convertirán en ams económicos...".

(3) Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Tomo tercero, Actas, Imprenta Nacional de Costa Rica 1957. Acta 166. p. 465.

Es importante agregar que el proyecto de constitución de 1949 en el título XIII, las Instituciones Autónomas, contaba con su respectivo artículo sobre materia, que decía:

"ARTICULO 260.—Las funciones técnicas permanentes del Estado para cuyo desempeño se requiera el manejo directo, discrecional y continuo de recursos financieros, así como las funciones propias de dominio industrial y de cualquier otro género del dominio del Estado, estarán bajo la dirección de instituciones que gozarán de autonomía funcional y tendrán responsabilidad propia.

La autonomía funcional les confiere a las Instituciones Autónomas independencia en materia de gobierno y administración; las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus Juntas Directivas, y ninguna podrá serles impuesta por el Poder Ejecutivo ni desconocida por él; su funcionamiento se ceñirá exclusivamente al mandato de las leyes y al de sus reglamentos internos.

La responsabilidad propia les impone a los Directores de las Instituciones Autónomas, la obligación de actuar conforme a su criterio en la Dirección de Funciones puestas bajo su competencia, dentro de lo dispuesto por las leyes y reglamentos respectivos y los principios de la técnica así como la obligación de responder, por su gestión en forma total e ineludible".(4)

Luego de un largo debate se sometió a votación la citada moción, siendo ésta reformada parcialmente, para quedar así:

"ARTICULO 1º—"Las Instituciones Autónomas del Estado gozarán de independencia en materia de gobierno y administración y sus Directores tendrán la obligación de responder por su gestión en forma total e ineludible".

Creo sinceramente que el espíritu de los Constituyentes Social Demócratas fue el de crear en nuestro país, un régimen descentralizado, dotado de plena autonomía, en el sentido jurídico de la palabra, sea:

AUTO-NOMOS que significa: PROPIAS-NORMAS.

Este espíritu se trasluce a lo largo de toda la disertación de los "Social Demócratas", posición que fuera claramente atemperada por sus oponentes.

(4) Idem. Tomo Primero, p. 63.

Hay un término jurídico que no quedó bien definido al discutirse el tema, y es el concepto de "Independencia", el cual, de la lectura de las respectivas actas y la interpretación de los debates en la Constituyente, tenemos necesariamente que tomar como sinónimo de "Autonomía".

Sobre el tema concreto puede consultarse la Revista de la Contraloría General de la República número 24, pág. 21. La Descentralización Administrativa en la Constitución Política. Dr. Mauro Murillo.

Así las cosas, se pensó en buscar la autonomía plena (política-administrativa-organizativa) y se logró una autonomía parcial, Gobierno y Administración.

Esto significa en buen romance, que a esta altura los "Entes Autónomos" contaban con una única sujeción a la Función Legislativa, por supuesto con la lógica relación de dirección respecto al Poder Central, referida ésta a la programación de medios para el logro de los fines. Esta potestad de control debe necesariamente poseer facultades de Coordinación, Dirección y Control de programas; deberá inclusive en lo posible señalar medios, pero no así la conducta ni la actividad del ente, pues en esta materia el ente gozará de autonomía política y administrativa.

Para la buena conducción del caso, es necesario distinguir dos grandes campos en que se han de mover los entes descentralizados, sean el Campo Político y el Campo Administrativo. Cada ente realiza actividad de gobierno y de administración, por lo que es necesario contar dentro de la organización con una jerarquía de Gobierno y otra de Administración.

Los entes descentralizados deben ser creados según nuestro ordenamiento jurídico, por Ley o Norma Constitucional. Es la Ley la única legítima para señalarle a éste el fin principal a seguir y sobre el cual deberá dirigir toda su actividad, ese fin que le ha encomendado la ley en su propia característica, y únicamente el jerarca podrá señalarle las políticas que conducirán al ente al logro de su mandato legal, sin que se pueda mediar intromisión alguna de otro ente u órgano extraño a su integración orgánica.

En materia de gobierno será el ente descentralizado quien pueda planificar, coordinar, dirigir y controlar las políticas dirigidas a la consecución de su fin, pues esa es la esencia de su "Autonomía Política".

En cuanto a la Administración, ser autónomamente administrativo, es lo que la doctrina llama "Ser Autárquico", como característica intrínseca de todo ente descentralizado, sea contar con la facultad de autoadministrarse, quedando así planteada la idea de la autonomía como el grado máximo de descentralización. Tenemos entonces, que nuestros constituyentes pensaron crear una organización en la cual el "ente autónomo" es-

tuviera constitucionalmente facultado para dotarse de los medios suficientes para lograr discrecionalmente los fines encomendados por ley.

Don Eduardo Ortiz nos da una idea muy exacta del pensamiento de los constituyentes al decir:

"Es de advertir, por otra parte, que la misma palabra autonomía significa capacidad propia de decisión y no de mera preparación o ejecución de un acto ajeno. En consecuencia la potestad de decidir después de haber preparado las bases de la decisión es el objeto típico de la autonomía, que la constitución protege. Esta potestad de iniciativa completa, o decisión autónoma por primera vez, es el mínimo de autonomía que la constitución garantiza y debe siempre respetarse".⁽⁵⁾

3.—REFORMA AL ARTICULO 188 REALIZADA EN AÑO 1968: La reforma realizada en el año 1968, responde a los más modernos principios que informan al Derecho Administrativo. El jurista argentino Agustín Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, tomo primero, capítulo XI dice:

"...Características de la Autonomía:

a.—Tienen personalidad jurídica propia.

b.—Tienen asignación legal de recursos.

c.—Su patrimonio estatal.

d.—Tienen capacidad para administrarse a sí mismos.

e.—Son creados por el Estado.

f.—Están sometidos al control de la Administración Central. Presupuesto-inversión-integración de directiva-tutela.

La descentralización requiere un alto grado de coordinación y planeamiento general de la actividad estatal, a fin de evitar las superposiciones de tareas o trabajos que son tan frecuentes entre los organismos descentralizados y los conflictos de jurisdicciones a que dan lugar".

Hay un principio que está sobre los conocidos conceptos de Autonomía e Independencia, éste es "la Unidad y Armonía Estatal". Si con-

(5) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: op. cit., p. 204.

ceptuáramos la autonomía como algo ajeno a cualquier tipo de control, la convertiríamos según nuestra terminología en independencia, donde no podrá existir voluntad alguna que pudiese dirigir, planificar o controlar la actividad del ente.

Dentro de los debates que se produjeron en la Asamblea Legislativa con respecto de la reforma del artículo 188 de la Constitución Política, encontramos afirmaciones como la que sigue:

"...A raíz de la desconfianza que el costarricense sentía hacia el Poder Ejecutivo. Allí nacieron las instituciones autónomas con la libertad absoluta para manejar sus propios gobiernos. A raíz de la desconfianza que el costarricense sentía por el manejo de la cosa pública, nació la institución autónoma. Pero nació en una forma en que esa institución autónoma en muchas oportunidades, está por encima del propio Estado. Nació la institución autónoma con una libertad absoluta, en la cual el gobierno de la República no puede marcar pautas, no puede dar directrices, porque es autónoma en cuanto a administración y en cuanto a gobierno"... "Más del cincuenta por ciento del gasto público de Costa Rica, es administrado y es manejado libremente por las instituciones autónomas..."⁽⁶⁾

En ambos casos, en la Constituyente del 49 y luego en la reforma del artículo 188 en 1968, lógicamente nos encontramos en presencia de dos momentos históricos completamente opuestos: en el primero, el desorden administrativo del Estado, nos presentaba a un Poder Ejecutivo totalmente desprestigiado y acusado de corrupción, lo que naturalmente generaba una total desconfianza del pueblo hacia él.

En el segundo, encontramos a un Estado hipertrofiado, convertido en una maquinaria inmanejable por el Poder Ejecutivo, donde la descentralización había llegado ya a su máxima expresión, lo que impide al Poder Ejecutivo coordinar el desarrollo integral del país, pues la desproporción de ingresos entre los entes descentralizados y el Poder Central hacen ver a este último, como una cenicienta que choca contra los inmanejables intereses de estos entes desproporcionados.

El movimiento de la Recentralización como lo llama el jurista argentino José Roberto Dromi⁽⁷⁾ no se hizo esperar y efectivamente co-

(6) CARMONA BENAVIDES, Arnulfo: Asamblea Legislativa, Acta de la número 60 celebrada el 9 de abril de 1968.

(7) DROMI, José Roberto: *Instituciones de Derecho Administrativo*; Editorial Astres de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973, p. 162.

menzó a operar con esta reforma, que suprimió a los "Entes Autónomos" la autonomía de gobierno, dejando esta materia sujeta a la ley, quedando la redacción del artículo así:

ARTICULO 188: Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y *están sujetas a la ley en materia de gobierno*. Sus directores responden por su gestión. (La cursiva no es del texto).

Esta reforma fue introducida a nuestra Constitución por la ley 4123 del 31 de mayo de 1968.

El concepto de gobierno va referido a toda actividad que tiende a mantener, promover, conservar y proteger la integridad y existencia del Estado. Así como a promover y señalar las políticas generales del Estado y a dirigir en conjunto e individualmente por directrices a los entes descentralizados.

Visto lo anterior, tenemos que concluir en la idea de que al hablarse en el artículo en reforma de: "...sujetas a la ley en materia de gobierno...", se está hablando de la Autonomía Política, pues dentro de las facultades de la autonomía de gobierno está la de señalarse sus propias políticas, sus propias metas.

Creo que hay aquí un problema terminológico, al que se ha referido el jurista costarricense Dr. Mauro Murillo.

B.—La autonomía política, que es la relativa a la materia política. Sería la posibilidad o capacidad de autodirigirse políticamente, de autogobernarse, de señalarse o fijarse el ente a sí mismo, sus propios objetivos directrices (dentro del marco legal, por supuesto)".⁽⁸⁾

Así las cosas, puedo afirmar que antes de la reforma del 188, los entes autónomos podían señalarse sus propias políticas para el logro de los fines, encomendados por ley, sin que mediare o pudiese mediar conducta ajena a su organización que pudiese variar coactivamente su voluntad, pues la Autonomía de Gobierno, le garantizaba tal potestad.

Al someterse a la ley tal facultad, esta yo no es de origen constitucional, sino que queda sujeta a la producción legislativa y claramente subordinada a esta.

(8) MURILLO ARIAS, Mauro: Revista de la Contraloría General de la República, número 24, 1978. "La Descentralización Administrativa", p. 13.

Es claro el espíritu legislador en este caso, sea conservar, proteger y salvaguardar el principio de la Unidad Estatal, pues tal autonomía consagra la no intervención de terceros, en la preparación del acto por parte del ente, en este caso al someter esta autonomía a la ley, será ésta la única legitimada para autorizar la participación de terceros en la formación de voluntad final, e inclusive la preparatoria.

4.—INTEGRACION DE JUNTAS DIRECTIVAS Y GERENCIAS DE INSTITUCIONES AUTONOMAS: La Ley 4646 de 20 de octubre de 1970, publicada en La Gaceta N° 242 de 29 de octubre de 1970, conocida como Ley 4-3, regula la integración de los consejos directos de las Instituciones Descentralizadas, y a su vez reforma varios artículos de la ley 1552 de 23 de abril de 1953, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

Por la integración de la citada Junta Directiva se refuerza la tendencia seguida con la reforma del artículo 188 de la Constitución Política, sea la integración mayoritaria del partido en el poder en los consejos directivos, le permite al gobierno una efectiva formulación de políticas a estos Organos Colegiados.

Podemos extraer de la lectura del expediente 5616 de la Asamblea Legislativa, que lo que pretendían los gobernantes de turno, era lograr una estricta coordinación de la actividad realizada por los entes descentralizados.

4.1.—PRESIDENTES EJECUTIVOS: Para darle aún más fuerza a la tendencia recentralizadora, promovida por el Partido Liberación Nacional en mayo de 1974, se tramitó en la Asamblea Legislativa la Ley 5507, conocida como Ley de Presidentes Ejecutivos. Hubo dentro de los debates, como es lógico, voces de fuerte oposición al proyecto como por ejemplo la del diputado Soto Pacheco, quien entre otras cosas manifestó:

"Creo que en esta forma sería más fácil, más económico, además de saludable, hacer las instituciones dependencias de los Ministerios y así salir del mal paso que vamos a dar..."

El diputado Laclé Castro, por su parte afirmó:

"...Algo hay, señores diputados, de cierto cuando se afirma que en una isla de poder dentro del propio Estado han llegado a convertirse las instituciones autónomas, y que prácticamente un Estado se ha incrustado dentro de otro, en la juridicidad y la institucionalidad del país".

Continúa diciendo el diputado Laclé:

"...Amparadas a lo que parecía una novedad ideológica en el país, han llegado a convertirse en un asunto realmente serio dentro de la conducción del ejercicio del gobierno y del poder político en Costa Rica... han proliferado en el país las instituciones autónomas y el poder político parece, a veces, que se escapa de las manos de aquellos a quienes el pueblo confía una determinada orientación ideológica y política en una administración..." Continúa diciendo: "Yo estoy consciente, lo digo con honestidad intelectual, que el sistema de instituciones autónomas en el país requiere una transformación. Estoy consciente de que nuestros legisladores y nosotros mismos hemos caído en el vicio, hemos abusado de la creación de instituciones autónomas"... "El proyecto de ley que estamos discutiendo no consigue este objetivo, incorpora simplemente a un Presidente Ejecutivo dentro de las instituciones autónomas del Estado con la idea de que sea el funcionario de mayor jerarquía, en materia de Gobierno, en esas instituciones y consiga con ello llevar adelante lo que podría llamarse ideología de esta administración pública que se avecina..."

El trámite de esta ley, fue más intenso en la Comisión de Hacendarios, donde existió abundante discusión de tipo doctrinario. Fueron varias las consultas que evacuó la citada comisión legislativa, como por ejemplo la de la Unión Costarricense de Cámaras y el Lic. José Miguel Alfaro entre su exposición dijo:

"...en cuanto a los presidentes ejecutivos, yo creo que aún cuando es necesaria la coordinación entre el poder central y las instituciones autónomas, es sumamente peligroso que el poder central tenga tal hegemonía sobre el presidente ejecutivo, que le permita fácilmente influir sus decisiones. Yo creo que tenemos que analizar esto poniéndolo a la luz del desarrollo de nuestras instituciones democráticas..."

De las citas anteriores, podemos extraer perfectamente el criterio de que existió un temor generalizado en casi todas las personas de la oposición en ese momento, por la hegemonía del poder reunido por el ejecutivo, aumentando más aún, con el proyecto en examen.

Finalmente fue promulgada la Ley 5507 del 8 de abril de 1974 Ley de Presidencias Ejecutivas, que en lo que interesa dice:

ARTICULO 1º: A fin de que los Ministros de Gobierno dediquen todo su tiempo a las funciones propias de su Cartera, no se les nombrará representantes del Poder Ejecutivo en las Instituciones Autónomas, salvo lo que luego se indicará para el Banco Central de Costa Rica.

ARTICULO 2º: "..."

ARTICULO 3º: Refórmase el artículo 4º de la Ley 4646 de 20 de octubre de 1970; para que se lea así:

ARTICULO 4º: "Las Juntas Directivas del Consejo Nacional de Producción, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Tierras y Colonización, Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Caja Costarricense Seguro Social, Instituto Costarricense de Turismo, Instituto Nacional de Aprendizaje, Instituto Costarricense Puertos del Pacífico, Junta Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, Instituto Nacional de Seguros, Instituto Fomento y Asesoría Municipal e Instituto Mixto Ayuda Social, estarán integradas de la siguiente manera:

1.—Presidente Ejecutivo de reconocida experiencia y conocimientos en el campo de las actividades de la correspondiente institución, designado por el Consejo de Gobierno cuya gestión se regirá por las siguientes normas:

- a) Será el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución y le corresponderá fundamentalmente velar porque las decisiones tomadas por la Junta se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad cuya Junta preside, con la de las demás instituciones del Estado. Asimismo asumirá las demás funciones que por ley le están reservadas al Presidente de la Junta Directiva, así como las otras que le asigne la propia Junta.
- b) Será un funcionario de tiempo completo y de dedicación exclusiva; consecuentemente, no podrá desempeñar ningún otro cargo público, ni ejercer profesiones liberales.
- c) Podrá ser removido libremente por el Consejo de Gobierno, en cuyo caso tendrá derecho a la indemnización laboral que le corresponda por el tiempo servido en el cargo.

Para la determinación de esa indemnización, se seguirán las reglas que fijan los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, con las limitaciones en cuanto al monto que ese artículo determina.

2.—Seis personas de amplios conocimientos o de reconocida experiencia en el campo de actividades de la correspondiente institución, o con título profesional reconocido por el Estado, de nombramiento del Consejo de Gobierno.

En las Juntas Directivas de instituciones cuya ley orgánica no establece la representación del Poder Ejecutivo, los siete miembros de la Junta serán nombrados por el Consejo de Gobierno, con iguales requisitos a los señalados en el inciso anterior.

ARTICULO 4º: "..."

ARTICULO 5º: "..."

ARTICULO 6º: Los Gerentes de la Institución continuarán siendo los principales funcionarios administrativos. En las instituciones indicadas, las ausencias temporales del Presidente Ejecutivo, serán suplidas por un Vice-Presidente, que tendrá las mismas facultades de designación de la Junta Directiva de la respectiva institución".

ARTICULO 7º: "... etc."

5.—LEY DE PLANIFICACION NACIONAL: Hemos venido siguiendo el camino de las reformas legislativas y constitucionales, a diferentes cuerpos normativos, y podemos afirmar ya con certeza que todas estas reformas nos llevan a un mismo fin, LA COORDINACION INTERINSTITUCIONAL, LA DIRECCION, EL CONTROL Y LA PLANIFICACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Por expediente 5651, se tramitó en la Asamblea Legislativa la nueva Ley de Planificación, digo nueva ley, porque lo que se pretendía y se logró, fue la reestructuración de la Oficina de Planificación, dotándola de más amplias facultades con respecto a los entes descentralizados.

Dentro de los antecedentes de esta Ley de 2 de mayo de 1974 tenemos una carta de don José Figueres, Presidente en esa época, que entre otras cosas señala:

"Hace once años que existe la Oficina de Planificación en nuestro país y, sin embargo, es evidente que en este campo no se ha avanzado todo lo debido por lo que se considera necesario revisar la Ley de Planificación vigente y reestructurar la actual Oficina de Planificación, de modo que esta ocupe el liderazgo que le debe corresponder en la formulación y coordinación de políticas generales..."

Más adelante dice la citada nota:

"Este proyecto se propone lograr una unidad de acción del Estado mediante la efectiva coordinación del Poder Ejecutivo y los entes descentralizados..."

En la tramitación de esta ley, fue el Diputado Valverde Marín, de grata memoria, quien llevó la voz cantante en el Parlamento. Dentro de su pensamiento político en esta materia se hicieron afirmaciones como:

"... Nada más quería señalar que esta ley es muy importante, es decir la modificación es muy trascendente en el sentido de que trata de establecer un sistema de planificación general, tanto del gobierno central como de todas las instituciones descentralizadas. Prevé aquí lo que ha sido una lucha permanente de parte de la Oficina de Planificación, cual es el establecimiento de unidades sectoriales en cada una de las instituciones descentralizadas. Y al mismo tiempo busca aclarar una serie de puntos hoy poco confusos en relación con el campo de acción de la Oficina de Planificación... Siendo el objetivo del próximo gobierno el utilizar al máximo la Oficina de Planificación y el buscar una verdadera unidad con todos los entes descentralizados, creemos que en este proyecto se han logrado todos los puntos necesarios para el alcance de este objetivo fundamental..."

Finalmente la Ley en sus artículos 8, 9 y 10 quedó así:

ARTICULO 8º: "El personal técnico de los ministerios, los entes descentralizados y cualesquiera otros organismos de Derecho Público, estará obligado a prestar sus servicios a la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica cuando ésta así lo requiera por conducto del Presidente de la República. Por su parte en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica pedir la colaboración de lo patronal y sindical".

ARTICULO 9º: "Corresponde a la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica velar porque los programas de inversión pública incluidos los de las instituciones descentralizadas y demás organismos de Derecho Público, sean compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecido en los planes nacionales de desarrollo. A ese efecto, las entidades públicas citadas deberán obtener el visto bueno de la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica antes de someter sus presupuestos a la aprobación de la Contraloría General de la República.

ARTICULO 10: Ningún ministerio u organismo autónomo o semiautónomo podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la previa aprobación de la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.

La aprobación final de los proyectos de inversión de organismos públicos, cuando estos proyectos incluyan total o parcialmente financiamiento externo o requieran aval del Estado para su financiación será otorgada por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Este último trámite de aprobación conjunta se seguirá también en el caso de los proyectos de inversión del sector privado que necesiten el aval o garantía del Estado para su gestión financiera. La prioridad de cada proyecto se establecerá tomando en cuenta, entre otras cosas, los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo todo sin perjuicio de lo que establece el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política. Para asegurar el cumplimiento de la política general de financiamiento externo, la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica participará en las negociaciones de crédito para el sector público. En lo referente a los bancos del Sistema Bancario Nacional, se mantienen vigentes las normas establecidas en las leyes del Banco Central de Costa Rica y del Sistema Bancario Nacional.

6.—LEY 6162, CREACION DEL CONSEJO NACIONAL DE RECTORES: Dentro del concepto de planificación que hemos venido señalando a lo largo de todas las reformas introducidas al ordenamiento, no podía escaparse la enseñanza superior.

El artículo 84 de la Constitución Política tal y como quedó aprobado por la Constituyente del 49 decía:

ARTICULO 84: La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.

Después de la reforma realizada por ley 5697 de 9 de junio de 1975, el citado artículo quedó redactado así:

ARTICULO 84: La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica.

El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.

El claro que el celo constitucional por la máxima autonomía (Administrativa, Gobierno y Organizativa) siempre se ha respetado, siendo la Educación, el Régimen Municipal y la Caja Costarricense del Seguro Social los últimos reductos de la "Autonomía", pero en cierta medida esta creación del CONARE, viene a cercenar parte de la autonomía política o de gobierno, pues en su artículo tercero la Ley 6162 del CONARE entre otras dice:

ARTICULO 3º—El Consejo Nacional de Rectores tendrá las siguientes funciones:

- a) Señalar a la Oficina de Planificación de la Educación Superior las directrices necesarias para la elaboración del proyecto del Plan Nacional de Educación Superior.
- b) Aprobar, preliminarmente, el Plan Nacional de Educación Superior y las reformas que se introduzcan a él, y enviarlo a los consejos directores de las instituciones de educación superior estatales con rango universitario, para su conocimiento y aprobación definitiva, con las enmiendas que a bien tengan introducirle esas instituciones.
- c) Actuar como superior jerárquico de la Oficina de Planificación de la Educación Superior, con atribuciones suficientes para organizar y reglamentar el funcionamiento interno de esa oficina.
- ch) Establecer los mecanismos de coordinación adicionales a la Oficina de Planificación de la Educación Superior, que sean necesarios para el adecuado funcionamiento de la educación superior universitaria.
- d) Proponer a los consejos directores de las instituciones estatales de educación superior universitaria los reglamentos de funcionamiento externo de la Oficina de Planificación de la Educación Superior, en cuanto tales reglamentos determinen procedimientos en que en cualquier momento podrán denunciarlos.
- e) Integrar, junto con los Ministros de Educación Pública, de Hacienda y de Planificación y Política Económica, la Comisión de enlace a que se refiere el Decreto Ejecutivo número cuatro mil cuatrocientos treinta y siete del veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Se crea por ley una relación de dirección entre el CONARE y la Oficina de Planificación de la Educación Superior, en cuanto a la elaboración del Plan Nacional de Educación Superior.

Asimismo es el CONARE quien en primera instancia aprueba el Plan Nacional de Educación Superior, es además superior jerárquico de

la Oficina de Planificación de la Educación Superior, con las implicaciones que la relación jerárquica conlleva.

Es interesante ver como en cuanto a los elementos que conlleva la "Autonomía" en cierta medida por la creación del CONARE, esta ha sido disminuida en cuanto a los elementos de planificación, coordinación y en cierta medida de organización de la educación superior.

7.—LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: El punto culminante del proceso de recentralización se alcanza con la promulgación de la Ley General de Administración Pública, más exactamente en sus artículos 26, 27, 98, 99, 100 y 101.

Sobre el tema de la Dirección, el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, nos dice:

"...en cuanto el Poder Ejecutivo se considere el órgano llamado a planificar y programar toda la actividad administrativa. Yo digo que es muy importante para el que quiera admitir esta supremacía planificadora del Poder Ejecutivo, creo que la intención de la reforma constitucional fue justamente propiciar algo parecido, y entonces nosotros nos hemos adelantado a regularlo aquí en estos términos, por eso decimos que "El Poder Ejecutivo dentro del ramo correspondiente", es decir, Presidente y Ministro, porque todo ente autónomo será clasificado como adscrito o dependiente, digamos para este efecto de programación de un determinado ministerio..."⁽⁹⁾

El Licenciado Oscar Arias Valverde en su tesis de graduación, "La Tutela Administrativa en la Descentralización Funcional Costarricense", citando a Gaspar Ariño Ortiz, Descentralización y Planificación señala:

"La Administración del Estado, aunque formalmente sea vista como "administraciones", es única; su acción no puede ser limitada o coartada por sectores, sino unificada en programas comunes. Como afirma Ariño Ortiz, no sin cierto lirismo: "...la Administración, hoy, no puede ser el resultado de unas unidades que, como ruedas locas de un engranaje, giran cada una a su aire, sino como un "corpus organizativo" que al margen de las formales declaraciones de personalidad y autonomía, necesitan ser integradas en una "tarea común..."⁽¹⁰⁾

(9) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: Acta número 98 Comisión Permanente de Gobierno y Administración, p. 7.

(10) ARIAS VALVERDE, Oscar: *La Tutela Administrativa en la Descentralización Costarricense*, Tesis de Grado, Biblioteca U. C. R., 1982.

Más adelante el citado colega Arias Valverde en su tesis dice:

"En resumen, no podemos comprender al Estado moderno, al Estado Social de Derecho, fuera de un proceso de planificación o programación integral de políticas generales, que reserva a las administraciones descentralizadas, en parte, la ejecución de esas políticas. Ese proceso de planificación y de programación integral debe ajustarse al ordenamiento jurídico en su totalidad..."⁽¹¹⁾

Hay dentro de la técnica del control de la Administración, central o descentralizada, dos medios característicos para su ejercicio, excluyendo lógicamente el control Legislativo y Jurisdiccional. Estos medios son, la jerarquía propiamente dicha y la dirección o tutela, como la conocen la doctrina francesa y latinoamericana.

A la tutela o control por relación de dirección, es a la que nos referimos en este punto de la investigación, pues es a través de esta relación no jerárquica que se establece el control por parte del Estado hacia los entes descentralizados o mal llamados "autónomos".

El Lic. Johnny Meoño Segura, en su libro, Administración Pública, nos dice que "el proceso Administrativo está constituido por las siguientes funciones y fases:

Dirección - Planificación - Organización - Coordinación - Control - Evaluación.

En el orden lógico, visualmente es la función y fase de Dirección la que da inicio y dinámica a la plena realización de todo el Proceso Administrativo"⁽¹²⁾

El Dr. Mauro Murillo en su trabajo "La Dirección Gubernamental", refiriéndose al tema de la Dirección dice:⁽¹³⁾

"Uno de los temas de mayor actualidad en nuestro medio, de los tantos que ha originado la emisión de la Ley General de la Administración Pública, es el de la Dirección Gubernamental.

(11) Idem.

(12) MEOÑO SEGURA, Johnny: *Administración Pública*; Editorial U. C. R., 1981, p. 69.

(13) MURILLO ARIAS, Mauro: *La Dirección Gubernamental*; Presidencia de la República, Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, División de Reforma Administrativa.

El establecimiento de una dirección gubernamental de los entes descentralizados, es en realidad la lógica culminación de un proceso de reforma institucional que arrancó en 1968. El constituyente de 1949 creó un modelo de ente descentralizado con casi absoluta autonomía, que llegó a ser insoportable. El primer golpe al sistema se dio en 1968, cuando constitucionalmente se eliminó la garantía de autonomía política a las instituciones autónomas. El segundo ocurrió en 1974, con la creación de las presidencias ejecutivas y la emisión de la Ley de Planificación Nacional. El tercer golpe lo constituye la sanción explícita, sin rodeos, de una dirección gubernamental plena".

El ilustre jurista venezolano Allan R. Brewer-Carías en su libro "Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana", al respecto dice:⁽¹⁴⁾

a) NOCION:

Ya hemos visto que una de las consecuencias de la jerarquía es el control que el superior ejerce sobre el inferior. Ahora bien, si el control jerárquico es consecuencia de la jerarquía, el control de tutela es consecuencia de la descentralización funcional. Por tanto, la tutela se da entre dos sujetos de derechos diferentes; en cambio, el control jerárquico, entre órganos de un mismo sujeto de derecho, de una misma unidad jerárquica. El principio del control de tutela en materia de entes públicos, se da, básicamente, en la Administración descentralizada funcionalmente, fundamentalmente en los Institutos Autónomos. En cambio, como se dijo, no hay control de tutela en la administración descentralizada territorialmente, lo que confirma que la tutela, como mecanismo de control, está en relación directa con la mayor o menor autonomía que pueda asignársele al ente descentralizado".

En la doctrina predominante, el control jerárquico es el normal, se da de pleno derecho, no así el control de tutela el cual opera excepcionalmente, debe de estar establecido en el ordenamiento, es ex lege.

Dentro del control de tutela, conocemos dos formas de manifestación: El que se dirige a la actividad del ente controlado, y el que se

(14) BREWER CARAS, Allan R.: *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*; Colección Monografías Administrativas N° 1: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p. 116.

"...B.—El Control de Tutela en la Descentralización Funcional: La consecuencia fundamental de la descentralización funcional es la existencia del control de tutela, el cual es un tipo de control que se establece, en el campo administrativo, sustancialmente distinto al control jerárquico".

dirige a las personas investidas para realizar la actividad encomendada a éste.

La primera puede darse de previo o a posteriori: en nuestro caso, normalmente es a posteriori, debido al grado de autonomía existente anterior a la reforma del artículo 188 de la Constitución Política.

Dentro de las facultades de dirección concedidas por la Tutela Administrativa, está la de formular por escrito, a los jefes de los entes, recomendaciones u observaciones sobre anomalías suscitadas en el desarrollo de la función encomendada, el hecho es conocido como "Emanación de Directrices".

En cuanto al control sobre las personas, reside específicamente en las facultades de nombramiento y remoción, conocida esta última la doctrina del acto contrario.

Compartimos así en un todo la definición lograda sobre la tutela por el licenciado Arias Valverde en su tesis op. cit., al decir:

"...el poder que tiene el Estado de vigilar, en el límite previsto de modo expreso en la Constitución o en las leyes, el buen funcionamiento de las personas jurídicas menores (en nuestro medio llamadas "Instituciones Autónomas"), para que la actividad de estas transcurra sobre los cauces de la legalidad y para que esté acorde esa actividad con la política general de la Administración Central, expresada en los planes nacionales de desarrollo".

Nuestra Ley General de la Administración Pública es conteste con la doctrina dominante, y su articulado ha sido redactado pensando en la doctrina que informa la materia.

Transcribimos literalmente los artículos 26, 27, 98, 99 y 100 de la citada ley para que de su lectura, fácilmente podamos extraer estos principios anteriormente enumerados y que dan sustento real a la investigación que realizamos, la cual es totalmente conteste con los planes jurídicos seguidos en las reformas legislativas aquí comentadas.

Los citados artículos al respecto dicen:

ARTICULO 26: El Presidente de la República ejercerá en forma exclusiva las siguientes atribuciones:

a) Las indicadas en la Constitución Política;

- b) Dirigir y coordinar las tareas de Gobierno y de la "Administración Pública" central en su total conjunto, y hacer lo propio con la Administración Pública descentralizada;
- c) Dirimir en vía administrativa los conflictos entre los descentralizados y entre éstos y la Administración Central del Estado;
- d) Resolver los conflictos de competencias que se presenten entre los Ministerios;
- e) Encargar a un Vice-Presidente o a un Ministro la atención de otro Ministerio cuando no haya Viceministro en caso de ausencia o incapacidad temporal del titular, o de asuntos determinados en caso de abstención o recusación;
- f) Convocar, presidir y levantar las reuniones del Consejo de Gobierno y dirigir sus deliberaciones;
- g) Nombrar las comisiones auxiliares o de trabajo transitorias o permanentes que estime necesarias; y
- h) Las demás que señalen las leyes.

ARTICULO 27. 1.—Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.

2.—Corresponderá a ambos también apartarse de los dictámenes vinculantes para el Poder Ejecutivo.

3.—Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo.

4.—La transacción y el compromiso sobre asuntos de derecho público requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, y los que versen sobre asuntos de derecho privado y excedan de cien mil colones requerirán dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

ARTICULO 98. 1.—El Poder Ejecutivo, dentro del ramo correspondiente, podrá remover y sustituir, sin responsabilidad para el Estado, al inferior no jerárquico, individual o colegiado, del Estado o de cualquier otro ente descentralizado, que desobedezca reiteradamente las directrices que aquél le haya impartido sin dar explicación satisfactoria al respecto pese a las intimaciones recibidas. Cuando se trate de directores de instituciones autónomas la remoción deberá hacerla el Consejo de Gobierno.

2.—El servidor o colegio sustituto tendrá todas las potestades y atribuciones del titular ordinario, pero deberá usarlas para lo estrictamente indispensable al restablecimiento de la armonía de la normalidad administrativa, so pena de incurrir en nulidad.

3.—Los actos del sustituto, en este caso, se reputarán propios del ente u órgano que ha sufrido la sustitución, para todo efecto legal.

4.—La sustitución regulada por este artículo creará un vínculo jerárquico entre el Poder Ejecutivo y el sustituto, pero ninguna entre éste y el sustituto.

5.—La sustitución deberá ser precedida por al menos tres intimaciones instando al inferior a justificar su conducta y a cumplir.

6.—El silencio del sustituto será por sí justa causa para la sustitución.

7.—Para hacer la intimación bastará carta certificada, en los términos señalados en el artículo anterior.

ARTICULO 99. 1.—Habrá relación de dirección cuando dos órganos de administración activa tengan diversa competencia por razón de la materia y uno de ellos pueda ordenar la actividad, pero no los actos, del otro, imponiéndole las metas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares.

2.—La jerarquía implicará la potestad de dirección, pero no a la inversa.

ARTICULO 100. 1.—Cuando un órgano tenga potestad de dirección sobre otro podrá impartirle directrices, vigilar su cumplimiento y sancionar con la remoción al titular que falte a las mismas en forma reiterada y grave, sin justificar la inobservancia.

2.—El órgano director no tendrá como tal potestad jerárquica sobre el dirigido, y éste tendrá en todo caso discrecionalidad para aplicar las directrices de acuerdo con las circunstancias.

3.—El órgano director tendrá también potestad para coordinar al dirigido con otros, siempre dentro de los límites antes indicados.

8.—COMENTARIO DE LOS ARTICULOS: El artículo 26 además de otras funciones del órgano, Presidente de la República, le señala la de:

- a) Dirigir y coordinar las tareas de Gobierno y de la Administración Pública Central en su total conjunto, y hacer lo propio con la Administración Pública descentralizada.

Dentro del proceso que hemos venido siguiendo, tenemos que el Presidente tiene atribuciones de dirección sobre el conjunto de entes descentralizados, sumados a los de la Administración Pública Central, formando una especie de Macro-dirección de la Administración Pública.

El Artículo 27, en su inciso primero señala:

1.—Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.

Nótese que el órgano *Poder Ejecutivo*, tiene además de las potestades, la dirección, la coordinación, pero no como en el caso del Presidente, en forma general, sino que en este caso lo es por sectores, sea que cada ente descentralizado estará asignado a un ministerio, como lo llama la reforma propuesta, "a un sector".

El artículo 98 viene a establecer claramente "la tutela" sobre los entes descentralizados por parte del Ejecutivo. Veamos: (control sobre las personas).

"El Poder Ejecutivo, dentro del ramo correspondiente, podrá remover y sustituir, sin responsabilidad para el Estado, al inferior "no jerárquico" individual o colegiado, del Estado o de cualquier otro ente descentralizado, que desobedezca reiteradamente las directrices que aquel le haya impartido...".

Del texto podemos extraer dos ideas centrales "Inferior no Jerárquico" y luego "las Directrices", ambos conceptos son características de la relación de Dirección, que es lo mismo que la "Tutela Administrativa" siendo este el mecanismo idóneo para que el gobierno pueda centralizar la planificación, aunque luego la ejecute descentralizadamente. Punto especial merece el hecho de que con este artículo se llega al clímax del proceso de Recentralización Administrativa que se venía desarrollando, pues ya tiene el gobierno en estos artículos, el mecanismo necesario y suficiente para gobernar sin pensar en que queda un gran sector de la Administración Pública, fuera de su control, esto ya lo previó el legislador y dotó al gobierno central de los mecanismos necesarios.

El artículo 99 establece las bases para la relación de dirección, en cuanto a su definición, así como los alcances de esta. El artículo 100 define cuáles son las facultades de la jerarquía propiamente dicha y la dirección en su caso, remarca aquí de nuevo que la potestad de dirección implica la de coordinación.

El tema de la Dirección tenemos que enfocarlo desde dos puntos de vista: uno de carácter gubernamental y otro de carácter administrativo; más claro podemos decir, que existe la dirección de carácter político y la de carácter gerencial o administrativo.

La primera está dirigida a toda la acción de tipo técnico necesaria para alcanzar los objetivos de gobierno, es una proyección dirigida hacia la acción realizada por los funcionarios técnicos, cuya actividad está directa y estrechamente ligada al fin encomendado por la ley al ente u órgano al cual están relacionados por su servicio.

La segunda se refiere a la toma de decisiones encaminadas hacia la gestión de tipo eminentemente instrumental, sea a la preparación e implantación de medios y recursos necesarios para la realización de las políticas, sea que la gestión gerencial o administrativa es en cierta medida de apoyo para la actividad política o gubernamental.

Así las cosas es importante hacer notar cómo y a quién deberán ir dirigidas las directrices, sean estas políticas o administrativas, la respuesta es obvia, las de tipo político serán dirigidas al Presidente Ejecutivo o quien resulte ser el jerarca en esa materia, y las de tipo administrativo, necesariamente lo serán al Gerente o quien opere como jerarca administrativo.

Hasta el momento he pretendido ser lo suficientemente objetivo y realizar el análisis desde un punto de vista eminentemente positivista, he analizado la legislación existente en la materia, para poder seguir la pista del proceso de recentralización en Costa Rica, proceso que arranca a partir de "los años sesenta".

9.—DESCENTRALIZACION TERRITORIAL: Es necesario preguntarse ahora qué ha sucedido con la otra forma de descentralización, sea la Territorial.

Por principio Constitucional, la Autonomía Organizativa es reserva de Ley, lo que nos hace concluir que aun hoy las Universidades Estatales son los Entes que tienen el más alto grado de autonomía en Costa Rica, pues a las Municipalidades no se les dotó de potestad organizativa, lo que por principio de legalidad está excluido, quedándoles únicamente la Autonomía Administrativa y Política a estos entes territoriales (ver título XII, capítulo único, El Régimen Municipal).

El artículo 19 del Código Municipal dice al respecto: _

ARTICULO 19.—Créase el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, con carácter de institución de derecho público, que tendrá plena personalidad jurídica y patrimonio propio.

El instituto será un órgano destinado a obtener la coordinación de las Municipalidades, por la vía de la adhesión

voluntaria, con el fin de prestarles servicios de asistencia financiera, asesoría técnica y para cooperar con ellas en la realización de proyectos que sean de interés para una Municipalidad, grupos de municipalidad o todo el país.

Es importante hacer notar que este artículo, al igual que el resto del Código Municipal, fue aprobado con la votación suficiente para considerar al IFAM "Institución Autónoma".

Al ser una "institución autónoma" el IFAM, lógicamente está sujeto a "la Tutela" administrativa y por supuesto podrá ser afectada por la dirección y las consecuentes directrices, pero estas a su vez no podrán traspasar la autonomía Municipal consagrada en el artículo 170 de la Constitución Política.

Creo sinceramente que deberá revisarse o precisarse el capítulo de la dirección en la Ley de Administración Pública, en cuanto a que deberá respetarse la Autonomía Municipal en lo referente al régimen de control, pues de lo contrario en cualquier momento podría resultar un Recurso de Inconstitucionalidad.

Es importante hacer notar que la creación del IFAM no cuestiona ni limita la Autonomía Municipal, como sí afecta parcialmente el CONARE a las Universidades Estatales.

10.—NOMBRAMIENTO DE LOS JERARCAS DE LA ADMINISTRACION: Es este un tema difícil de enfocar, pues en determinado momento el subjetivismo invade nuestra mente y necesaria e inevitablemente la opinión personal se vierte sobre el criterio técnico jurídico, que para los efectos de esta investigación es lo que interesa, pero trataré de que esto no suceda.

Dos formas primordiales establece la doctrina para llegar a la función pública, la elección o el nombramiento.

La primera dentro del campo que nos ocupa, normalmente se da en la *descentralización territorial*, de donde deviene el alto grado de autonomía de estos entes.

La segunda es el sistema característico usado por la Administración Central como también lo es de los entes descentralizados, donde debería de imperar el concurso como medio idóneo para engancharse en la relación de servicio.

En un régimen de autonomía, lo lógico es que el titular de la competencia cuente con las facultades de nombramiento, y remoción pues no hay subordinación alguna a la que deba estar sujeto el ente.

Hay que tomar en cuenta, el caso de que la autonomía se empieza a manifestar cuando se dicta el acto administrativo final, pues sostengo el criterio de que la autonomía no se ha manifestado aun cuando se dicta un acto preparatorio, de tal manera, que al ejercerse la potestad de nombramiento, no se está atentando contra ningún tipo de autonomía, pues tenemos que saber también que al nivel que hablamos, que el nombramiento de ciertos jarcas no crea vínculo jurídico alguno de subordinación.

La hipótesis de fondo en este caso es: *¿Quién nombra los jarcas de los entes descentralizados?*

En el capítulo IV, del Consejo de Gobierno, artículo 147 de la Constitución al respecto dice:

ARTICULO 147: El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones:

- 1.—Solicitar de la Asamblea Legislativa de declaratoria del Estado de defensa nacional y la autorización para decretar el reclutamiento militar, organizar el ejército y negociar la paz;
- 2.—Ejercer el derecho de gracia en la forma que indique la ley;
- 3.—Nombrar y remover a los Representantes Diplomáticos de la República;
- 4.—Nombrar a los directores de las Instituciones Autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo;
- 5.—Resolver los demás negocios que le somete el Presidente de la República quien, si la gravedad de algún asunto lo exige, podrá invitar a otras personas para que, con carácter consultivo, participen en las deliberaciones del Consejo.

Al analizar la Ley 5507 op. cit. en su artículo tercero hablamos del tema del nombramiento de este tipo de jarcas, pero veamos el inciso 2º en lo que interesa:

2º—"...En las Juntas Directivas de las Instituciones cuya ley orgánica no establece la representación del Poder Ejecutivo, los siete miembros de la Junta serán nombrados por el Consejo de Gobierno..."

Omito señalar el inciso primero (nombramiento del presidente ejecutivo) porque ya lo hemos comentado.

Mucho se ha hablado en la doctrina y particularmente, nuestro querido Prof. Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, en cuanto que no se da en la Constitución el poder de remover. Al respecto y con el respeto para el maestro, ya no comparto la tesis, porque creo que opera perfectamente aquí la doctrina del *acto contrario*, sea que el acto se revoca en la misma forma en que se dicta, lo que es lo mismo que quien nombre puede remover. Creo que la facultad de nombrar implica la de remover, salvo norma en contrario.

10.1.—GOBIERNO Y ADMINISTRACION: Se presenta en este análisis la eterna dicotomía de *Gobierno y Administración*. Al respecto es importante analizar el Título Segundo, Capítulo Primero, artículo 21 y siguiente de la Ley de Administración Pública, al referirse a los Organos Constitucionales:

ARTICULO 21: 1.—Los órganos constitucionales superiores de la Administración del Estado serán: El Presidente de la República, los Ministros, el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno.

2.—El Poder Ejecutivo lo forman: El Presidente de la República y el Ministro del ramo.

ARTICULO 22: 1.—El Consejo de Gobierno estará constituido por el Presidente de la República y los Ministros o en su caso, los Viceministros en ejercicio.

Muchas veces nos hemos cuestionado el punto de ¿qué función realiza el Consejo de Gobierno y qué función realiza o debe realizar el Poder Ejecutivo?

La doctrina mayoritaria establece que la Administración no es un fin en sí mismo, sea que esta funciona como un medio para el logro de los fines, los cuales plantea por medio de la actividad política, ambas funciones *Administración y Gobierno*, deben de marchar unidas y en una estricta coordinación. En última instancia será por medio de la Administración que el Estado en forma óptima logra sus fines, pues la Administración servirá de medio para el logro de ellos.

Así tendremos que el gobierno será quien prepare y garantice las políticas (fines en sí mismos) de fondo, formule o programe los objetivos del gobierno, y será luego el Poder Ejecutivo quien pondrá en funcionamiento todas esas políticas. En definitiva, es el Consejo de Gobierno el que define las políticas y es la administración (Poder Ejecutivo) quien aporta los medios y ejecuta las mismas.

La conducta dirigida al nombramiento de funcionarios, es entonces una actividad eminentemente administrativa, el acto por medio del cual se nombra a un funcionario, cuenta con todos los elementos y recursos que la Ley establece, pues es un *acto administrativo*, de donde no parece explicable, el por qué de la colocación de la facultad de nombramiento, en un artículo donde se explican las funciones del Consejo de Gobierno, que entre otras cuenta con la característica de dictar *Actos de Gobierno*, que es una de las funciones típicas de este órgano del Estado, actos estos por cierto no sujetos al control Jurisdiccional Contencioso Administrativo.

Decíamos anteriormente al analizar las dos formas de manifestación de la tutela, que una iba dirigida a *la actividad del ente* y la otra a *las personas*, sea esta última a la facultad de nombramiento y remoción, nótese al efecto lo expresado en el párrafo primero del artículo 98 de la Ley de Administración Pública:

ARTICULO 98.—El Poder Ejecutivo, dentro del ramo correspondiente, podrá remover y sustituir, sin responsabilidad para el Estado, al inferior no jerárquico, individual o colegiado, del Estado o de cualquier otro ente descentralizado. . ."

Pareciera que no guarda relación sistemática con su similar de la Constitución Política, pues este se ajusta a la Doctrina del Derecho Administrativo pero el Constitucional obviamente no.

Debemos concluir que quien tiene facultad de nombramiento deberá tener la facultad de sustitución.

11.—RESULTADOS DEL SISTEMA ANALIZADO: Creo que hasta el momento, el desarrollo que experimentó el país ha sido bastante acelerado, casi vertiginoso, y el sistema jurídico ha respondido. Lo que ha sucedido es que se ha abusado de la descentralización, produciéndose el fenómeno que el diputado Ortiz Martín señaló en la Constituyente del 49, "se crearon pequeñas islas, pequeños Estados dentro del Estado Central".

Basta únicamente, revisar los presupuestos de "Las Autónomas", para formarse una idea del crecimiento tan grande que estas han experimentado. Sin temor a equivocarme, puedo decir que el presupuesto de las descentralizadas, supera en muchas veces el presupuesto de la Administración Central.

Es importante y estrictamente necesario, que el Ordenamiento Jurídico responda al momento que se vive, que el conjunto de principios aun no jurídicos que en determinado momento forman parte del Orde-

namiento no escrito, presionen de tal forma que el sistema se agilice y el derecho en realidad sea el medio ágil y expedito para que el Estado logre sus fines.

Debe necesariamente el Ordenamiento ser la respuesta a ese conjunto de fuerzas heterogéneas, que pugnan cada una por su lado, para en conjunto recibir respuestas concretas a sus necesidades, y debe el Estado dentro del Principio de Espontaneidad que lo caracteriza, llegar a los administrados con prontitud y eficiencia.

Sólo el buen vivir que fue el norte del "Estado Griego" de la antigüedad, justifica la existencia de la polis.

La crisis que vivimos nos obliga a fortalecer el Poder del Ejecutivo, la concentración es una necesidad para la fácil y pronta resolución de los problemas, es necesaria una estricta coordinación de la labor de gobierno, es necesaria una unidad de la planificación para evitar la duplicidad de funciones y el desperdicio de fuerzas y tecnología, con el consecuente mal uso de fondos. Deberá existir una sola partitura y un solo director para que la ejecución de la melodía sea consonante, sea armónica.

El sistema que rige nuestro país, fue el resultado de la culminación del proceso antipresidencialista que tuvo su punto de clímax con la redacción de la Constitución del 49.

Estos procesos son cíclicos, y se repiten a lo largo de la historia, en determinados momentos el Parlamento toma fuerza, en otros lo es el Ejecutivo. Lo que sucede es lo que han dicho algunos pensadores y filósofos "el poder enferma", el uso prolongado del poder parece que en determinados momentos hace que quienes lo detentan comiencen a padecer ese mal y lo usen para fines muy diferentes de los que corresponden y justifican la existencia del Estado de Derecho.

El proceso que vivimos, no lo hemos experimentado únicamente nosotros, lo que ha sucedido es que nuestros estudiosos de las diferentes doctrinas sociales, que están y han estado inmersos en los cambios doctrinales del mundo, han incorporado al sistema estos movimientos mundiales, trasladándolos íntegramente tal y como han operado en su lugar de origen.

Ha sucedido entonces, que muchas veces esos principios y movimientos doctrinarios han sido manejados por personas que han recibido el influjo de estas doctrinas por segunda o tercera mano, produciendo fenómenos jurídicos de los que hoy nos lamentamos. Se han injertado instituciones en nuestro ordenamiento, sin el lógico proceso de adaptación

y preparación jurídica, no se ha usado inclusive el vocabulario lógico y preciso para su comprensión. Este fenómeno ha tenido como consecuencia el a veces inmediato rechazo de esas instituciones, o su inminente transformación o desaparición, creando el lastre jurídico y la expansión burocrática que hoy nos aqueja. Somos los costarricenses muy dados a copiar del exterior instituciones y mecanismos pero fuera del contexto jurídico, lo que en los últimos años nos ha hecho "biper desarrollar" la Administración Pública en una forma innecesaria y desordenada.

Hay ya suficientes instituciones y medios para facilitar al Estado el logro de sus fines, lo que sucede es que hay que propiciar un reordenamiento de toda esta gama de instituciones, pues en determinados momentos, resulta que se puede llegar al administrado con el servicio por varios medios, y al final no se llega por ninguno, pues los mecanismos se entrecruzan o el filibusterismo interinstitucional tiene muy ocupados a sus funcionarios en otras cosas.

Hay que inventariar las instituciones, sus medios, sus fines, su ordenamiento, su personal, y finalmente evaluarlas, para así saber con qué contingente contamos para hacer frente a la gestión pública.

Creo sinceramente que la lucha semántica, la diferencia de términos usados por nuestros constituyentes ha sido superada. Lo que debe hacerse, es reagrupar en una forma técnica y moderna todos los entes descentralizados en un solo capítulo y luego estos a su vez en dos grandes grupos.

Entes descentralizados funcionales, entes descentralizados territoriales, en vez de llamar a estos "entes autónomos" deberán llamarse "entes descentralizados", luego dentro de estos dos grupos se podrán ir colocando los entes de acuerdo a su grado de autonomía, o de acuerdo al fin para el que fueron creados.

Deberá necesariamente, unificarse en un solo cuerpo normativo la relación de servicio que une a los funcionarios, con sus diferentes instituciones "crear el estatuto del servidor descentralizado", como una necesidad, contra la piratería interinstitucional, donde impera toda una gama de diferentes salarios y puestos como resultado del influjo de la política, que quizás ha sido el peor mal que hoy atenta contra ellas.

Una solución viable y científicamente preparada para solucionar parte de estos males, es la creación del Subsistema de Dirección y Planificación Sectorial, como primer paso para frenar el innecesario gigantismo institucional. Luego hay que propiciar la reforma constitucional para reorganizar el sector descentralizado, lo que arrojará el lógico y esperado resultado, la eliminación de una gran cantidad de entes, no sólo innecesarios, sino inútiles.

Es importante además hacer notar, que la configuración de las instituciones en su interior responde a esquemas desactualizados. Estos entes fueron concebidos para responder a otro sistema, lo que inevitablemente los hace candidatos a una reestructuración.

La creación de las presidencias ejecutivas, la modificación del artículo 188 de la Constitución Política, han hecho cambiar las estructuras pues, o se justifican los presidentes ejecutivos, o se justifican las Juntas Directivas, ambos junto al gerente, crean una especie de mar de nadie, que obstaculiza el funcionamiento del ente. ¿Quién gobierna al ente?, ¿quién lo administra?, ¿quién dicta las políticas?, ¿quién proporciona los medios?

A como se han planteado las cosas, es necesario cuestionarse *qué funciones desempeña la Junta Directiva de un ente descentralizado*, en este esquema. ¿Coordinan su actividad estos entes para evitar la duplicidad de funciones? ¿Cómo coordinan su función administrativa? ¿Están preparados los funcionarios de acuerdo a su nivel jerárquico, para el desempeño de las funciones? ¿Cuentan con el debido conocimiento de sus deberes?

De la respuesta a estos y otros planteamientos, surge la necesidad de toda una nueva política en la organización y funcionamiento del Sector Descentralizado.

Los mecanismos jurídicos de base existen, lo que falta es el planteamiento y la decisión política y luego el ajuste constitucional de ser necesario.

EL SECRETO DE ESTADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE *

Licda. Elvira Batalla.

(*) El estudio fue realizado en el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en atención a la consulta formulada por la Comisión Especial que investiga un presunto trasiego de armas en el país.

En el *Capítulo Derechos y Garantías Individuales*, el artículo 30 de la Constitución Política garantiza a todos los habitantes del país el libre acceso a los departamentos administrativos para informarse sobre asuntos de interés público; ese derecho lo limita el citado numeral al exceptuar aquellos que sean "secretos de Estado". Pero de lo dispuesto no se infiere a juicio de quién debe hacerse la calificación de lo que es materia objeto de secreto de Estado, por lo que es necesario determinar el sujeto a cargo de tal criterio decisorio con vista de otras normas de la propia Constitución. Una primera referencia en tal sentido la hallamos en el artículo 121, inciso 7), *Capítulo Atribuciones de la Asamblea Legislativa*, en el cual se dispone que para situaciones de evidente necesidad pública puede este órgano suspender el mencionado derecho y otros que consigna la Carta Fundamental en varios de sus artículos de innecesaria enumeración para lo que nos ocupa. En cambio, es importante al efecto, detenernos en lo que establece el texto constitucional en el artículo 140, inciso 4), *Capítulo Deberes y Atribuciones de quienes ejercen el Poder Ejecutivo*, por ser la disposición que autoriza, excepcionalmente, al Presidente y al respectivo Ministro del ramo para hacer la suspensión de los derechos y garantías individuales cuando sea evidente la necesidad pública, si la Asamblea está en receso y a condición de que el Poder Ejecutivo de inmediato dé a ella cuenta de su actuación. En ese mismo inciso se señalan las implicaciones del decreto de la urgencia o emergencia cuando procede el Ejecutivo a limitar los individuos en el ejercicio de sus derechos y garantías.

De lo expuesto resultan las siguientes consideraciones: el libre acceso a la información de interés público, a que tienen derecho los administrados, puede limitarlo la Asamblea Legislativa siempre que esa limitación se halle referida a casos de extrema gravedad, como los que pueden apreciarse ante una "evidente necesidad pública". Pero además hay otras situaciones, como son las contempladas implícitamente en el artículo 30 de la Constitución, no obstante que en todas es procedente decretar ciertos asuntos, cuando son de interés público en la categoría de secretos de Estado, aún cuando en las circunstancias que advertimos en el citado numeral no puede afirmarse que existe o que se evidencia la necesidad pública. Al no cumplirse este presupuesto, la Asamblea no está obligada a intervenir y la limitación al libre acceso a los "departamentos administrativos", es sólo para impedir que se conozca la información secreta que se encuentre en las dependencias del Estado o en algunas otras instituciones públicas.

De las disposiciones constitucionales señaladas en los anteriores párrafos, resulta que la prohibición para conocer lo que es materia de se-

creto de Estado, queda reducida al ámbito de los asuntos que cualesquiera de los órganos supremos del Estado declaren como secretos de Estado, con excepción de los producidos ante "evidente necesidad pública", cuya determinación compete exclusivamente a la Asamblea Legislativa. Corresponde a estos órganos la facultad de dictar tales decretos, precisamente por ser secretos estatales y corresponderles a esas cuestiones excepcional importancia en la gran gama del mayor rango que conforman las actividades de los Poderes Públicos.

Con el propósito de establecer claramente el sujeto o sujetos a cuyo cargo está la calificación del secreto de Estado, es conveniente revisar toda otra posible determinación en ese sentido. Si se interpretan en una forma aún más restringida las disposiciones que contienen los artículos 30 y 121, inc. 7), se puede afirmar que el secreto de Estado es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa, pero se negaría así la admisión de esa facultad en sede de los otros Poderes del Estado que también realizan actos administrativos. Esta tesis no la compartimos, pues no parece lógico desconocer lo que implícitamente señala el artículo 30, el cual en general hace referencia a la información que existe en los "departamentos administrativos", los cuales desde luego son todos los de las instituciones públicas. De aceptarse esa posibilidad se permitiría también establecer un criterio aún más severo y rechazar entonces que el secreto de Estado pueda tener lugar cuando no sea evidente la necesidad pública, con lo cual la Asamblea estaría impedida para calificar como tales otros asuntos que respondan a situaciones menos graves, lo que desde luego debe rechazarse con vista del artículo 30.

Los aspectos que presenta la norma constitucional número 30 y el intento de interpretarla a cabalidad, en la mejor forma posible al tratar de averiguar qué se entiende por "secreto de Estado" —instituto que nuestras diversas leyes no definen ni conceptúan e igual sucede con nuestra jurisprudencia y al efecto la doctrina es de gran pobreza— nos lleva a buscar algunos criterios en los diccionarios especializados. Así vemos que un autor español, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, lo describe de la siguiente manera: "*Secreto de Estado*. El que un funcionario público no puede revelar sin incurrir en delito; y lo es tanto, si así se le ha ordenado, aun cuando no descubra la razón que lo motiva, como en el caso de resultar evidente, sin expresa recomendación, que perjudica o compromete a la función o al país. Asunto político o diplomático de gravedad y que no ha sido divulgado aún". Aunque es poca la luz que arroja tal descripción, al menos permite afirmar, tomando en consideración lo señalado en los párrafos precedentes, que comprende el "secreto de Estado", dentro del marco constitucional costarricense.

El secreto de Estado obedece a decisiones que necesariamente toman los órganos del Estado ante situaciones patológicas, presentes o fu-

turas, bien para remediarlas o con la finalidad de prevenirlas. Ellas son de muy diversos grados, sin que puedan, en ningún caso, calificarse de normales. La normalidad del funcionamiento del país no da lugar a la aparición del secreto de Estado, aunque en estos períodos generalmente es cuando surgen medidas preventivas que requieren mantenerse en secreto, pero cuando así sucede es debido a que se espera la posible aparición de situaciones de alguna gravedad. En todo caso cuando la Asamblea decida conocer cuáles asuntos son secretos de Estado, independientemente que ellos se hayan decretado por determinación de cualesquiera de los otros Poderes del Estado, no es posible aplicarle a ella la norma del artículo 30 porque la limitación del acceso a la información de interés público rige únicamente para los administrados. En cambio las decisiones que impliquen secretos de Estado, tomadas por la Asamblea Legislativa, no son susceptibles de ser conocidas por los otros Poderes, porque la atribución que establece el artículo 121, inciso 7), es exclusiva de este Poder al cual el texto constitucional le establece además, en otras de sus disposiciones, la función del control político. Aunque la división de funciones es sólo una fórmula que incluye el sistema institucional escogido para responsabilizar a uno de los Poderes del ejercicio de la fiscalización de la actividad de los otros órganos supremos, por ella se logra dar unidad a la estructura estatal.

Es poco frecuente que la Asamblea Legislativa emita secretos de Estado y cuando lo hace es ante situaciones de extrema gravedad contempladas en la Constitución. Todo lo contrario ocurre con el Poder Ejecutivo, precisamente porque es mucho mayor la posibilidad de que se den situaciones que pueden así exigirlo. Para calificar la discrecionalidad de tales actuaciones resulta evidente que la Constitución disponga a cargo de la Asamblea Legislativa el control político de estos y otros actos de la Administración por la suspicacia que con mucha frecuencia despierten los que emanan del Poder Ejecutivo, y este no puede alegar, en ningún caso, que la intervención de la Asamblea sea una intromisión de un Poder en la actividad del otro, precisamente porque la división de poderes persigue como finalidad última el equilibrio de las potestades de los órganos del Estado.

Con lo expuesto, ya hemos iniciado una referencia al otro aspecto de la consulta que solicita la Comisión Especial nombrada para investigar un presunto trasiego de armas, en cuanto la misma pide que el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa y la Procuraduría General de la República expliquen los alcances del "secreto de Estado" en relación al Poder Legislativo, con base en el Decreto Ejecutivo número 2487-H del 23 de agosto de 1972.

El Decreto Ejecutivo en examen, es una reglamentación a los artículos 74 y 75 de la Ley de Administración Financiera de la República, disposiciones éstas que establecen cuáles son las funciones que correspon-

den a la Contabilidad Nacional para llevar las cuentas de todo el patrimonio nacional y cuál es el sistema que debe seguirse para el registro de los haberes del Estado. En ninguna de las disposiciones que contiene el decreto encontramos que en la lista de los bienes del Estado algunos sean susceptibles de mantenerse en secreto, cosa que por otra parte no se establece en ese texto.

BASES TEORICAS PARA EL ANALISIS JURIDICO DEL CREDITO AGRARIO *

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas; Profesor y Coordinador del Postgrado en Derecho Agrario; Director del Area de Docencia de la Universidad de Costa Rica; Presidente de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.

(*) Relación presentada al "Seminario sobre crédito agrario y seguro agrícola", celebrado en Barquisimeto, Venezuela, del 15 al 18 de setiembre de 1983, bajo los auspicios del Fondo de Crédito Agropecuario de ese país.

SUMARIO

- 1.—Fundamento y breve referencia histórica de la disciplina jurídica del crédito agrario.
- 2.—Elementos del crédito para la agricultura.
- 3.—Los tipos del crédito agrario: a) El crédito fundiario; b) El crédito para la adquisición de tierras; c) El crédito para la modernización de las empresas; d) El crédito de ejercicio; e) El crédito para la producción; f) El crédito a la agroindustria y para la comercialización.
- 4.—Necesidad de establecer distintos tipos de garantías para los diferentes créditos. Las garantías personales (pagaré) y reales (prenda e hipoteca). La letra de cambio agraria. El seguro agrocrediticio como superación de las garantías reales y personales en el crédito para la producción.
- 5.—Importancia de impulsar el crédito agrario sobre la base de las modernas concepciones del Derecho Agrario.

1.—Fundamento y breve referencia histórica de la disciplina jurídica del crédito agrario.

El crédito agrario constituye dentro del Derecho Agrario uno de los temas fundamentales al que los ordenamientos jurídicos de todo el mundo le han dado especial importancia. En muchos países ya existen conjuntos normativos orgánicos y en otros se intenta introducirlos, para lo cual se han redactado proyectos de ley como forma de normativizar una normalidad existente, pues en éstos últimos aún sin normativa expresa este tipo crediticio, en una forma o en otra, existe. Es así como el tema comienza a ser fácilmente identificable a través de particularidades y características propias, con interesantes líneas tendenciales sobre su orientación futura, por lo que podría ser calificable como verdadero instituto del Derecho Agrario Moderno.

Ha sido con el desarrollo del concepto de inversión productiva en agricultura, en particular con los problemas de financiación que ello implica, como el crédito agrario se ha madurado, en tiempos relativamente recientes, por el proceso de transformación de una producción agrícola prevalentemente de consumo a una producción tendencialmente de mercado, y a la adopción de tecnologías cada vez más avanzadas respecto de aquellas tradicionales que tienden a plantear la "industrialización" de la actividad agrícola.

De otra parte el escaso flujo espontáneo de capitales a un sector de la producción aparentemente menos productivo que otros, y más lento para adaptarse a los cambios económicos, determina la necesidad de una intervención, directa o indirectamente, del Estado; y esta intervención permite perseguir, junto a la finalidad de incentivación productiva, intentos fundamentales de reequilibrio social.

La disciplina legislativa sobre el crédito agrario persigue fines de interés general, apoyando en lo económico el aumento de la producción y la productividad de una economía determinada, pero, también, instaurar justas relaciones sociales, aún cuando no siempre se logra conciliar la finalidad de carácter económico con la de orden social. No se trata de afirmar que ambos fines son inconciliables, o bien que son alternativos, sino que resulta innegable una política crediticia orgánicamente unida a una política agraria coherente como requisito esencial, pues cabalmente por la ausencia de esta vinculación, muchas veces se presencia la quiebra de los fines y objetivos perseguidos.

La peculiar incidencia del interés público sobre la actividad de financiamiento de la agricultura determina una particular importancia del fin del crédito, en el sentido que la ley, de un lado, enumera taxativamente las finalidades en vista a las cuales el préstamo puede ser concedido y, de otra parte, predispone medidas idóneas tendientes a controlar la destinación efectiva de las sumas erogadas. Por este camino se puede señalar una cierta "especialidad" del crédito agrario no referible únicamente al aspecto económico.

En efecto, los contratos de crédito agrario de los cuales el mutuo es la figura más importante, pero no la única, han sido reconducidos a la categoría de contactos de financiamiento, caracterizados por dos datos comunes: en todos se indica expresamente la utilización obligada de los medios que una parte da a la otra, y en todos, también, en la base de la relación existe el interés del otorgante del crédito de lograr el resultado de vincularlo a un cierto destino.

La particular actitud de la causa en los contratos de crédito agrario como contratos de destino legal, de un lado, justifica los límites impuestos por el legislador a la legitimación a contratar, mientras que por otro lado determina el contenido de la relación que está formado también por las obligaciones de destinación. Cuando el deudor no ha cumplido por emplear en todo o en parte el monto prestado en una actividad diferente, deberá entenderse incumplido el contrato y abierta la posibilidad del acreedor para pedir la resolución contractual.

Naturalmente, aún cuando este crédito esté vinculado con la agricultura y ésta va paralela al desarrollo mismo de la Humanidad, no se puede afirmar que el crédito agrario sea tan antiguo. Por el contrario, con las particularidades y características con que se le conoce actualmente, en realidad es un fenómeno reciente, ubicable históricamente a finales del siglo pasado y principios de éste, y específicamente en América Latina es producto de las primeras décadas del presente.

Es cierto que el agrario desde el punto de vista de su estructura coincide plenamente con el crédito en general, sin embargo, analizando su función se encuentran claras diferencias según se trate del crédito inmobiliario, industrial, comercial o para la agricultura. En esto consiste precisamente el fundamento del agrario, y con base en él se pueden fijar claras diferencias con los demás como forma de identificarlo internamente y diferenciarlo externamente.

Una rápida visión, empero, del desarrollo histórico del crédito podría permitir una concepción más profunda de lo que podrían ser sus características tendenciales.

Cabe establecer dos etapas bien definidas de la evolución del crédito. La primera pre-capitalista y la segunda capitalista. En la primera se encuentran los antecedentes históricos y la forma cómo se fue perfilando el instituto tanto jurídica como económicamente, y en la segunda una evolución más marcada en cuanto cobra un auge que lo vitaliza y redimensiona.

Antes de la aparición del capitalismo es desde muy antiguo que podrían establecerse las bases para determinar su origen, sobre todo con las formas de préstamo otorgadas familiarmente o bien entre grupos muy cerrados en relación con otras personas, ello como forma de colaboración o como medio de condicionar y explotar a grupos extraños, por lo cual tiene una naturaleza eminentemente privada, donde el fin era consuntivo, con plazos breves, intereses altos, estando facultado el acreedor a confiscar los bienes del deudor o bien a tenerlo como esclavo. El Derecho romano conoció sólo el crédito personal y en él resultaba normal la pérdida de la libertad del deudor por la imposibilidad del pago. Ya para el Siglo XII, el crédito se representaba a través de documentos o títulos, dando el dinero al acreedor contra la entrega de un título en que se fija el plazo, el monto, los intereses y los posibles medios de garantía, configurándose en esta forma —en Holanda, Alemania e Italia— la letra de cambio como orden de pago contra una casa bancaria de una ciudad diferente al lugar en donde había sido emitida, siendo utilizada únicamente por el sujeto a quien se emitía o extendía. Esto dio origen, más tarde, a la aparición de formas contractuales mediante las cuales el crédito se objetiviza y adquiere mayor movilidad.

Con el advenimiento de la revolución industrial y del liberalismo económico, el crédito conoce una nueva etapa. La filosofía del liberalismo impulsa a que los banqueros tengan la posibilidad de transferir a terceros las deudas a otros acreedores. Pero es, sin embargo, con el desarrollo mismo del capitalismo donde se van a encontrar mucho mejor concebidas sus características salientes. El principio económico radica en que el crédito se convierte en instrumento de fructificación del capital, careciendo de sentido su inactividad, y sobre esa base nacen y se desarrollan instituciones y conceptos de la más variada índole: inversión, capital, moneda circulante, masa monetaria, empresa, y muchas más que van a caracterizar al crédito como una de las actividades más importantes del desarrollo de toda economía. Los banqueros privados nacen como cualquier otro comerciante, utilizando el dinero como mercancía, obteniendo ganancias sobre la diferencia del interés del dinero que toman prestado y el interés de que dan préstamo, ubicando dentro de sus clientes al mismo Estado, y ejerciendo influencia decidida sobre la economía al obtener grandes ganancias producto de su desproporcionada voracidad. En esta etapa se salta cualitativamente al pasar el crédito de negocio privado entre personas a negocio bancario privado y al aparecer todo tipo de bancos privados, respecto de los cuales el Estado interviene sólo para proteger a los depositarios.

La crisis económica ocurrida después de la Primera Guerra Mundial va a obligar políticamente a intervenir las desmesuradas intenciones de los capitalistas y banqueros privados creadores en gran medida del mismo colapso. El Estado asume el control de la emisión de moneda legal —de lo que se encargaron los privados omitiendo dar el respaldo respectivo en oro— pero fundamentalmente se evidencia la importancia del rol del crédito como función estatal, por lo cual se comienza a dar carácter público a la función bancaria y a entender que quien debía orientar y dirigir toda actividad crediticia sería la Banca pública, satisfaciendo intereses generales y no los particulares de los banqueros cuyo único fin era satisfacer su ánimo de lucro.

Dentro de esta nueva filosofía es que comienza a aparecer el crédito agrario, no sin antes haber tenido que esperar se dieran importantes pasos en el campo industrial y comercial, donde el Estado estableció sus primeros intereses, dejando por fuera la agricultura.

Ha sido principalmente cuando el fenómeno evidente de la moderna vida económica y la especialización productiva ha cobrado auge cuando el crédito agrario se ha manifestado más ampliamente. Si bien en un principio incluso una misma institución crediticia tenía variadas funciones, hoy día dichas funciones se han venido especializando y se han creado institutos u organismos de crédito referidos a actividades determinadas: crédito comercial, industrial, para vivienda, agrario, etc. En incluso, dentro del mismo agrario, se encuentran subespecializaciones en cuanto hay figuras jurídicas e instituciones crediticias referidas al crédito fundiario, para la adquisición de tierras, para la modernización de empresas, de ejercicio y de producción. Es por esto que tanto en los países desarrollados como subdesarrollados, el crédito agrario tiene una cierta y específica conformación.

2.—Elementos del Crédito para la agricultura.

En Europa, desde mediados y finales del Siglo pasado se inicia la creación de una serie de organismos encargados del crédito agrario —en el sentido más amplio del término— y luego, fundamentalmente para las primeras décadas de este Siglo, todo un conjunto amplio y orgánico de normativa novedosa se puede identificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos, donde el instituto iusagrario se perfila, señala sus objetivos y fines, concibe toda una tipología, y principalmente estructura sus elementos característicos.

En este desarrollo la disciplina jurídica muestra con gran claridad la forma en que el "clásico" mutuo va variando en su función, y se encuentra en una figura sólida cuya ventaja fundamental es que se modifica y conforma de acuerdo a las exigencias de cada tipo de crédito

que va apareciendo o se va creando dentro del mismo agrario. Esa versatilidad se aprecia no sólo analizando todos los tipos de crédito agrario que se han venido concibiendo, sino, también, a la hora de analizar sus elementos.

Estos elementos principalmente son cuatro: la duración, los intereses, el pago y la garantía. Algunos autores señalan otros, sin embargo es a estos cuatro a los que se reconducen todos. Si bien, analizados en forma individual, de todos ellos se puede dar su concepto y alcances, encuentran importantes diferencias según el tipo de crédito agrario de que se trate.

a) La duración, o el plazo como también se le denomina, implica no sólo la vigencia del contrato, sino la naturaleza misma de éste en cuanto cabalmente se trata de un típico contrato de duración. Debe entenderse que es durante todo el tiempo que se otorga el monto que el productor puede hacer uso de él sin tener obligaciones específicas. Sin embargo, aún cuando esto sucede para el crédito en general, no siempre opera para el agrario pues durante el tiempo de vigencia del contrato las partes se comprometen a cumplir una serie de obligaciones recíprocas cuya falta de observancia pueden conducir a la rescisión, resolución o nulidad del mismo, con lo cual puede ser que el plazo pactado se reduzca y haga exigible la obligación aún antes de llegar al término fijado para ello. Es por esto que en el Derecho agrario comparado se encuentran plazos muy variables, en algunos casos muy cortos y en otros muy largos, dependiendo en gran medida del tipo de crédito de que se trate, la clase de garantía otorgada, el planteamiento político del Estado o bien el mayor o menor desarrollo económico de la Sociedad. Su importancia, en último análisis, dependerá del impacto que tenga sobre la producción o en el cumplimiento de los objetivos en que se funda. Aún cuando la fijación del plazo depende de muchos factores —como los citados—, es normal encontrar en los ordenamientos jurídicos un criterio amplio para su fijación, dejando al ente crediticio establecerlo con gran libertad, en ejercicio de la oferta y demanda del mercado, y la autonomía de la voluntad de las partes; sin embargo el legislador sí se inclina por establecer plazos, generalmente más largos, cuando éstos tienden a proteger al empresario agrícola.

Sea como fuere la duración establecida, ésta debe tener la flexibilidad suficiente como para no olvidar ciertas dificultades propias del mismo. Independientemente del tipo del que se trate, siempre conviene que éste no sea inferior a un año, o bien al tiempo mínimo de la producción de la cosecha del empresario agrícola, de donde ha aparecido la figura del "año agrícola" pues no debe dársele exigibilidad a una obligación sin tomar en cuenta que el deudor solo podrá pagar hasta que venda su cosecha; esto es elemental pues al estar vinculado el crédito con la agricultura, y ésta condicionada por la Naturaleza, no puede esperarse

un cumplimiento en condiciones que devienen imposibles o ilógicas. Pero si ésto sucede al plazo mínimo, hay que tomar también en cuenta que el acreedor debe prever la posibilidad de ampliar la duración del contrato a través de prórrogas, convencionales o legales, que permitan el adecuado cumplimiento de la obligación al productor, pues al estar sometido éste al doble riesgo de la agricultura: la Naturaleza y el mercado, puede resultar que aún queriendo el deudor no pueda pagar en tiempo, y no es el fin del crédito agrario —como sucede en otros tipos de crédito— ejecutar inmediatamente la garantía y lograr el máximo provecho, sino, por el contrario, aumentar la producción y la productividad del país, por lo que al productor se le debe proteger y no perseguir: la flexibilidad en cuanto a la duración va a darle al agrario un importante sentido humanista no necesariamente presente en otros tipos de crédito.

b) La amortización del préstamo puede darse, también, conforme al tipo de crédito de que se trate en diferentes formas. Puede ser al vencimiento del término en un solo tracto, aplicable por lo general a aquellos créditos pequeños concebidos por períodos cortos, referidos sobre todo al crédito fundiario o para la producción, una vez obtenida la cosecha para el cual fue concedido. También puede darse la amortización a través de abonos consecutivos a intervalos pactados durante un determinado plazo, el cual se utiliza en los créditos para la adquisición de tierra, la modernización de empresas, o el crédito de ejercicio, que exigen por lo regular de un plazo mayor y se otorgan a favor de aquellos sujetos del Derecho agrario con una capacidad económica estable para hacer frente a obligaciones de montos altos en períodos cortos o largos. También es posible una variación de los dos sistemas anteriores, con pagos parciales pequeños a intervalos convenidos con una cancelación última final, este sistema resulta idóneo para aquellos agricultores con un ingreso inferior en un primer momento que va aumentándose conforme el capital crediticio influye positivamente en la empresa.

El principio fundamental observado en el Derecho agrario es el de la flexibilidad en los pagos, con carácter realista: tomando en cuenta los ingresos del empresario agrícola, es posible lograrlo contractualmente al establecer ajustes del pago a la época misma que éstos se verifican. El fundamento de ello es producto de tomar en cuenta los riesgos de la agricultura y comprender el rol mismo del crédito agrario dentro de la producción.

c) Los intereses, entendidos genéricamente como el costo ocasionado al empresario por el uso del capital del acreedor, o bien como renta obtenida por éste del deudor, o como utilidad obtenida por la entrega del capital, tienen intrínsecamente incluidos varios aspectos tales como el beneficio logrado por el acreedor, la cobertura del riesgo propio de la operación y los costos necesarios para la celebración del contrato. Las tasas de interés, dependiendo del tipo de crédito, van a estar esta-

BIBLIOTECA
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS Y ZOOVETERINARIAS
CARACAS, VENEZUELA
Derecho ROMANO

blecidas por ley, o bien, cuando ello se permita, fijadas por el órgano máximo del ente prestamista, conforme a la política agraria del sector y a las reglas de la oferta y la demanda. Cuando es la ley la que los fija es probable que ésto suceda a través del Código de Comercio o bien de la legislación especial, pero bien sea legal o convencionalmente existen normas generales que deben ser respetadas. Aún cuando existen algunas salvedades, en principio no solo el no pago del capital adeudado hace exigible la obligación, sino que ésto sucede también si se omite pagar los intereses respectivos. En igual forma, al ser el de crédito un contrato de duración, el pago de los intereses debe verificarse cuando se llegue a ciertos plazos prefijados, por lo cual resulta inconveniente estipular su pago en forma previa, o cobrarlos aún cuando el deudor cancele la obligación antes de término fijado para ello. Así mismo, con un origen en el mismo Derecho romano debe aceptarse la prohibición de capitalizar intereses pues ésto significa dar vida al anatocismo.

d) Las garantías ofrecen toda una gama de posibilidades, vinculadas en gran medida con el desarrollo institucional y jurídico del sistema en que les concibe. Las hay personales, reales: prenda e hipoteca, o incluso de seguro. En los personales es el acreedor, o bien un tercero garante de tal obligación, quien se compromete a responder por el pago con todos los bienes de su patrimonio, en caso de incumplimiento; esta garantía se encuentra en acusada crisis por la misma situación económica del agricultor o las pocas posibilidades de éste de contar con el favor de terceros solventes, y se utiliza por lo general en créditos fundiarios de poca monta y de corto plazo, para él se ha recurrido a títulos valores como el pagaré. Con la prenda y la hipoteca se otorga un derecho real de garantía, generalmente sin desplazamiento, en bienes muebles o inmuebles del agricultor, normalmente en los mismos bienes organizados a la producción, tal es el caso de animales, aperos, tractores, y en general instrumentos de labranza susceptibles de pignoración, o bien el mismo fundo cuando éste se adquiere o cuando se amplía agregando otro, para lo cual se responde con un gravamen hipotecario; naturalmente producto de la mercantilidad que muchos créditos agrarios acusan, resulta normal encontrar este tipo de garantías, sobre todo la hipotecaria, en algunos créditos distintos a los mencionados como forma de garantizarse el ente acreedor el adeudado pago del monto otorgado, sin embargo ésto es producto de una mala técnica jurídica en cuanto, no sólo resultan más altos los costos del crédito y más lento su otorgamiento, sino, principalmente, menos lógico desde el punto de vista de una sana política agraria en cuanto entraba innecesariamente la libre circulación de los bienes y obstaculiza la marcha que debe caracterizar la actividad agraria. Deberían incorporarse nuevos tipos de garantías, como es el caso del seguro agrocrediticio que comienza a estructurarse en América Latina, con el que deba responderse ante algunos tipos de créditos, en especial ante el crédito otorgado para la producción, de tal suerte que en caso de incapacidad del empresario para amortizar la deuda por pérdida total o parcial de la cosecha,

sea una entidad aseguradora la que, con base en la solidaridad de los productores del país, proceda a amortizar total o parcialmente la obligación contraída, en vez del deudor, evitando así la quiebra del empresario agrícola, y humanizando a la vez este importante instituto jurídico.

3.—Los tipos del crédito agrario.

Las vicisitudes de los elementos del crédito para la agricultura se evidencian aún más en la medida en que se puede profundizar en los diferentes tipos de crédito agrario que existen.

La doctrina en general se inclina por tratar el crédito agrario como un único tipo; sin embargo, analizando sus particularidades bien podría llegar a sostenerse la existencia de diferentes tipos de créditos agrarios, sobre todo haciendo una referencia a una cierta tipología o clasificación, no así afirmando algunas *species* distintas del *genus*.

Es así como se puede distinguir dentro del crédito agrario el fundiario, el de adquisición de tierras, el de modernización de las empresas, el de ejercicio, el otorgado para la producción e incluso para la agroindustria y la comercialización. Todos ellos difieren no sólo en cuanto al ente crediticio que por lo general corresponde a instituciones muy diversas, sino también en cuanto se modifican los elementos esenciales a que se ha hecho referencia. Una rápida descripción de los tipos permite constatar esta afirmación.

a) El crédito fundiario, cuyos orígenes se remontan a las primeras manifestaciones del agrario, consiste pura y simplemente en el otorgamiento al propietario de capitales fundiarios de una suma determinada de dinero para ser utilizado en cualquier fin a que él disponga. El fin interesa poco, y lo característico radica en que la garantía sea adecuada a la exigida por el ente crediticio. Generalmente es el mismo fundo el que responde a través de un derecho real de hipoteca. El fundo, o más específicamente la explotación, como conjunto de bienes organizados para la producción, juega sólo el rol de un bien económico en relación al valor al que viene concedido el préstamo.

Queda claro que el crédito fundiario se limita sólo a aquellos titulares de un fundo, cuya situación jurídica sea la de propietarios, pues debiendo ser la garantía de carácter hipotecario, y casi siempre de primer grado, las entidades bancarias reducen su ámbito a esas personas. Por lo demás ésto debe ser así porque los plazos son realmente largos, en algunos casos hasta de treinta años, para lo cual el acreedor toma una serie de precauciones necesarias. La más importante de estas medidas es quizá aquella referida a la determinación del monto otorgado en préstamo, el cual se encuentra en relación directa con el valor mismo del fundo; así, se pro-

cede a practicar un avalúo del inmueble y se determina la importancia de la garantía, no pudiendo ser el monto del crédito superior a una suma que oscila por lo general entre el 50% y el 60% del valor que arroje el avalúo. El reembolso opera a través de cuotas constantes, semestrales o anuales, que comprenden tanto la amortización al capital como el pago de los intereses.

Este tipo de crédito, a pesar de que cuenta con tasas de interés bajas como forma de apoyar al empresario agrícola en el desarrollo de cualquier finalidad a la cual quiera destinar el monto otorgado, por tener una concepción tan amplia (más de carácter mercantil que agraria) muchas veces resulta que el capital se dirige a actividades muy distintas de la agraria y la incidencia del monto otorgado no se da directamente en el fundo, el cual pura y simplemente cumple la función de ser objeto de garantía.

b) El crédito para la adquisición de tierras se encuentra por lo general, aún cuando no para todos los casos, vinculado con las instituciones de reforma agraria o desarrollo rural, y está comprendido dentro del contrato de asignación de tierras. Este contrato, al igual que el crédito, es de duración, tiene la característica de que el Estado al otorgar a sujetos, previamente calificados por la ley y escogidos en una rigurosa selección, los bienes establece sobre ellos un derecho real de garantía para el caso en el cual se incumplan las cláusulas legales y convencionales que le originaron. En este crédito si bien los plazos son realmente amplios, muchas veces de más de treinta años, con periodos de gracia de hasta cinco, y con intereses bajísimos) hay limitaciones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, que imposibilitan al deudor a disponer libremente del bien, no sólo vendiéndolo sino también gravándolo, arrendándolo o subdividiéndolo, sin la previa y expresa autorización del otorgante, e incluso en caso de muerte del titular se aplican reglas totalmente distintas a las de la sucesión civil pues se pretende que quien lo sustituya reúna las mismas condiciones establecidas en la ley. Si bien se pretende la indivisibilidad del fundo objeto de la empresa agraria constituida, también se busca no desmejorar la garantía ni las condiciones del garante.

Es indudable que el crédito fundiario podría también servir para la adquisición de tierras, o en general cualquier tipo de crédito con solo que la garantía tenga confiabilidad, pero es en virtud del contrato de asignación donde se le encuentra plasmado, y en cuya virtud se cumple masivamente.

c) El crédito para la modernización de la empresa, o de mejoramiento como también se le conoce, tiene como fin fundamental suministrar a los agricultores los capitales necesarios para mejorar el fundo, la explotación, o en general cualquiera de los bienes organizados para la producción. Este tipo de crédito se orienta hacia objetivos cuya elencación sería muy amplia. Así puede dirigirse hacia la construcción de caminos, pozos, creación de estructuras industriales dentro de la empresa agraria, cons-

trucciones para vivienda o para la producción, reforestación, irrigación, plantas procesadoras, y en general cualquier tipo de actividad que permita modernizar la empresa.

Por lo general, aún cuando no es la regla, pues también se otorgan a sujetos individualmente, los beneficiarios de este tipo de crédito son las cooperativas, las uniones campesinas, las asociaciones o cámaras de agricultores de zonas determinadas, pues es en grupo como se impulsa este tipo de obras.

A los sujetos individualmente no se les ha motivado para el uso de este tipo de crédito en América Latina, aun cuando en los países desarrollados es de la máxima importancia, por lo que debería prestársele mayor atención, sobre todo en aquellos países donde se ha dado el salto cualitativo de la reforma agraria hacia el desarrollo agrario. Es realmente muy importante porque el aumento de la producción se da en la medida en que las empresas estén más modernizadas y se asuma una tecnología acorde con el desarrollo.

Los plazos y los intereses son muy variables por las particularidades mismas de los casos que puedan originarse a través de este crédito, e incluso esto sucede también con las garantías que en la mayoría de los casos son de carácter personal.

d) El crédito de ejercicio tiene como fin proveer a la empresa del capital de ejercicio necesario en dos diferentes formas: a) con capital de anticipación para la adquisición de bienes circulantes que serán integrados en la explotación, y b) con capital necesario para la adquisición de bienes duraderos (máquinas, instrumentos de labranza, ganado, etc.) de los cuales necesita la explotación para su adecuado funcionamiento. En el primero de los casos se encuentran presentes los préstamos de dotación, y en el segundo los de conducción. En concreto este crédito se encuentra directamente referido al ejercicio normal de la empresa, o dicho de otra forma, dirigido a las operaciones de ejercicio de ella.

El destino del crédito por lo general va a la conducción de la empresa y a la utilización, manipulación y transformación de los productos, así como para la adquisición de todo tipo de animales, máquinas y utensilios agrícolas. Cuando va dirigido a favor de entes o asociaciones agrarias puede ser utilizado para la adquisición de cosas útiles a la gestión de las empresas por los socios o bien para anticipaciones a los socios en caso de utilización, transformación y venta de sus productos.

Se trata de una dimensión superior, y de mayor profundidad, que el crédito otorgado para la modernización de las empresas, pero tanto en la duración como en los intereses y las garantías se deben asemejar, en cuanto se establecen conforme al tipo de actividad de que se trate.

En algunos países, como es el caso de Italia, este tipo de crédito opera mediante el descuento de letras de cambio agrario. Si se trata de un préstamo para la conducción las leyes por lo general otorgan un privilegio que recae sobre los frutos pendientes y sobre los recogidos en el año de la exigencia del préstamo, y en caso de cosecha insuficiente el privilegio se transfiere sobre los frutos sucesivos si el deudor continúa cultivando el fundo. El crédito de dotación va a tener como privilegio legal los animales, máquinas o cualquier otro tipo de bienes sobre el cual fue otorgado.

e) El crédito para la producción es el que ha cobrado mayor relevancia, sobre todo en aquellos países no desarrollados donde el Estado tiene un notable interés en el aumento de la producción. Se parte del principio de que la empresa agraria se encuentra debidamente configurada, sea que el titular de ella es también propietario del fundo sobre el cual descansa o bien porque éste forma parte de la explotación por haberlo introducido el empresario en virtud de otra causa jurídica como podría ser el arrendamiento, el usufructo, el préstamo, o cualquier otro tipo distinto de la propiedad. Lo importante es que organizados adecuadamente los bienes de la producción por el empresario, el ente crediticio otorga el monto necesario para la siembra, gastos de cultivo tales como pago de trabajadores o uso de yerbicidas o fungicidas, y en general todos los gastos hasta la obtención del producto. El destino, entonces, es muy específico, de ahí que se entiende incumplido su fin si el préstamo es utilizado en otra actividad o si no se utiliza en el momento y en el monto acordado en el contrato de préstamo con el productor agrícola.

El préstamo para la producción entraña toda una filosofía novedosa en cuanto el ente crediticio también se obliga a colaborar estrecha y directamente con el productor, brindándole la asistencia técnica y tecnológica necesaria que le permita, además de cumplir adecuadamente con su obligación de pago y aumentar la producción, adquirir un nivel cultural y profesional más apto para comprender técnicamente el fenómeno de la producción. Se suele afirmar la existencia de un crédito supervisado donde el acreedor debe cumplir también con una serie de obligaciones contractuales, impuestas por un desarrollo y una evolución de la política agraria.

El productor o empresario en este tipo de crédito garantiza el reembolso fundamentalmente con su capacidad empresarial, por lo que la garantía asume dimensiones totalmente distintas de las que tiene en los otros créditos, sobre todo porque resulta evidente el pago con la producción misma, el cual se verificará en un período corto: por lo general después de la recolección y venta de la cosecha, y donde los intereses aun con cierto apoyo estatal, son relativamente inferiores a los de mercado.

Ciertamente la prenda agraria es el medio de garantía que más se ha utilizado para este tipo de crédito, en cuanto la cosecha, como bien futuro e incierto, es susceptible de pignoración. Sin embargo, por la im-

portancia que tiene este crédito, el Derecho agrario ha comenzado a concebir otros tipos de garantía, complementarios o sustitutivos, en cuanto que la prenda puede acarrear serios problemas al productor cuando la cosecha, por razones no imputables a él, no llegue a existir, caso en el cual ante el incumplimiento de presentación del bien a que los Tribunales de Justicia lo prevendrán, es posible, como se ha dado en muchos casos, que se dicte orden de apremio corporal contra el empresario, pues con esa sanción preven los ordenamientos jurídicos la no presentación del bien pignorado. Es por ésto que se ha iniciado un interesante trabajo legislativo y doctrinario en este tema.

f) Permanentemente están apareciendo nuevas formas crediticias vinculadas a la agricultura. El caso más reciente se refiere al crédito para las actividades conexas a la producción agraria, es decir aquellas de transformación, industrialización, enajenación o comercialización de productos agrícolas cuando son verificadas por el mismo empresario agrícola. No son actividades propias del giro normal del productor pero por su vinculación con la actividad principal el derecho agrario las incluye, y tiende a tutelarlas en la misma forma que lo hace con la principal.

Este tipo de crédito tiende sobre todo a relacionarse con el desarrollo empresarial vinculado, a un nivel superior, con la agroindustria y con la comercialización, de ahí que genera necesariamente una agricultura más moderna, ligada con la industria —sobre todo a través de los contratos agroindustriales— y con el comercio a gran escala, con el objeto de colaborar con la difusión y fortalecimiento de la integración vertical en agricultura.

En la incipiente estructuración que se viene realizando de estos nuevos tipos crediticios, los elementos tienden a configurarse principalmente hacia un crédito tradicional, explicable por la novedad de la materia. Sin embargo se inician estudios tendientes a adaptar adecuadamente este crédito con importantes variantes en los elementos que permitan un pronto desarrollo a corto plazo.

4.—Necesidad de establecer distintos tipos de garantías para los diferentes créditos.

Parece quedar claro, del análisis de los distintos tipos de crédito agrario presentes en los diferentes ordenamientos jurídicos, que la variación en la forma de estructurar y concebir sus elementos es toda una realidad. Pero es en el caso de la garantía donde se percibe una clara necesidad de replantear adecuadamente el tema crediticio agrario. En efecto, no sólo debe pensarse en garantías idóneas para cada tipo sino, también, en garantías apoyadas en conceptos acordes con la materia de que se trata y no imbuida de criterios civiles o comerciales distintos de los exigidos por el Derecho agrario.

Esta necesidad se evidencia al constatar cómo la doctrina tradicional ha cimentado todo el planteamiento de la garantía en las llamadas garantías reales y personales, limitadas única y exclusivamente al pagaré, la prenda y la hipoteca. Estas formas varían según se trate de créditos de poca monta, para los cuales se recurre a la garantía personal, y para los demás casos se usa la prenda o la hipoteca según que el bien sobre el cual recae la obligación sea mueble o inmueble. Estos criterios pueden ser ampliamente criticados con solo determinar las dificultades que presentan en la realidad. Respecto del personal, y salvo que se trate de un agricultor muy solvente, caso en el cual no es necesario ese tipo de crédito, los campesinos por lo general deben recurrir a terceras personas para que se comprometan como fiadores a cumplir en caso de que el deudor incumpla; naturalmente esto trae como consecuencia una negación indirecta del crédito pues las limitaciones económicas, culturales y sociales del agricultor de escasos recursos le imposibilitan, por lo general, tener personas cercanas dispuestas a asumir estos riesgos por ellos, de donde resulta muchas veces carente de sentido la exigencia pues a lo sumo él podría ofrecer un garante de sus mismas condiciones. En cuanto a la garantía real, tanto la proveniente de la hipoteca como de la prenda, trae implícita la obligación del deudor de dejar fuera de la circulación el bien gravado. En la hipoteca puede incluso llegar el deudor a perder el bien por su incumplimiento, con lo cual se comienza a crear un enorme problema económico-social, generado en primer lugar por dejarse al empresario sin el bien de producción necesario para su subsistencia y la de su familia; disminuye la producción, y por otra parte el ente crediticio comienza a adjudicarse judicialmente cantidad de tierras cuya explotación no está en posibilidad de verificar. Con la prenda sucede lo mismo que con la hipoteca, pero agravado con el problema de que en caso de no presentación del bien pignorado, muchas veces constituido por la cosecha futura destruida por las inclemencias del tiempo, los Tribunales de Justicia ordenan sanciones como el apremio corporal, poniendo en peligro la libertad misma del deudor, por la no presentación del bien, de imposibilidad evidente.

Conviene, entonces, pensar en diferentes tipos de garantías según se trate de uno u otro crédito, ajustando la definición por uno u otro según las exigencias propias de cada ordenamiento jurídico, y conforme a las particularidades propias de la zona y de los sujetos a quienes el crédito va dirigido.

Una interesante institución que debe estudiarse para el Derecho agrario latinoamericano, que ha dado interesantes resultados en otras latitudes, es la letra de cambio agraria. En la mayoría de los tipos de crédito se podría utilizar otorgándolos a través del descuento de este tipo de títulos valores, por el cual con su expedición se asume una promesa de pago con ciertas particularidades, dentro de las cuales se pueden introducir el fin mismo del préstamo, el fundo para el cual el préstamo es concedido o el lugar en el cual se encuentren depositados los productos a

utilizar, conservar, o en los cuales serán custodiados los animales, máquinas o instrumentos para la producción adquiridos, así como los privilegios de los cuales el préstamo puede estar asistido. No se trata de la letra de cambio comercial, cuyo efecto primordial es ser título ejecutivo, sino, más bien de un documento no completamente idóneo para la circulación, que sería el presupuesto de aplicación de la disciplina de los títulos de crédito, para asumir el carácter de título impropio. Sin embargo, sí contiene otras características importantes como es la literalidad y abstracción. La relación fundamental no significa que el deudor cambiario esté vinculado al cumplimiento de las obligaciones resultantes del préstamo agrario ni produce como consecuencia la posibilidad ilimitada de excepciones del tercer poseedor del título.

La letra de cambio agraria se ha utilizado con gran éxito en el crédito para la modernización de las empresas y en el crédito de ejercicio. Esto tiene su lógica pues en ambos resulta difícil determinar si conviene más una garantía real o personal, de donde resulta importante analizar y profundizar el argumento, sobre todo en América Latina donde estos tipos de crédito no han alcanzado un desarrollo importante ni jurídica ni económicamente.

También debe destacarse que frente a los problemas propios de las garantías reales y personales en el crédito otorgado para la producción, se ha iniciado la difusión de leyes, reglamentos y acuerdos dentro de las empresas aseguradoras, principalmente de carácter público, del seguro de cosechas, o como también se le denomina seguro agrocrediticio.

Este tipo de seguro busca ser una garantía paralela o alternativa de los créditos otorgados para la producción, para sustituir el pago o la eventual ejecución judicial por incumplimiento frente a la inexistencia de la cosecha por haber acaecido algún tipo de desastre natural, no imputable al productor-deudor, absolutamente imprevisible e incierto como pueden ser los factores naturales directamente vinculados con la agricultura, y a riesgo del empresario agrícola por la inseguridad que ella entraña, tal es el caso de exceso de humedad, inundaciones, sequías, plagas y enfermedades, huracanes, tormentas, y en general cualquier otro tipo de desastre ecológico cuyos efectos sobre la producción impliquen necesariamente la destrucción total o parcial de aquel bien futuro e incierto: la cosecha, con el cual se pretende satisfacer la amortización del crédito concedido para la producción.

La finalidad de este tipo de seguro consiste en que el productor, como forma de soslayar el riesgo de la agricultura, lo asume para protegerse a través de la empresa aseguradora y de que sea ésta, y no él, quien satisfaga el pago de la obligación en caso de incumplimiento por situaciones naturales no imputables a su actividad.

Si bien esta posibilidad se ofrece como un derecho para el productor, también reviste un carácter obligacional, en cuanto algunos entes crediticios exigen a sus deudores a suscribir una póliza de esta naturaleza como forma de garantizarse doblemente el pago de la obligación contraída.

Puede ser paralelo a otra garantía el seguro agrocrediticio cuando en el contrato de prenda se establece la obligación del deudor de suscribir una póliza de seguro de cosechas para el caso en el cual, frente a un desastre natural, el ente asegurador sustituya con dinero efectivo la cosecha desaparecida total o parcialmente frente al siniestro. Pero también puede ser alternativa como garantía cuando, en vez de establecerse una de carácter real o personal, el ente acreedor confíe en la seriedad del empresario, como producto de un trabajo organizado y serio, y sólo establece la obligación en el contrato de crédito de asumir un seguro agrocrediticio para el caso en el cual la cosecha pereciere total o parcialmente por la influencia de las variaciones naturales mencionadas.

Este tipo de garantía es el producto de una política agraria que pretende impregnar en la producción rasgos característicos de solidaridad entre productores, de tal suerte que ante el siniestro de una zona o un producto específico, otras zonas o bien otros productos, con las primas pagadas al ente asegurador, equilibren el desastre y eviten la quiebra de empresarios agrícolas, en lo particular, o el desaliento productivo en relación con zonas o cultivos determinados, en un ámbito nacional, por lo que implica necesariamente un planteamiento económico social merecedor de elogio por la búsqueda de equidad y justicia.

Lamentablemente, en especial por considerar que se trata de un problema estrictamente económico financiero, y no político y jurídico, las experiencias en América Latina del tema no han alcanzado el éxito merecido, pese al apoyo de instituciones nacionales e internacionales, lo que obliga a redoblar esfuerzos, sobre todo con un apoyo estatal decidido —no comercial, sino con un planteamiento de claridad conceptual en lo que este tipo de seguro implica— como única alternativa para solidificar una nueva garantía que parece corresponder en forma eficiente, lógica y coherente, con el crédito para la producción. Esto es así pues aun en casos de desastre natural para zonas amplias, o cultivos específicos, el Estado debe acudir al apoyo solidario de los productores, independientemente de si tienen seguro o no, pues es un importante sector de la producción el que está en peligro, de ahí que tiene lógica que el Estado mismo encuentre solidaridad para esos desastres entre todos los productores, lo que implica, a primera vista, todo un atractivo su institucionalización.

5.—*Importancia de impulsar el crédito agrario sobre la base de las modernas concepciones del derecho agrario.*

Solo adquiriendo conciencia de los diferentes tipos de crédito aparecidos dentro del agrario, y en especial por la presencia de interesan-

tes matices encontrados en los elementos del crédito para la agricultura en todos y cada uno de sus tipos, muy especialmente en cuanto a la configuración de específicas garantías concebidas para ellos, es que resulta evidente la urgencia e importancia de iniciar el impulso en cualquier tipo de crédito agrario que los ordenamientos jurídicos intenten adoptar o modernizar partiendo de bases sólidas, y simentadas en las más modernas concepciones del Derecho agrario.

En efecto, si se acepta que el agrario es un crédito distinto al comercial o a los aparecidos en los últimos tiempos, debe aceptarse la importancia de variar radicalmente no solo el fundamento y los conceptos sobre los cuales se ha estructurado sino, principalmente, replantear el derecho en el cual se ha forjado. Reviste gran importancia, entonces, la distinción de los conceptos fundamentales de esta nueva rama jurídica, principalmente no reduciendo el tema al aspecto propietario, sino yendo más profundamente a apreciar el nacimiento y estructuración de la explotación agraria, como conjunto organizado de bienes destinados a la producción, base y objeto fundamental de la empresa agraria, cuyo titular es un empresario que ha organizado esos bienes—independientemente si lo están bajo un régimen de propiedad o en razón de otra causa jurídica—donde la solvencia del deudor está precisamente en la dinamicidad introducida en la explotación con su trabajo profesional, de ahí que en el crédito deben concluir todos los avances dogmáticos impulsados en los últimos años como forma de replantear modernamente el tema e impulsar este tipo de actividad económica.

En esta forma, y solo así, podrá abandonarse el concepto, tan civil y comercial, de entender el contrato de crédito como un negocio jurídico en que las partes actúan en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, y donde el deudor se obliga irrestrictamente para garantizar el acreedor el pago del monto dado en préstamo junto con sus intereses en el tiempo pactado. Por el contrario, debe entenderse a éste como un contrato agrario necesario para el adecuado ejercicio de la empresa donde se hace urgente y evidente la intervención pública en la agricultura, no solo administrando, reformando y desarrollando, sino principalmente programando y planificando todo el sector agrícola para lograr una economía más sólida y desarrollada.

El crédito agrario por consiguiente, al ser un instituto típico del Derecho agrario, debe asumir institucionalmente sus conceptos fundamentales, y no otros, como única alternativa para reafirmarse dogmáticamente y cumplir adecuadamente los fines y objetivos para los cuales se ha creado, especialmente dando un apoyo económico y social al empresario agrícola, con el cual sus relaciones y actividades dentro de la Sociedad tengan una dimensión más humana y justa.

EL ARBITRAJE PRIVADO EN LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Profesor de Derecho Laboral
Universidad de Costa Rica

No entraremos en detalle sobre la figura del arbitraje pues, no es el caso pero, sí haremos un comentario de orden conceptual, sobre la figura jurídica en estudio.

Haremos un breve comentario sobre los distintos vocablos que se usan en esta materia, siguiendo para ello, sustancialmente a Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil: Editorial Porrúa, S. A., Tercera Edición, páginas 91 y 92.

"*Arbitraje*: La acción y facultad de arbitrar, y el juicio arbitral".

"*Arbitrar*: Juzgar, fallar, determinar, como árbitro o arbitrador; o proceder el Juez según su leal saber y entender".

"*Arbitrio*: El juicio o sentencia del Juez árbitro, en oposición al juicio o sentencia del arbitrador, que se llama arbitramento".

"*Arbitrio judicial*: Es la facultad de que gozan los jueces y magistrados para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas, y también la de fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia sin atenerse al rigor del derecho escrito".

"*Arbitro*: La persona que, sin ser funcionario judicial, conoce un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre él. También puede ser árbitros los jueces en algunas legislaciones, pero entonces obran como particulares y no como jueces. Los árbitros celebran, según Carnelutti, un contrato de locatio operis y no de locatio operarum. Se obligan a realizar una obra y no a prestar un servicio que los mantenga en la dependencia de la otra parte contratante. (Sistema II, 371). Este contrato debe distinguirse del compromiso arbitral que los interesados celebren, y al cual permanecen extraños los árbitros. El contrato de éstos se contiene en la aceptación que hacen del cargo de árbitros. En el compromiso se les da poder judicial para realizar su cometido..."

"*Arbitro de derecho*: El que debe fallar de acuerdo con la ley".

"*Arbitros libres*: En el Derecho italiano se entiende por tales, a los que están facultados para pronunciar laudos, no están sujetos a la homologación del Juez ordinario, y pueden fallar en conciencia. Según Carnelutti sólo pueden actuar cuando hay conflicto de intereses, pero no de derechos. Los laudos que pronuncian se denominan laudos libres o irriuarios".

Nuestros diccionarios de la lengua española, por ejemplo el pequeño Larousse ilustrado (Ramón García-Pelayo y Gross, Ediciones Larousse, octava edición, página 86), dice sobre el término: "*Arbitraje*: Acción o facultad de arbitrar. Arreglo de un litigio por un árbitro y sentencia así dictada. (Sinón, Conciliación, compromiso, mediación, V. tb. juicio)..."

"*Arbitro*: Persona escogida por un Tribunal para decidir una diferencia..."

"*Arbitrio*: Facultad que tiene la voluntad de elegir o determinarse: libre arbitrio... Juicio del Juez árbitro".

Nuestro Código de Procedimientos Civiles,⁽¹⁾ contiene todo un título V, sobre el Juicio Arbitral, el que se compone de tres capítulos: el I.—Sobre disposiciones generales (página 90); el II.—Sobre el Juicio de Arbitros Juris (página 95); y el III.—Sobre el Juicio de Arbitros-arbitradores.

El Código de Procedimientos Civiles, en su articulado sobre el juicio arbitral (artículos 395 al 424, ambos inclusive), es bastante claro, en conceptos y figuras jurídicas, muy usadas en el tema en análisis; así vemos, que comienza diciendo lo que es el Juicio Arbitral, en los siguientes términos:

"Toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia compulsiva de árbitros, arbitradores o de árbitros juris, aún cuando penda entre los mismos litigio judicial... Toda cuestión o diferencia entre particulares respecto a la estimación de alguna cosa o la ejecución de cualquier obra sobre puntos técnicos profesionales (artículo 395, transcrito en lo conducente).

Establece dicho Código, que los árbitros pueden ser nombrados por las partes, o por los Tribunales, que el árbitro juris nombrado por las partes debe reunir los requisitos que señala la ley para ser Alcalde o Juez, según la cuantía del asunto; que para ser árbitro nombrado por las partes, no se requiere condición especial alguna; que el Juez si las partes no hicieron el nombramiento pertinente del árbitro, el Juez lo hará procurando que recaiga en persona honorable, apta para el desempeño del cargo, y hasta donde sea posible, sin nexos con los litigantes (artículo 396). Por su parte, los artículos 398 y 399, dejan, claramente señalado, qué es el Compromiso Arbitral y la forma en que se puede éste estipular, que puede ser en escritura pública o en una exposición suscrita por los interesados.

(1) Ley número cincuenta de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y tres.

Para efectos de ampliar este punto del compromiso arbitral, podemos tomar, lo que interesa únicamente del artículo 399 del C.P.C., cuando se refiere a los requisitos del mismo. Indica entre otros, los que siguen:

Sea cual sea su forma no lleva timbres; la exposición debe ir autorizada con la firma de un abogado; exposición y enumeración de los hechos en que las partes estén de acuerdo con toda claridad y precisión; exposición y enumeración de los hechos en que las partes estén en desacuerdo expresando el motivo de disidencia; indicación exacta de las pretensiones de las partes y de sus puntos de discrepancia; determinación precisa de las cuestiones que se sometan a la decisión del Tribunal de Arbitraje... etcétera.

Luego el C.P.C., regula en detalle el Juicio de Arbitros Juris (artículos 405 a 417), así como el Juicio de Arbitros-Arbitradores (artículos 418 a 424). Todos estos son elementos de juicio muy importantes para los efectos de esta ponencia, sin embargo, no es mi deseo, ni es la oportunidad, para ahondar en aspectos que nuestra misma ley regula ya que, puedan ser utilizados en cualquier momento.

El Código de Trabajo señala como una de las soluciones a los conflictos colectivos de trabajo cinco formas de procedimientos de solución que por su orden son:⁽²⁾

- 1º—El Arreglo Directo;
- 2º—La Conciliación;
- 3º—El Arbitraje;
- 4º—El Procedimiento Especial para ciertos servicios públicos; y
- 5º—El Arbitraje Obligatorio para los Conflictos de Intereses en los Servicios Públicos en General.

Puede observarse que dentro de esas cinco posibilidades jurídicas de solución a los conflictos hay dos referencias al arbitraje.⁽³⁾

(2) Cada uno de estos procedimientos jurídicos de solución de conflictos colectivos además de tener sus propias regulaciones jurídicas en Costa Rica, podrían ser analizadas en la otra ponencia que acompaño a este encuentro sobre cuestiones jurídicas colectivas, denominada: "*El Tribunal de Conflictos*" presentada por el suscrito al Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado del 8 al 12 de marzo de 1982.

(3) Sobre el particular consúltese: "*El Proceso Colectivo Constitutivo de Trabajo en la Legislación Costarricense*", Prof. Lic. Abel Castro Hidalgo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 16 y siguientes.

Por su lado, la Doctrina también ha analizado este tema con mucha profundidad, y entonces podríamos consultar entre otros a los autores Mario L. Deveali;⁽⁴⁾ a Guillermo Caballenas;⁽⁵⁾ al Lic. Fernando Onfray;⁽⁶⁾ Mario de La Cueva;⁽⁷⁾ Eugenio Pérez Botija;⁽⁸⁾ Oficina Internacional del Trabajo en su Guía Práctica;⁽⁹⁾ Juan García Abellán⁽¹⁰⁾ etcétera.

EL ARBITRAJE COMO MEDIO PARA OBTENER SOLUCIONES LABORALES:

En Costa Rica, por lo general, sólo se ha usado el arbitraje, como mecanismo para la solución de los conflictos de orden económico-social, especialmente en el sector público y sujeto a los cánones tradicionales: 1º) Tribunal de Conciliación; y 2º) Tribunal de Arbitraje.

No obstante podemos citar a manera de ejemplo, dos casos en que, se ha acudido a este medio para solventar problemas laborales de orden colectivo: a) Caso de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S. A. en que las partes: SITET (Sindicato de Trabajadores Eléctricos y de Telecomunicaciones) y aquella empresa pública, aceptaron en principio, se integrara un Tribunal de Arbitraje, para resolver la problemática laboral producida por el despido del Secretario General del Sindicato en mención; Tribunal que se integraría con un representante de cada parte y un representante del Ministerio de Trabajo o del Colegio de Abogados y que funcionaría en forma privada e independiente del Poder Judicial y del Ministerio del Ramo. Por motivos que no es del caso mencionar no funcionó el Tribunal y el asunto cuestionado fue a parar a los Tribunales

- (4) "*Tratado de Derecho del Trabajo*", segunda edición actualizada y ampliada, Tomo V, Libro 14º, páginas 12 y siguientes, Editora La Ley S. A., Buenos Aires, Rep. Argentina.
- (5) "*Derecho de Conflictos Laborales*", Buenos Aires, Argentina, Bibliografía Omeba, páginas 488 y siguientes.
- (6) "*Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, página 13 y siguientes.
- (7) "*El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*", tomo 2º, editorial Porrúa S. A. Av. Rep. Argentina, 15 México, 1979, páginas 505 y siguientes.
- (8) "*Curso de Derecho del Trabajo*", 6ª edición, Editorial Tecnos S. A., Madrid-España, Valverde, 30 teléfono 2222037, páginas 295 y sig. (Tomo único).
- (9) "*Arbitraje de las Reclamaciones de los Trabajadores*", 1ª edición, 1978, Ginebra-Suiza.
- (10) "*Derecho de Conflictos Colectivos de Trabajo*", Estudios de Trabajo y Previsión; Instituto de Estudios Políticos; Madrid-España, 1969, a cargo de Manuel Alonso Orea, página 314 y siguientes.

Comunes Laborales. b) El otro caso, es el del conflicto de intereses del Banco Nacional de Costa Rica, situación en la cual, tanto SEBANA (Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica) como los perso-neros del Banco y el mismo Poder Ejecutivo suscribieron un compromiso arbitral de otorgar competencia a la Corte Suprema de Justicia para que actuara como Tribunal Arbitral y dictara el fallo (laudo) correspondiente.⁽¹¹⁾ Al presente la Corte Plena, está funcionando, para esta controversia laboral, como Tribunal Arbitral.

En otras oportunidades, tales como el conflicto laboral de la ANDE (Asociación Nacional de Educadores) con el Estado, ha intervenido, ya no como árbitro o Tribunal Arbitral sino como mediador⁽¹²⁾ la Curia Metropolitana, por conducto del actual señor Arzobispo y de los Obispos del país, Pérez Zeledón y Tilarán.

EL ARBITRAJE PRIVADO COMO SOLUCION FUERA DE LA EMPRESA Y CON INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO DE TRABAJO.

Nadie duda de la imparcialidad y honorabilidad de nuestros Tribunales de Justicia, así como el esfuerzo y dedicación del Ministerio del Ramo en la solución de los problemas o divergencias de naturaleza laboral pero, nada impide y antes bien, cualquier ayuda o colaboración que tuvieran de otros entes conformados bajo nuestro sistema de legalidad coadyuve en la búsqueda de soluciones adecuadas a la problemática social.

Con la participación de los entes arbitrales, evitaríamos la lentitud y formalismos de los Tribunales de Justicia y la improvisación y posible influencia política que, bajo determinadas circunstancias podrían darse, en la intervención del Ministerio del Trabajo. Al hacer esta afirmación, debemos de una vez dejar claramente dicho, que creemos en nuestros Tribunales y que tenemos plena fe y confianza en el Ministerio de Trabajo; sin embargo, su participación sería siempre destacada e importantísima en todo tipo de conflictos individuales y colectivos; jurídicos y de intereses pero no, en la interpretación de convenciones (contratos, conve-

- (11) Este compromiso arbitral, puevever se en la ley N° 6933 del 22 de noviembre de 1983, publicada en La Gaceta N° 22 del 1º de diciembre del mismo año.
- (12) "*Mediación*". Es el contrato de mediación aquel que tiene por objeto la facilitación de la conclusión de un negocio entre dos o más partes; es mediador quien pone en relación a dos o varias partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a alguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación ("*Instituciones de Derecho Privado*", Aurelio Candian, profesor titular de la Universidad de Milán, Tomo único, página 335, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana; Primera edición en español).

nios o contrataciones) de orden colectivo laboral. Es aquí, donde específicamente acutarán los Tribunales de Arbitraje o simplemente los árbitros de trabajo.

Conforme al anterior orden de ideas, debe buscarse la solución a las reclamaciones laborales fuera de la empresa y mediante un órgano imparcial ajeno a la misma, al que se le darían facultades para que resuelva definitivamente el asunto. Este organismo, es un ente completamente distinto a las llamadas "Juntas de Relaciones Laborales", que funcionan en Costa Rica toda vez que, las mismas, despliegan sus actividades dentro de la empresa y básicamente sobre aspectos directamente relacionados con el régimen disciplinario.

Debe quedar claro, que los Tribunales de Arbitraje sólo deben tener como meta el conocimiento y la resolución de los conflictos laborales relativas a la interpretación o aplicación de convenciones o contratos colectivos que vincula a las partes en conflicto. Se trata de que el Tribunal integrado por representantes de los trabajadores y de los empleadores en número igual y presidido por una persona independiente, o bien, compuesto por personas todas independientes y conocedoras de las relaciones de trabajo.⁽¹³⁾

La propuesta implica regulaciones jurídicas que obligan a las partes en las contrataciones colectivas a incluir en la convención respectiva disposiciones para el arbitraje de las reclamaciones relativas a interpretación o aplicación del contrato colectivo mismo, con indicación clara de cuál sistema en cuanto a integración del Tribunal, van a seguir, es decir si se trata del representativo tripartito o de un Tribunal con integración independiente.⁽¹⁴⁾

ARBITRAJE PRIVADO Y SU APLICACION PRACTICA:

El arbitraje puede ser facultativo y obligatorio, y ese es el sistema que existe actualmente en nuestro país para la resolución de los conflictos de trabajo en general. La propuesta conlleva, una idea diferente, y es que sean la misma Legislación Laboral la que establezca la obligación de las partes contratantes de, mediante la correspondiente cláusula en la convención colectiva de que se trate, obligarse a someter sus diferencias de interpretación o aplicación de esa convención laboral a la resolución de una Tribunal de Arbitraje Privado.

(13) "Derecho de Conflictos Colectivos de Trabajo" del autor Juan García Abeilan, quien cita a Alonso García en su obra "Derecho Procesal de Trabajo", tomo primero, Barcelona, 1963. Páginas 314 y 315 de la primera obra citada.

(14) "Arbitraje de las Reclamaciones de los Trabajadores", Guía Práctica O.I.T., página 9 y siguientes.

Ha sido sobre todo en América del Norte donde se ha sancionado por primera vez legislación sobre el arbitraje privado de las reclamaciones de trabajo; práctica que se inició al terminar la segunda guerra mundial. En los Estados Unidos en 1947 se modificó la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo de 1935, y se estableció un Organismo Federal de mediación y conciliación. Hoy día alrededor del 90% de los contratos colectivos más importantes de ese país, señala que las reclamaciones serán ajustadas por árbitros privados. En el Canadá, la Ley del Dominio sobre Relaciones de Trabajo e Investigación de los Conflictos Laborales, de 1948, que reemplazó a la legislación en vigor durante la segunda guerra, mantuvo la obligación de prescribir en los contratos colectivos métodos para resolver las reclamaciones.

En Nueva Zelanda, la Ley sobre Relaciones de Trabajo de 1973, señala y exige que todo contrato colectivo deberá contener una cláusula relativa a la solución definitiva sin interrupción del trabajo, de todo conflicto sobre derechos relativos a la interpretación o aplicación del contrato.

Situación similar, se ha dado en países en vías de desarrollo. En Ghana, la ley de 1965 sobre Relaciones entre Empleadores y Trabajadores, también obliga a las partes en los convenios colectivos a incluir una disposición para la solución definitiva y sin apelación, mediante el arbitraje o de otra forma, de todos los conflictos relativos a la interpretación del convenio laboral.

En Filipinas, el Código de Trabajo de 1974, contiene varias prescripciones sobre el arbitraje voluntario como procedimiento de solución de las reclamaciones.

En países tales como: Jamaica, Malasia, Panamá y Zambia, también se ha impuesto la obligación de establecer en los contratos colectivos procedimientos para el ajuste de las reclamaciones o conflictos, pero sin exigirse que terminen obligándose al arbitraje.⁽¹⁵⁾

ASPECTOS VARIOS SOBRE EL ARBITRAJE:

Los árbitros deben poseer una comprensión cabal de las relaciones entre empleadores y trabajadores. Deben conocer muy bien la conven-

(15) Sobre este tema, puede consultarse la Guía Práctica de la Oficina Internacional del Trabajo denominada "Arbitraje de las Reclamaciones de los Trabajadores", así como, también de la O.I.T. la Guía Práctica (Ginebra, 1974), denominada "La Conciliación en los Conflictos de Trabajo". Sobre todo en la primera, páginas 13, 14, 15 y 16, se señalan las fuentes legales de donde se tomaron las citas e ideas del texto de esta página.

ción colectiva cuestionada. Tener capacidad y formación para interpretar y aplicar contratos colectivos. Su integridad debe ser intachable y su actitud estrictamente profesional y desde luego, deben ser aceptados por las partes en conflicto.

Podrían existir listas de árbitros para estos efectos, como ya las existen en Costa Rica en cuanto a los conflictos colectivos y hasta podría seguirse para la integración de dichas listas, el mismo procedimiento que sigue la Corte Suprema de Justicia por conducto del Ministerio de Trabajo para conformar las listas de conciliadores y de árbitros.

Las costas, es decir el pago de los árbitros privados, lo propio es que se haga por iguales partes; cada parte paga una mitad. Esto implica que podría estudiarse la alternativa de que las dietas de los árbitros sean pagadas por el Estado.

Por último, sobre temas tales como: el compromiso arbitral y sus diferentes clases; el campo de apelación del arbitraje voluntario; el funcionamiento del árbitro, tribunal o junta arbitraria; los métodos de la selección de los árbitros; y el contenido de sus laudos o sentencias, aunque son efectos muy importantes habría que estudiarlos con mayor detenimiento.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TEORIA DE LA ACCION DE HANS WELZEL

Lic. Henry Issa El Khoury
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

1. Introducción
2. La "Intencionalidad de Sentido"
3. El Concepto de Acción
4. La Voluntad
5. La Acción Voluntaria
6. Acción y Teoría del Delito
7. Objeciones a la Inclusión del Dolo en el Tipo

1. Introducción

Reflexionar acerca de la acción no es tarea original del jurista. No obstante, dado el papel que juega el concepto dentro del campo del derecho, y sobre todo, dentro del derecho penal, la acción se convierte en un problema jurídico particular, y de especial relevancia si se parte de un derecho penal democrático-liberal, bajo cuyo imperio no se van a reprochar sino actos del hombre en sociedad.⁽¹⁾ De esta manera, un concepto de filosofía general ingresa como elemento primordial de análisis en el campo del derecho penal. Pero es, en esencia, un concepto prejurídico.

Lo anterior no debe llevar a pensar que creemos que es la norma la que define la acción. Esta es innegable; pero si el legislador lo que quiere castigar son acciones socialmente no deseadas, no puede inventar la conducta que va a penalizar, sino que la debe retomar de las conductas humanas reales, que producen resultados no deseados, y así describirla. De ahí que, si la base de la sanción es la posibilidad de reprocharle al sujeto una conducta, esa conducta, descrita por el legislador en la ley penal, debe ser real, no inventada; esto es, descrita con base en actuaciones reales del ser social.

2. La "Intencionalidad de Sentido"

Hans Welzel enuncia por primera vez los postulados fundamentales de su teoría en 1930, en Alemania, bajo el nombre de "intencionalidad de sentido", en 1940 expone de manera más elaborada su teoría, enfocando sobre todo la problemática del derecho penal alemán. Esta posición se si-

(1) El término acción resulta esencial para el derecho penal, ya que a partir del mismo se elabora la noción de delito. El delito es siempre acción. Acción sobre la que vamos a proponer una serie de predicados: el ser adecuado a una descripción señalada en la ley penal; el ser contradictoria con la pauta de deber ser propuesta en la norma y el serle reprochable al sujeto. (Delito es, por tanto, acción típica, antijurídica y culpable). Lo anterior nos indica que, previo a la búsqueda de los predicados que cualifican la acción que va a ser penada, la labor fundamental que se debe plantear un juez, en la averiguación de un hecho delictivo es, precisamente, saber si tal hecho resulta ser acción. Hoy no se discute que acción sea acción humana. Tampoco que tal acción sea voluntaria. Pero sí sobre el problema de la voluntad de la acción: para los finalistas el problema es claro: voluntad significa finalidad; para los causalistas —a causa de partir de una noción técnico-jurídica y no óptica de acción— si hay problema, porque voluntad es mera voluntariedad, esto es proceso desprovisto de fines.

gue, cada vez más afinada, en sus obras generales y en sus monografías. Ya cuando se publica *El nuevo sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, Welzel ha depurado su teoría, sobre todo en relación con la explicación de la culpa, uno de los blancos más apetecidos de la crítica.

3. El Concepto de Acción

Antes de explicar la teoría de Welzel, aclaremos con el autor que la suya es una teoría sobre la acción sin adjetivación alguna.⁽²⁾ Lógicamente, si el delito es acción del hombre, la teoría en comentario tendrá relevancia básica en la teoría del delito, pero no se agota en ella.

Aunque esta precisión pareciera ser obvia, nos parece, sin embargo, aclaradora ya que lo que tradicionalmente hemos observado como pugna entre causalismo y finalismo, va más allá de un mero enfrentamiento entre doctrinas opuestas, para evidenciar, más bien, una toma de posición ante categoría realistas o idealistas como método de enfrentamiento con la realidad.

¿Qué tiene que ver esto con el problema de la acción?

Es común observar que se señale que el problema de la acción no es importante para una teoría del delito, pues lo que interesa —en tal argumtntación— es solamente la definición legal de acción.

Si esto fuera así, estaríamos desconociendo la esencia misma del derecho, su base de regulador de actividades (acciones humanas en sociedad). Si partimos del fin mismo del derecho y del por qué de su coercitibilidad y, particularmente, de la naturaleza del Derecho Penal, sancionador por excelencia, tendremos que aceptar que las conductas castigales no son sino las humanas. Consecuencia obligada es que una definición de delito deberá montarse sobre un concepto de acción humana, en sentido óntico y no sobre una creación normativa (interpretación legislativa, por tanto) de lo que debe ser acción.

Si la acción que el legislador describe en los tipos es creación suya, sin ningún sustrato real de conductas humanas, el ser humano dejará de contar y estaremos haciendo cualquier otra cosa, pero no derecho penal.

(2) "La teoría de la acción se ocupa, en primer lugar, no de las acciones relevantes desde el punto de vista del derecho penal, sino que desarrolla el principio general de la estructura quiere decir su conducción a partir de fines mentalmente adelantados". WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, octubre-diciembre, 1968, p. 8.

Al contrario, lo que el Estado castiga —por medio del Derecho Penal— no son otra cosa que acciones reales producidas por seres humanos; acciones que lesionan bienes considerados como fundamentales para una sana convivencia en un tiempo histórico determinado. De otra manera, ¿cómo se podría, por creación legislativa, definirse la acción humana? Lo único que puede hacer el legislador es señalar cuáles acciones, de entre las humanas, serán reprochadas; o, dicho de manera más precisa, describir ejemplos de conductas del hombre, pues la única descripción que de una conducta humana se puede hacer, de manera verdadera, es la de la acción ya realizada, que siempre biográfica y por tanto, histórica.

Afirmar lo contrario nos obligaría a sustentarnos en categorías idealistas de enfrentamiento con el mundo de la realidad. Nótese que si partimos de cualquier posición idealista, tendríamos que sostener que el Derecho, al valorar las conductas humanas para someterlas a pena puede crear un concepto propio de lo que es conducta humana, crea un concepto jurídico propio acción, independiente y diferente (por ser parcial) del concepto óntico.

Sosteniendo la posición contraria, encontramos que los conceptos generales utilizados por el derecho, permanecen, al jugar como categorías jurídicas, inalterados en su esencia, como conceptos pre o meta jurídicos.

Véase entonces cómo el concepto de acción para el derecho penal no podrá ser otro que el concepto óntico de acción, ya que, como lo hemos dicho anteriormente, lo que el Estado le reprocha al sujeto no es otra cosa que su acción. Lo que el legislador señala es la posible conducta que, al ser conducta humana real, pueda ser reprochada.

4. La Voluntad

Dice Welzel: "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto humana acontecer 'final' y no solamente 'causal'".⁽³⁾

Tomando como punto de partida la frase anterior, nosotros diremos que la conducta humana es el resultado de un proceso psíquico complejo en el que interviene un aspecto fundamental: la voluntad. Pero un concepto como el de voluntad no es un concepto que explique por sí sola una función, esto es, no es un término "completo", sino un instrumento operatorio de definición que urge —por formar parte de un proceso— de otro aspecto, fundamental para poder ser definido: el conocimiento. Conocimiento y voluntad son componentes inseparables de un mismo proceso psíquico. Al respecto nos dice Olesa Muñido:

(3) WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 40.

"Tradicionalmente se ha sostenido la escolástica diferenciación, como entidades autónomas, del conocimiento y de la voluntad. Una y otra no pueden, sin embargo, ser disociadas, porque operan formando parte de un mismo proceso. Son propiedades —o facultades— distintas de una misma y única realidad: la psique humana... conocimiento y voluntad son componentes dinámicos que jalonan una sola línea resultante".(4)

La voluntad, por tanto, como un aspecto dinámico del proceso de pensamiento y actuación, necesita para operar la base conceptual que le otorga el conocimiento: cuando opera una voluntad es porque existe un conocimiento. Si hay un conocimiento puede ejercitarse una voluntad. Para el finalismo, la conducta humana tiene su soporte en la voluntad, pero en una voluntad que, dialécticamente juega junto con el conocimiento, es decir, la voluntad es voluntad de algo, hacia algo, para algo.

Esto requiere una precisión mayor, pues los causalistas definen la acción delictuosa como acción humana voluntaria. Por ejemplo Baumann señala: "...acción es conducta humana guiada por la voluntad".(5) La diferencia radica, entonces, en el contenido que demos al término voluntad. Aquí nuevamente entra a jugar el problema de la toma de posición frente al conocimiento. Las llamadas corrientes causalistas(6) separan del concepto de acción el contenido de voluntad del proceso causal externo. Se quedan, de esta manera los causalistas, con un concepto técnico-jurídico de acción, deíndida esta como un proceso causal externo en el que la voluntad será observada —por los más radicales— como una mera inervación muscular. (Este concepto es pulido más tarde y aparecen autores como el que citamos que hablan de guiado por la voluntad; sin embargo no le asignan fines a esta voluntad). Al no asignarle fines a la voluntad, esta, en palabras de Welzel, es ciega; no es vidente como debe ser toda acción humana.

(4) OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe, *Estructura de la infracción penal en el Código Español vigente*.

(5) BAUMANN, Jurgen, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1973.

(6) Cuando en el Siglo XIX las corrientes mecanicistas, que explicaban los fenómenos naturales, son trasladadas al ámbito del derecho y utilizadas para explicar problemas jurídicos, se produce un fenómeno epistemológico singular: ciencias que presentaban una visión causal explicativa para precisar fenómenos jurídicos. Las explicaciones que con este sistema posiblemente resultaban muy lógicas y operativas en las ciencias naturales, cuyo objeto de estudio, son precisamente los fenómenos naturales, son utilizadas en nuestro criterio erróneamente, para explicar problemas de índole muy diferente a la de los fenómenos naturales. Esto en el campo del derecho penal y, concretamente en el tema al que hoy nos referimos, produce un desgarramiento del concepto óntico y de acción. La acción que globalmente posee un contenido voluntario y una salida a la realidad por medio de la causalidad, es partida y utilizada sólo en su manifestación causal, perdiéndose su contenido voluntario.

Es ciega, precisamente porque la voluntad sin fines no es tal, sino mera voluntariedad, mera manifestación de energía canalizada que no ha sido pensada ni inteligentemente (en el sentido de proceso conocimiento-voluntad) ni dirigida hacia fines predeterminados.

Observen ustedes que si juzgamos una posición como la causalista, desde una teoría del conocimiento, encontramos una respuesta idealista porque implica la creación de un concepto propio de acción.

En el contexto en que aparecen las explicaciones causalistas al problema de la acción, y por causa de aceptar una acción quizá sí con voluntad, pero no son fines, la teoría —en nuestro criterio— se ha perdido en estériles laberintos tratando de encontrar una salida al problema de la responsabilidad cuando la línea causal no es diáfana. Si A dispara contra B, el problema de la responsabilidad del primero puede ser más o menos importante, pero no dará origen a ningún debate teórico; pero si la muerte es adelantada por la acción de C; o si la acción de C hace variar el resultado lesiones por lo de muerte, el asunto podría complicarse. Se intentan así teorías como la conditio sine qua non (todas las condiciones son equivalentes en la producción de un resultado) de la causalidad próxima, de la causalidad adecuada, etc. tratando de otorgar a los elementos que actúan como condiciones, en la realización de un resultado delictuoso, la categoría de causa más influyente, para efectos de detectar la responsabilidad y posible participación de los involucrados. Igualmente, aparecen explicaciones, como la de Rodríguez Devesa en donde se distinguen series causales, según actúen independientes o involucradas con otras para lograr en conjunto, retardar, adelantar o variar el resultado. Personalmente he llamado estériles a estos intentos porque no aportan ninguna salida —en nuestro criterio— al problema de la responsabilidad. Creemos que la teoría se debate dentro de un mismo círculo, casi como un mero ejercicio de lenguaje, simplemente por haber eliminado un componente "sine qua non" a la voluntad: la finalidad. Este es, entonces, el momento de explicar qué es el finalismo.

5. La acción voluntaria

El planteamiento de Hans Welzel es simple y claro, para quien acepta un concepto óntico de acción. Si acción es acción voluntaria, y voluntad supone finalidad, resulta fácilmente comprensible que la acción es actividad dirigida a un fin; por tanto, la acción penal, por ser acción, posee también finalidad. Esta declaración supone, por consiguiente, que el dolo va a ser trasladado de la culpabilidad, donde lo estudia la teoría clásica del delito, a la acción y, concretamente, a la acción típica. Luego veremos por qué.

Antes de ese análisis particular, sigamos observando la estructura general de la acción para la posición en análisis.

¿Qué significa que la acción sea acción final?

Hay una diferencia esencial entre la piedra que cae de un terreno empinado, como consecuencia del desmoronamiento de un terreno y la que lo hace al ser empujada por otro. Si en ambos casos, cae en la cabeza de quien duerme al pie de una colina, excepto que partamos de una conciencia animista de la naturaleza en un primer caso nadie ha empujado la piedra; al contrario, en el segundo ejemplo, si se constata que B la empujó, podríamos señalar lo siguiente: cuando un ser humano posee un conocimiento de la causalidad y puede prever las consecuencias de su conducta, puede, por tanto, orientar su acción, asignarle direcciones determinadas basándose en el conocimiento que del suceder de las cosas, es decir que la causalidad tiene. Así podríamos —en el caso de que sea B quien empuja la piedra que llega directo a la cabeza de A—, señalar varios aspectos: B sabe de la existencia de la piedra; de la posibilidad de moverla; conoce empíricamente el desenvolvimiento causal de ciertas leyes naturales básicas: por ley de gravedad, un objeto con peso específico tenderá a descender. Si además de estos conocimientos, sabe que A se encuentra al pie de la colina y quiere que la piedra caiga en su cabeza, será fácilmente constatable que se proponía como fin lesionar o matar. La diferencia entre ambos ejemplos estriba, entonces, en que la caída de la piedra producto de un aluvión, por ejemplo, no estaba dirigida, (la causalidad pura es ciega, dirá Welzel), en tanto que la conducta del segundo ejemplo puede ser reducida en elementos y observada en ella una voluntad operante. El mismo juego de ejemplos puede darse tomando como base no una conducta natural, como he hecho en el ejemplo primero, sino una conducta humana. Cuando la enfermera que debe poner una inyección al paciente, tomando el líquido del frasco Uno, lo hace cumpliendo con todos los detalles que le indica su preparación y mata al paciente, porque otra persona cambió el contenido del frasco Uno, la enfermera no realiza una conducta final de matar. La conducta finalista, en relación con la enfermera, consiste en la administración de una inyección al paciente. En la muerte ocurrida, podemos observar causalidad ciega. Teoricemos con base en los ejemplos dados:

El ser humano, cuando actúa de manera consciente, siempre anticipa el fin de su actuación. Esto significa que, antes de actuar, propone mentalmente el resultado o el objetivo de su actuación en el mundo causal. Cuando hoy ustedes salieron de su casa, trabajo o de donde fuera para venir a una conferencia, conocían la meta de esa conducta, antes de iniciarla. Salvando las diferencias de imaginación y creatividad, todos y cada uno de nosotros, de alguna manera fácil y real, previmos lo que ahora estamos haciendo. A esto lo llama la Teoría Finalista *Anticipación del fin*. Es el primer elemento de una acción finalista, que ocurre en la esfera del pensamiento del sujeto. Es la anticipación de los resultados que se propone realizar el sujeto. Esta anticipación estará seguida, siempre en la esfera del pensamiento, por la *Selección de los medios necesarios para realizar ese fin*.

Si el fin es ir a la Facultad de Derecho a oír la conferencia de penal, nos preguntamos, ¿cómo lo vamos a hacer? Cada uno, de acuerdo con las posibilidades reales tuvo que buscar el medio adecuado para lograr el fin. Igualmente en el caso del ejemplo de la piedra. Sin una selección de los medios adecuados para lograr el fin, la acción se convierte en una apuesta en juego de azar. (Si voy a la conferencia de penal y vivo en Alajuela el sentarme bajo un palo de mangos o poner en marcha el vehículo sin destino prefijado será el azar y no mi voluntad quien oriente la realización causal).

Así, en el ejemplo que estamos viendo, el sujeto se quedará bajo el palo de mangos hasta que se seque o, con el vehículo sin rumbo prefijado, llegará a cualquier lugar... Azar y finalidad son, entonces, en nuestro tema, conceptos opuestos. Igualmente sucede con la anticipación del fin, la selección de los medios, en el pensamiento, es realizada por el sujeto tomando como base de la experiencia causal real. Yo sé —si vivo en Alajuela— que no puedo tomar un bus de Atenas para ir a la conferencia de penal, que es en San José. Si mi enemigo duerme en la cumbre y no al pie de la colina, no será genial la idea de hacer rodar la piedra para matarlo...

Sucede que todo ser racional, que conoce de la causalidad y que actúa de manera voluntaria, conoce los límites de su previsión; conoce las circunstancias que rodean su actuación y puede tener clara conciencia de los aspectos que escapan en la dirección de su conducta. Cuando el enemigo de B duerme al pie de la colina y la piedra espera en la cumbre, B sabe, por sus conocimientos causales de la gravedad que al empujar la piedra rodará hasta el pie de la colina. Sabrá, de acuerdo con las características del terreno, que la piedra en su viaje gravitatorio puede desviarse a la izquierda, de acuerdo con la topografía de la zona. Así entonces, si quiere hacer rodar la piedra a la cabeza de su enemigo, tendrá que considerar efectos concomitantes tales como que la piedra pueda desviarse hacia la izquierda o hacia la derecha. Si, a su vez, sabe que a la izquierda está la casa de María y a la derecha duerme José, tendrá que prever, como efectos concomitantes de la acción, que la piedra caiga en uno u otro lado. Este es un punto importante, que ocurre también en la esfera del pensamiento del sujeto: *la consideración de los efectos concomitantes*, esto es, la toma en cuenta de las circunstancias que rodean la acción y que pueden influir para que se realicen fines no propuestos. En el caso de la enfermera: si el fin propuesto es inyectar al paciente, y el medio usado es una jeringa no desechable, con agujas no desechables, entra dentro de los efectos concomitantes la toma en consideración de que si no se esterilizan adecuadamente los instrumentos, podrá sobrevenir una infección o enfermedad infecciosa por descuido.

Dice Welzel: "Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El

fin representa sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios tiene que considerar los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda evitarlos. La voluntad de la acción dirigida a la realización del fin, se dirige aquí también, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de los mismos. . .".(7)

[Anticipación del fin, selección de los medios y consideración de los efectos concomitantes, son, en suma, las tres etapas de elaboración de la finalidad que ocurren dentro de la esfera del pensamiento, antes de la actuación para que esta sea verdaderamente voluntaria. No restará sino, poner en marcha la voluntad por medio de la causalidad, que será por tanto, una causalidad dirigida, conocida, con resultados esperados y previstos. Relacionado todo esto con el problema del delito, diremos que si el fin que el sujeto se ha propuesto es delictuoso, la acción que resulte será acción delictuosa; si el fin es penalmente irrelevante, pero para lograrlo seleccionó medios que son contemplados como delito por el ordenamiento penal, la acción realizada será delictuosa. Igualmente en relación con los efectos concomitantes: si para realizar un fin penalmente irrelevante, seleccionó medios que, aunque inocuos penalmente hablando, producirán efectos concomitantes lesivos para la norma penal, la acción devendrá delictuosa.]

Una vez prevista la acción en la esfera del pensamiento, el ser humano hace uso de sus conocimientos causales de la realidad y pone a funcionar todas las condiciones reales-causales necesarias para realizar el resultado (conocimiento empírico de las leyes físicas: gravedad, inercia, etc.).

Esta es, de una manera muy general, el funcionamiento de la acción voluntaria, entendiéndose esa voluntad como voluntad operante dirigida a fines propuestos.

6. Acción, Teoría del delito.

Hemos dicho al inicio que esta manera de concebir la acción tiene hondas repercusiones en la Teoría del Delito. Veamos:

(7) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

La teoría clásica del delito, al concebir la acción sin finalidad, observa la intención del sujeto en la culpabilidad. Esto tiene una doble consecuencia: a) por una parte, el estudio de la acción típica se convierte en un análisis meramente objetivo del tipo y en la consiguiente consideración de la tipicidad como un factor meramente objetivo, dentro de la definición del delito; b) por otra parte, la culpabilidad va a verse como continente de la intención, con la consiguiente confusión o, por lo menos, con la consiguiente mezcla de dos aspectos relativamente distintos: la intención y la reprochabilidad.

La teoría finalista, al concebir la acción en su concepto óntico, y al incluir, por consiguiente la finalidad dentro de la acción, necesariamente tiene que avocarse a estudiar el dolo (concebido como intención) dentro del campo de la acción —y concretamente dentro de la acción típica— y no en la culpabilidad, la cual deja de ser continente en donde se encuentra el dolo para ser solamente reprochabilidad. Dice al respecto Wilhelm Gallas: "Con la anticipación mental de las consecuencias de la acción se convierte el dolo en un elemento indispensable de la finalidad, y por ello en parte esencialmente necesaria, ya, del concepto de acción. La inclusión del dolo en este concepto, desde el punto de vista de la teoría final del acto, constituye pues, no sólo una de las soluciones posibles en la construcción del delito, sino además la consecuencia forzosa de la estructura ontológica del obrar, a la que el legislador también está vinculado".(8) Esta inclusión del dolo en la acción, hemos dicho, es la consecuencia más importante de la teoría finalista y el punto más fuerte de las críticas de sus adversarios.

Por eso considera en este momento conveniente detenerme en una precisión teórica que no debe perderse de vista en el análisis de la teoría de Welzel, la tipicidad de la acción significa que la conducta del sujeto resulta adecuada a una descripción legal (el sujeto actúa de manera relevante para el derecho penal desde que su conducta se adecúa en alguna de las descripciones penales). La descripción penal, el tipo, por tanto tiene necesariamente que poseer descritos los caracteres de la conducta que puede ser adecuada a su descripción, de la conducta adecuada. Este es un requisito necesario para poder establecer, en relación con el sujeto, un juicio de reprochabilidad. Tal descripción, por tanto, debe poseer los elementos que el legislador no quiere que se den en las conductas de los ciudadanos. El legislador describe, por eso, acciones. Describe, por ejemplo, la acción de matar; utiliza para ello el verbo o la forma verbal que considere más apropiada para describir acciones reales (no teóricas) de matar. Sin embargo un verbo es un elemento gramatical que señala acciones; tal señalamiento, por tanto, trasciende al mero ejercicio descrip-

(8) GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1959.

tivo. Dicho de otra manera, la descripción teórica de acciones reales debe poseer, por propia definición, todos los elementos que la acción contiene, hasta su misma intención. En la descripción del homicidio, por ejemplo, si se adecuó la conducta a la forma verbal "haber dado muerte", es porque se desplegó acción y por tanto hubo finalidad, intención. Así las cosas, esa finalidad, esa intención, que constituyen el contenido del término dolo, deben estar contenidas en el tipo, es lo que se llama dolo del tipo. Welzel nos los señala al decir: "...el tipo comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos o anímicos de la acción".⁽⁹⁾

Como aclaración de lo dicho, me parece conveniente recordar que cuando en 1906 Beling elabora la teoría del tipo penal, parte del concepto utilizado en ese momento, concepto de tipo que comprendía la totalidad de los elementos del delito. Con esta base, Beling elabora un concepto de tipo más restringido, diciendo que tipo es la mención de la acción delictuosa formulada por el derecho positivo. Esta elaboración convierte a la tipicidad en un elemento más de la definición del delito. Es preciso recordar, también, que en el momento que Beling presenta su teoría, existía en la doctrina una fuerte confusión en relación con los problemas de la antijuridicidad y de la culpabilidad; de ahí que en la de Beling haya querido tratar de acentuar la independencia del elemento tipicidad, de los otros elementos. Esta circunstancia fue la que dio origen a una interpretación muy estrecha de la teoría belingniana, interpretación que convirtió a la tipicidad en un estadio totalmente objetivo dentro de la definición del delito.

No obstante, esta interpretación se quiebra cuando en 1911 Fischer señala (descubre dice la doctrina) los elementos subjetivos del tipo. A partir de ese momento, será innegable la evidencia de que en la descripción penal, el legislador menciona aspectos que atienden directamente a enfocar la intencionalidad del sujeto activo. En tales casos, para que una acción humana particular pueda ser subsumible dentro de una descripción penal, debe de existir, en el sujeto que actúa, la intención descrita. Así por ejemplo, sólo existe delito de atentado (art. 302 CP) si el sujeto que fuerza o intima al funcionario público lo hace "...para imponerle un acto propio de sus funciones"; de lo contrario, si se prueba que la finalidad fue otra (al revés, constitucionalmente hablando: si no se prueba que la acción se realizó con esa finalidad) la acción, o se encuadra en otra descripción, de no ser posible, es una acción atípica, y por tanto irrelevante para el derecho penal.

Esta elaboración del elemento subjetivo de la descripción quiebra la objetividad de la misma, como lo ha concebido la teoría clásica del delito.

(9) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

La teoría finalista ha partido de un enfoque más amplio, en relación con la tipicidad de la acción: Al encontrarse el dolo en la acción típica (pues el sujeto activo actúa de manera relevante para el derecho penal cuando encuadra su conducta en la descripción) se hará necesario distinguir, dos partes en la tipicidad de la acción: la tipicidad objetiva o de tipo objetivo, que se presenta como la descripción de la conducta que el sujeto activo debe realizar para poder ser sometido a sanción. La otra fase está demarcada por la tipicidad subjetiva o tipo subjetivo, que subyace en toda descripción y que señala el dolo de la acción, la finalidad que todo acto típico supone. Queda de esta manera, enmarcado el dolo dentro de la acción típica. Por tanto nosotros podemos claramente, siguiendo los lineamientos de la teoría finalista, hablar de tipicidad dolosa o de tipicidad culposa. La culpabilidad cobrará el contenido que ya desde que se elabora la teoría normativa de la culpabilidad se enunciaba; es decir, tendrá como su contenido el juicio de reprochabilidad: se le reprochará al sujeto no haberse motivado, para actuar, en la norma, pudiendo haberlo hecho. De esta manera, se analizará en la culpabilidad el problema del conocimiento, que hace operar la voluntad que todo acto típico supone.

7. Objeciones a la inclusión del dolo en el tipo.

Hemos dicho que las objeciones fundamentales a la teoría de Hans Welzel se enfilan precisamente sobre el aspecto que recién hemos mencionado: la inclusión del dolo en la acción típica.

Un ejemplo de este tipo de críticas lo representa la posición de Helmut Mayer. Dice Mayer: "Supóngase el caso de un cazador que durante una cacería en vez de herir a una liebre, hiere al ojeador que está en un lugar donde él no sospechaba ni imaginaba encontrarlo... según la teoría finalista el cazador no ha realizado ninguna acción dolosa, es decir, ninguna acción cuya finalidad fuera herir a la víctima y, en consecuencia, no ha realizado ninguna acción.⁽¹⁰⁾ Este ejemplo, dice Mayer, citando a Schroder, es difícil de explicar al observador imparcial. A esta objeción Welzel responde que el ejemplo de Mayer es precisamente uno de los más útiles para evidenciar la acción finalista. Dice Welzel textualmente: "El cazador anticipa en mente el objetivo que quiere realizar (cazar la liebre), elige los medios necesarios para ello (municiones y escopeta) y se dispone a alcanzar el fin planeado (apunta y dispara). Este es un caso paradigmático de una acción finalista. Pero como el cazador no logra dirigir su acción (la supradeterminación finalista) al objetivo (la liebre), su acción final de matar queda reducida tan sólo a una ten-

(10) MAYER, citado por WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4, octubre-diciembre, 1968.

tativa. Evidentemente al ojeador, pues el cazador no había anticipado ese resultado ni había buscado los medios adecuados para lograrlo, ni lo había dirigido a ese fin". "No comprendo —dice Welzel— como puede ser 'difícil' explicar esto a un observador imparcial".⁽¹¹⁾

Para una mejor comprensión del asunto, puede ser importante observar la distinción entre finalidad, observada como voluntad dirigida a un fin (en este sentido puede tomarse como sinónimo de intención, en su acepción más cotidiana) y dolo de tipo. En el ejemplo que señala Mayer, el cazador realiza una acción final (intencional) en relación con la caza de la liebre y por tanto ha realizado una acción. Solo que esta acción no posee un dolo de tipo. Por eso señala Welzel que todo dolo de tipo es una voluntad finalista de acción pero no toda voluntad finalista de acción posee un dolo de tipo. Si se confunde —como hace Mayer en el ejemplo— entre dolo de tipo e intención o finalidad, se llegaría falsamente a decir que si no hay dolo de tipo no habrá acción.

Para una mejor comprensión del asunto, puede ser importante observar la distinción entre finalidad, observada como voluntad dirigida a un fin (en este sentido puede tomarse como sinónimo de intención, en su acepción más cotidiana) y dolo de tipo. En el ejemplo que señala Mayer, el cazador realiza una acción final (intencional) en relación con la caza de la liebre y por tanto ha realizado una acción. Solo que esta acción no posee un dolo de tipo. Por eso señala Welzel que todo dolo de tipo es una voluntad finalista de acción pero no toda voluntad finalista de acción posee un dolo de tipo. Si se confunde —como hace Mayer en el ejemplo— entre dolo de tipo e intención o finalidad, se llegaría falsamente a decir que si no hay dolo de tipo no habrá acción.

Esta idea, resulta muy clara observada a la luz de una frase de Welzel que señala que sólo son producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final. Por esto, en propias palabras del autor citado "no hay acciones finales en sí, o "en absoluto", sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización".⁽¹²⁾

Si observamos el caso de la enfermera que señalamos primeramente, o el caso del cazador que utiliza Mayer en su crítica, comprendemos en toda su extensión el alcance de estas ideas: la acción final de la

(11) WELZEL, Hans, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4, octubre-diciembre, 1968, pp. 7 y 8.

(12) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

enfermera es poner la inyección, no matar; la del cazador es cazar la liebre, no herir al ojeador. En ambos casos, las acciones de muerte y lesiones, respectivamente, no es que no sean acciones, sino que no son acciones típicas, en el entendido de que no poseen dolo de tipo. La voluntad operante no estaba contenida dentro de las acciones reales de matar o lesionar; había voluntades operantes de inyectar y de cazar, solamente; y en ese sentido ambas son acciones finales. Por ello, las acciones de la enfermera ni del cazador son adecuables a los respectivos tipos que señalan la muerte y las lesiones como conductas socialmente inadecuadas.

En las constantes y siempre renovadas polémicas que la cuestión de la neutralidad provoca, es fácil descubrir que muchas de las oposiciones y discrepancias provienen del empleo erróneo de términos y conceptos y de una defectuosa y no actualizada información.

Para aclarar el tema, y como paso previo a muchas y necesarias precisiones, se requiere comprender que el instituto de la neutralidad no tiene un sentido y un contenido igual en el Derecho Internacional Clásico, —en el que la guerra era, en principio, lícita y constituía una manifestación normal de la soberanía del Estado—, que después del Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) y del Pacto Briand-Kellog (1928), que condenó el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales y se fundó en la "renuncia a la guerra como instrumento de política internacional", y, en especial en el Derecho Internacional Contemporáneo, luego de que la Carta de las Naciones Unidas proscribió radicalmente el uso de la fuerza, salvo los casos exceptuados de manera expresa (Arts. 2.4; 42-50 y 51).

Pero la prohibición del uso de la fuerza por la Carta de las Naciones Unidas, la precisa enumeración y definición de los casos de agresión (Declaración sobre la Definición de Agresión, Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General) y la conceptualización de la guerra de agresión como un crimen internacional (por ejemplo en la Declaración de los Principios de Derecho Internacional, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas), no ha conseguido, en los hechos, poner fin a los conflictos armados internacionales, ni circunscribirlos únicamente a los casos en que es jurídicamente lícito el uso de la fuerza armada. Por eso, aunque en principio, parecería que en el nuevo Derecho Internacional no cabe la neutralidad, porque no se puede ser neutral entre el agresor y el agredido, entre el que usa legítimamente y el que utiliza ilícitamente la fuerza, —como con loable idealismo lo sostuvo bajo el régimen de la Sociedad de Naciones Nicolás Politis en su inolvidable libro "La Neutralité et la Paix"— la verdad es que después de 1945 se han dado y se dan multitud de conflictos bélicos internacionales que, en la realidad, han hecho posible la aplicación del instituto de neutralidad.

Por eso es que puede aceptarse integralmente la conclusión de Verdross, que después de analizar exhaustamente el régimen de la Carta de las Naciones Unidas, en especial la interpretación de los artículos 43 y 45, dice: "Aún cuando en San Francisco se quiso suprimir la institución de la neutralidad, este objetivo no encontró su expresión en la le-

tra de la Carta. Y puesto que, como consecuencia de la división de las grandes potencias, el Consejo de Seguridad no está ya siempre en condiciones de actuar, la neutralidad desde entonces ha vuelto a cobrar actualidad”.

—oOo—

Aunque la neutralidad de hoy, como consecuencia de la ilicitud de la guerra, y de la condena como crimen internacional de la agresión, no puede ser igual a la neutralidad de ayer, el concepto subsiste y encuentra aplicación actual. Naturalmente, en torno a un núcleo esencial e irreductible y teniendo en cuenta el actual condicionamiento conceptual que deriva de los nuevos principios del Derecho Internacional, el contenido y la forma de la neutralidad puede variar según los distintos casos y las diferentes circunstancias de cada situación. Es más, puede concebirse como posible en una región y en determinadas circunstancias y no serlo en otra zona o en otro momento. Puede, asimismo, ser una contribución muy importante a la paz y a la seguridad o puede carecer de toda significación.

Pero esta variabilidad en lo accesorio y en lo formal, no puede alterar la esencia del instituto que, limitado en sus posibilidades por el Derecho Internacional vigente, implica el reconocimiento de la posibilidad, en principio, de que un Estado se abstenga de intervenir en un conflicto bélico entre otros Estados, abstención que, en lo principal, supone el no brindar ayuda de tipo bélico ni intervenir militarmente a favor de ninguno de los beligerantes.

—oOo—

Hecha esta aclaración preliminar es necesario distinguir varias situaciones diferentes.

Inicialmente hay que darse cuenta de que una cosa es la posibilidad de un Estado de declararse neutral ante un conflicto bélico específico y concreto y otra muy distinta es la situación de un Estado que posee un estatuto de neutralidad general y permanente. El primer caso se ve muy reducido en sus posibilidades actuales de aplicación. Siendo la situación normal hasta el fin de la última guerra —ya que pese al pacto de la Sociedad de Naciones y al pacto Briand-Kellog la neutralidad jugó un importantísimo papel en la guerra de 1939-1945— que ante un conflicto bélico internacional los Estados que no eran partes en él se declararan neutrales (o eventualmente no beligerantes), es hoy de difícil ubicación. En efecto, si se trata de un conflicto internacional en que las Naciones Unidas han declarado quién es el agresor o si es un caso claro de legítima defensa individual o colectiva o de acción internacional, no cabe en principio, la declaración de neutralidad. Esta quedaría, en los

hechos, reducida a las situaciones dudosas o residuales, a los casos de doble agresión, de falta de calificación por las Naciones Unidas, o de imprecisa determinación. Aunque algunos de estos extremos se han dado en la práctica reciente, no hay duda de que la declaración formal de neutralidad ante un conflicto concreto y particular, es hoy una situación casi obsoleta, que prácticamente ha dejado de aplicarse, pero sin que ello implique, de manera alguna, afirmar la caducidad completa de todo el Derecho Internacional que regulaba lo relativo a los derechos y deberes de los neutrales que, por el contrario, permanece vigente.

En cambio el estatuto de neutralidad permanente de un Estado no se ha considerado, a priori, incompatible con la calidad de miembro de la Sociedad de Naciones ni de las Naciones Unidas, ni es extraño al Derecho Internacional de nuestros días. Los casos de Suiza en la Sociedad de Naciones y de Austria, Laos, Finlandia y Malta en las Naciones Unidas, —y hoy— fuera de las Naciones Unidas, —de Suiza y de la Ciudad del Vaticano—, son ampliamente conocidos y objeto de una abrumadora doctrina que los ha analizado en todos sus aspectos(*), son la mejor prueba de esta afirmación. De tal modo puede concluirse que hoy no se conceptúa incompatible el carácter de Estado Neutral, con carácter permanente y general, con las condiciones necesarias para ser miembro de las Naciones Unidas (“Estados amantes de la Paz”, art. 4.1), ni con el sistema de seguridad internacional, forma actual de la seguridad colectiva. Después de los definitivos y muy conocidos aportes doctrinarios de los autores que citamos sobre la cuestión, y de la práctica internacional vigente, nada nuevo cabe agregar.

Pero si esta situación es posible, es preciso tener en cuenta que, en su excepcionalidad, supone siempre la necesaria existencia de reales condicionamientos políticos y de precisas y concretas razones históricas y estratégicas, que explican y justifican esa expresión de la soberanía de un Estado que es la neutralidad, hecha en ciertos casos, en virtud de esos

(*) BONDUR: *Geschichte der schweizerischen Neutralität* (1946); CAILLÉ: *Le neutralité helvétique* (1947); KUNZ: *Austria's permanent neutrality*, A. J., 50 (1956) 418-425; KUNZ: *Krieoesrech und Neutralitätsrecht* (1950); VERDROSS: *Die inneruübrende Neutralität der Republik Oesterreich* (1958); VERDROSS: *Neutrality within the framework of the O.N.U.*, *Symbolae Versijl* (1958), 410-18; DEAK: *Neutrality* (1935); SULTAN: *L'evolution du concept de neutralité* (1938); WHITTON: *La neutralité et la Societé de Nations*, Rec. 17 (1927-II); GUGENHEIM: *Die schweizerische Neutralität aund Art. 16 der Völkerbundssatzung*, Z. ö R., VII (1926), 226; GUGENHEIM: *La securité collective et le problème de la neutralité*, Schw. J. I. R., II (1945), 9; JESSUP: *To-day and to-morrow, en Neutrality Its History, Economics and Law* (1936); LALIVE: *International organization and entuality*, Br., 24 (1947), 72; TAUBENFELD: *International actions and neutrality*, A. J. 47 (1933), 377; CHAUMONT: *La neutralité de l'Autriche et les N. U.*, A. F., I (1955), 151; CHAUMONT: *Nations Unes et Neutralité*, Rec., 89 (1956-I), 5; BINDSCHELER: *Die Neutralität im modernem VR.*, Z., 17 (1956), 1 sgg.

condicionantes y de esas razones cómo contribución a la paz y a la seguridad universal o regional.

—oOo—

Ahora bien, esta neutralidad permanece puede ser la expresión de una mera voluntad política, no impuesta por una norma jurídica, es decir, constituir la expresión de una política de neutralidad general que adopta un Estado (por ej. el caso de Suiza) o, por el contrario derivar de un estatuto jurídico de neutralidad. En este último caso ese estatuto puede basarse de un texto constitucional reconocido internacionalmente de manera expresa (caso de Austria, cuya neutralidad fue reconocida por las cuatro potencias signatarias del Tratado de Estado de 1955), de actos internacionales multilaterales como en Suiza (Declaración del Congreso de Viena del 20 de marzo de 1815 y artículo 435 del Tratado de Versailles) y Laos (Tratado del 23 de julio de 1962) o de un tratado bilateral, como Finlandia (Tratado soviético-finlandés), la Ciudad del Vaticano (Tratado de Letrán entre Italia y la Santa Sede), la República de San Marino (Tratado entre Italia y San Marino del 31 de marzo de 1938) y Malta (Tratado entre Italia y Malta de 1980). Cuando la neutralidad de un Estado deriva de una imposición externa, se habla de un Estado neutralizado, cuando es la expresión determinante de la voluntad soberana, de Estado Neutral. Asimismo es necesario distinguir la neutralidad permanente de un Estado, de la existencia de territorios o zonas neutralizadas (por ej. el Canal de Panamá como consecuencia del Tratado de 1977).

Cuando el estatuto de neutralidad emanante de un Estado deriva de un acto unilateral interno, ya sea de una disposición constitucional o de otra norma jurídica, ese acto unilateral produce —bajo ciertas condiciones y requisitos— efectos internacionales y genera derechos y obligaciones de ese Estado ante el Derecho Internacional y, a la vez, de los terceros Estados y de la Comunidad Internacional, hacia el Estado Neutral. De todos modos es necesario distinguir entre el establecimiento de la neutralidad —que puede derivar de un acto unilateral y soberano del Estado— y del reconocimiento o garantía internacional de esa neutralidad, elementos estos (el reconocimiento o la garantía) posibles, complementarios y deseables, pero no necesarios del Estatuto de Neutralidad permanente de un Estado.

—oOo—

Lo que interesa destacar es que las Naciones Unidas han conceptualizado, reiteradamente, que la neutralidad permanente de un Estado no es una situación o circunstancia incompatible con la calidad de miembro de las Naciones Unidas, ni inconciliable, —dado el actual condicionamiento del Consejo de Seguridad, la inexistencia de las condiciones a que se re-

fiere el art. 43.1 de la Carta y la posibilidad de que, en el caso de que estos convenios existieran eximieran a algunos Estados de las obligaciones generales (art. 45), como contribución de esos mismos Estados, por medio de su neutralidad, al objetivo esencial de mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 1.1)— con el sistema internacional vigente.

Por lo demás la neutralidad no supone desconocer el derecho soberano del Estado neutral a estar ideológicamente comprendido con una de las concepciones que se dan en nuestro mundo dividido.

La neutralidad del Estado implica, generalmente, la existencia de fuerzas armadas del Estado neutral capaces de defender el correspondiente estatuto de neutralidad, pero este extremo, existente pero discutible o inoperante en los hechos en muchos casos (Malta y Laos), no se da en otros (Ciudad del Vaticano y San Marino). Por eso una neutralidad desarmada no es incompatible con la esencia de la neutralidad permanente.

—oOo—

Ya hemos expresado que hoy se estima unánimemente que la neutralidad permanente no es incompatible, en las actuales circunstancias, con la calidad de miembro de las Naciones Unidas.

¿Pero, es conciliable la neutralidad permanente con la condición de parte en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca?

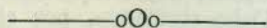
Hay que recordar que según la doctrina, un Estado neutral “está obligado a no tomar parte en las guerras de otros Estados y a no concertar en tiempo de paz vínculos que pudieran conducirle a la guerra o a hacerle imposible, en una guerra, el cumplimiento de las normas del derecho a la neutralidad. Debe abstenerse, por ejemplo, de todo tratado de alianza”.

Aplicado este concepto al Tratado de Río, es necesario comprender que este Tratado no es un tratado de alianza en sentido tradicional, sino tan solo una regulación jurídica de la legítima defensa colectiva y de la seguridad regional, por medio de un sistema subordinado y accesorio al de las Naciones Unidas (arts. 51, 52, 53 y 54 de la Carta de las Naciones Unidas y art. 5 del Tratado de Río). Pese a sus errores y peligros y a su obvio e interesado sentido político, no establece un sistema de alianza militar automática, que pueda conducir indudablemente a los Estados Partes a la guerra, en el supuesto de los artículos 3, 6 y 7, ya que para adoptar las medidas del artículo 8 (que pueden llegar al “empleo de la fuerza armada”), se requiere una decisión del órgano de consulta adoptada “por el voto de los dos tercios de los Estados

signatarios que hayan ratificado el "Tratado" (art. 17). Estas decisiones son obligatorias pero "ningún Estado estará obligado a emplear la fuerza armada sin su consentimiento" (art. 20).

La cuestión nunca se ha discutido a fondo hasta hoy y merece una seria consideración. Pero no hay duda de que no puede ligeramente eliminarse la posibilidad de que un Estado parte en el Tratado de Río tenga un estatuto de neutralidad permanente. Por lo demás, la neutralidad, cuyas características accesorias cambian y evolucionan, puede ser, en determinados momentos, en una región o subregión, una contribución esencial para la paz y la seguridad de la zona, una clave de importancia principal para devolver la tranquilidad y la confianza de los países del lugar en el Estado que declara su neutralidad, y aunque pueda parecer paradójico, garantizar mejor la seguridad y la defensa del Estado neutral.

Un país neutral no renuncia a la garantía internacional de su soberanía e integridad territorial. El hecho de que, por su pequeñez o sus limitaciones, no aporte fuerzas armadas o elementos bélicos a un efectivo conflicto externo, no significa que no tenga el derecho de solicitar y recibir el apoyo internacional en caso de una amenaza de uso de fuerza o de un ataque armado contra él. Hablar de responsabilidad e igualdad en estos casos es absurdo, porque el principio de la igualdad soberana de los Estados (art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas) significa que todos los Estados son soberanos y tienen igual derecho a la defensa y garantía de su soberanía y su integridad territorial y a su derecho a la libre determinación política, económica, social y cultural, pero no que deban estar sometidos a iguales cargas, exigencias y deberes. Por el contrario la desigualdad de hecho, reconocida por el Derecho Internacional, se traduce en la necesidad de una desigualdad de tratamiento —en función de la idea de justicia— para compensar la desigualdad de base e imponer la vigencia real del principio igualitario.



Los problemas que plantea la posible neutralidad permanente de un Estado latinoamericano, parte en el Tratado de Río, son muchos y difíciles.

Una iniciativa como la que se ha dado a conocer en Costa Rica, merece analizarse y discutirse en profundidad. Pero lo que no puede hacerse, por los elevados móviles que la inspiran y por su posible influencia benéfica para contribuir a la paz en una región azotada por la violencia y los conflictos, es descartarla, en base a algunas vagas ideas generales y en función de conceptos y de criterios, obsoletos o superados, no recogidos hoy ni por la doctrina ni por la práctica internacionales.

LAS DILIGENCIAS DE CONCILIACION EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE CARACTER ECONOMICO SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA

Dr. Bernardo Van Der Laet Echeverría

Profesor de Derecho Laboral
Universidad de Costa Rica

S U M A R I O

- A) Consecuencias de la presentación del pliego de peticiones
 - 1.—Protección a la parte promotora
 - 2.—Finalidad de la protección
 - ✓ 3.—Autorización para despedir
 - ✓ 4.—Procedimiento para pedir la autorización
 - ✓ 5.—Consecuencias de la violación de la prohibición de despedir sin autorización.
- B) El pliego de peticiones
 - 1.—Requisitos
 - 2.—Cuestiones relativas a la firma del pliego
 - 3.—Cuestiones relativas a la entrega del pliego
- C) El rechazo ad porta o ad initio de los conflictos colectivos
 - 1.—Por falta de formalidades
 - 2.—Por falta de requisitos de fondo
 - a) Si se formulan reivindicaciones de índole jurídica
 - b) Si se trata de conflictos individuales
 - 3.—Por estar vigentes instrumentos de negociación colectiva
 - a) Convenciones colectivas de trabajo
 - b) Arreglos directos
 - c) Arreglos conciliatorios
 - 4.—Debido a la situación financiera de la empresa
 - a) Empresas quebradas
 - b) Empresas recién fundadas
 - 5.—Otro tipo de causas
 - a) Si sólo se piden beneficios para el movimiento sindical

- b) Cuando se busca el reconocimiento de un sindicato como titular para negociar una convención colectiva
 - c) Cuando su planteamiento no ha sido el resultado de estudios serios y mesurados
- D) Duración de las diligencias de conciliación
 - E) Rebeldía de las partes
 - F) La audiencia de conciliación
 - G) Terminación de los procedimientos de conciliación
 - 1.—Por firma de un arreglo conciliatorio
 - a) Validez
 - b) Contenido del arreglo conciliatorio
 - c) Firma y trámite posteriores a la firma del arreglo conciliatorio
 - d) Vigencia del arreglo conciliatorio en caso de fusión o división de sociedades
 - 2.—Otras formas de finalización
 - a) Rebeldía de la parte afectada
 - b) Negativa a negociar de la parte afectada
 - c) Desistimiento
 - d) Cuando se firma compromiso de ir a arbitraje
 - 3.—Consecuencias de la finalización
 - H) Nulidades
 - 1.—Por falta de requisitos procesal ad initio
 - 2.—Por irregularidades y omisiones del Tribunal de Conciliación
 - 3.—Por irregularidades y omisiones en la conciliación propiamente dicha

- I) Recursos y Consulta

A) CONSECUENCIAS DE LA PRESENTACION DEL PLIEGO DE PETICIONES

1.—Protección de la parte promotora.

El artículo 502 del Código de Trabajo establece que desde el momento en que se entregue el pliego de peticiones a la autoridad competente las partes deben abstenerse de tomar represalias contra la otra o de impedirle el ejercicio de sus derechos; y sanciona la violación de esa prohibición con multa y arresto y además con la obligación de reparar inmediatamente el daño causado. Intimamente relacionado con el mencionado artículo está el 503 que dispone que a partir del mismo momento indicado toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez de Trabajo. El debate en la práctica se ha suscitado sobre los alcances de la protección que las indicadas normas otorgan sobre todo el caso en que el conflicto sea planteado por parte de los trabajadores... Los representantes de éstos han sostenido que la existencia de la prohibición de despedir trabajadores sin autorización del Juez y la disposición de que cuando se tomen represalias se deberá reparar inmediatamente el daño causado tiene como consecuencia práctica la nulidad del despido y consecuentemente procede la reinstalación del trabajador afectado en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos. Sin embargo, la tesis jurisprudencial ha sido muy diferente y de ella nos ocuparemos de inmediato.

2.—Finalidad de la Protección.

Reiteradamente el Tribunal Superior de Trabajo ha manifestado que "el objeto que persigue el artículo 503 del Código de la materia es evitar que por la vía del despido injustificado, se puede desintegrar el número porcentual de trabajadores que apoyan un conflicto..."⁽¹⁾

3.—Autorización para despedir.

Consecuentemente con lo anterior considera que procede la autorización cuando el patrono sufriría perjuicios de tener que mantener

(1) T. S. T. de San José, N° 431 de las 8.15 hrs. del 11 de febrero de 1977, en igual sentido del mismo Tribunal N° 2044 de 1972 la de 9.10 hrs. del 17 de febrero de 1978; N° 6189 de las 8.25 hrs. del 19 de octubre de 1981.

a su servicio determinados trabajadores.⁽²⁾ Ha precisado el Tribunal algunos de los casos en que cabe conceder la autorización así: a) cuando los trabajadores fueron contratados a plazo fijo y llegó la fecha de vencimiento;⁽³⁾ cuando fueron contratados para una obra específica y ésta ha llegado a su término;⁽⁴⁾ c) cuando el trabajador ha incurrido en una causal que faculte al patrono para dar por terminada la relación laboral con justificado motivo.⁽⁵⁾ El Tribunal, en casos muy calificados, como cuando se solicita autorización para despedir a un dirigente sindical ha exigido que la falta sea de tal gravedad que no le quede al Juez otra alternativa que conceder el permiso de separación⁽⁶⁾ pues no se puede ignorar la trascendencia social que ocasiona el despido de un trabajador durante el desarrollo de un conflicto colectivo, porque lejos de solucionar problemas de tipo laboral, lo que hace es crear nuevas complicaciones entre las partes, y mayor y más grave solución produce entonces, la gestión de despido que se produce en forma activa en el movimiento conflictivo.⁽⁷⁾

Se ha establecido (supra punto 3) que al requerir el Código que es necesario pedir autorización para despedir un trabajador una vez planteado el conflicto lo que se pretende es evitar maniobras que vengan a desarticular el movimiento promovido por los trabajadores y por eso ha sostenido el Tribunal que no se busca con ese procedimiento exonerar al patrono de las prestaciones laborales por el despido que gestiona⁽⁸⁾ por lo que "la resolución que autoriza un despido... no constituye en modo alguno cosa juzgada, toda vez que el trabajador puede llevar el caso a la vía ordinaria laboral donde se discutirá si la causal invocada es justa o no..."⁽⁹⁾

4.—Procedimiento para pedir la autorización.

Está claramente establecido que el procedimiento que se debe seguir para gestionar la autorización judicial de un despido durante la tramitación de conflicto colectivo de carácter económico social es la vía incidental⁽¹⁰⁾ y en él, "el juzgador debe exigir un principio de prueba, y

- (2) T. S. T. de San José, N° 298 de las 10.20 hrs. del 5 de abril de 1954.
- (3) T. S. T. de San José, N° 411 de las 8.13 hrs. del 11 de febrero de 1977.
- (4) Ibid.
- (5) Ibid.
- (6) T. S. T. de San José, N° 4376 de las 10 hrs. del 3 de noviembre de 1976.
- (7) Ibid.
- (8) T. S. T. de San José, N° 4376 de las 10 hrs. del 3 de noviembre de 1976.
- (9) Ibid.
- (10) T. S. T. de San José, N° 298 de las 10.20 hrs. del 5 de abril de 1954.

la misma ha de ser elemental, porque se trata de un incidente sencillo en que se da audiencia corta a la delegación obrera, y si hay inconformidad, puede recepcionarse sumariamente la prueba que fuere ofrecida por la gestionada con su inicial escrito y que fuere indispensable formarse un criterio primario de la intención patronal".⁽¹¹⁾

Finalmente se considera que la resolución que decide el incidente sobre despido de trabajadores durante la tramitación de un conflicto tiene recurso de apelación.⁽¹²⁾

5.—Consecuencias de la violación de la prohibición de despedir sin autorización.

Debemos señalar que el principio general es que cuando el patrono ha violado la prohibición de despedir un trabajador durante la tramitación de un conflicto colectivo o que ha tomado otro tipo de represalias, la única consecuencia que tiene para éste es la de que se le procesa en la vía penal laboral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 557 y siguientes del Código de Trabajo.⁽¹³⁾ Excepcionalmente, tratándose de algunas instituciones públicas en las que la ley expresamente lo contempla (por ejemplo régimen del Servicio Civil, Municipalidades) o empresas en que se haya firmado convenciones colectivas que reconozcan ese derecho, se ha concedido reinstalación en su puesto del trabajador que fue despedido sin autorización judicial⁽¹⁴⁾ pero la norma general establecida por el Tribunal es que en "Costa Rica no existe el sistema de reinstalación de trabajadores separados de su cargo".⁽¹⁵⁾

Podemos apreciar pues, que de la jurisprudencia referida y de la disposición de los artículos 502, y 503 del Código que los alcances que estas normas tienen, son bastante más limitadas de los que una primera lectura pareciera indicar y que en la práctica seguramente no resulten

(11) T. S. T. de San José, N° 4376 de las 10 hrs. del 3 de noviembre de 1976, en sentido similar, del mismo Tribunal la N° 4376 de las 10 hrs. del 3 de noviembre de 1976.

(12) T. S. T. de San José, N° 2139 de las 9.40 hrs. del 10 de agosto de 1973.

(13) La imposición de la multa establecida por el artículo 502 del C. de Trabajo sólo puede hacerse mediante el procedimiento previsto por los arts. 557 y siguientes de ese Código supuesto que aquella disposición castiga una falta contra las leyes de trabajo (art. 608 *ibídem*). T. S. T. de San José, N° 326 de las 14.05 hrs. del 4 de febrero de 1972; N° 4354 de las 15.10 hrs. del 23 de octubre de 1979; N° 3887 de las 8.25 hrs. del 9 de octubre de 1975; N° 302 de las 8.50 hrs. del 16 de enero de 1979.

(14) T. S. T. de San José, N° 1963 de las 16.25 hrs. del 8 de junio de 1977, en igual sentido la N° 1964 de las 16.30 hrs. del mismo día.

(15) *Ibid.*

equivalentes las sanciones penales a que puede verse sujeto el patrono que viole la prohibición frente a la incidencia que en el plano del trabajador tiene pérdida del puesto de trabajo y que encontremos por lo tanto, que no existen suficiente protección para éste durante los procedimientos de conflicto.

B) EL PLIEGO DE PETICIONES.

El estudio efectuado permite determinar tres aspectos, en relación con el pliego de peticiones, de los que más se ha ocupado la jurisprudencia: 1) Requisitos; 2) lo relativo a la firma del documento y 3) respecto a la entrega de éste.

1. Requisitos.

El pliego de peticiones debe reunir ciertas formalidades y se exige que reúna los requisitos que establecen los artículos 500 y 504 del Código de Trabajo.⁽¹⁶⁾ Se ha considerado que es informal cuando condiciona su propia validez, a la evacuación previa de un sinnúmero de pruebas... desnaturalizando así su propia finalidad.⁽¹⁷⁾

2.—Cuestiones relativas a la firma del pliego.

El artículo 501 del Código establece que los delegados que han sido nombrados por los trabajadores suscribirán, por duplicado un pliego de peticiones. Sin embargo se ha estimado que si éste es firmado por todos los trabajadores interesados no se afecta la validez de los procedimientos.⁽¹⁸⁾ Esta práctica de recoger las firmas de los trabajadores y no sólo de los delegados tiene como finalidad tanto demostrar el apoyo con que cuenta el conflicto, como vincular al trabajador y dificultarle, por razón del respeto de su firma, que posteriormente le quite el apoyo al movimiento. En una primera época se presentaban los folios de firmas y se autentica solamente el último; sin embargo los Tribunales han exigido que para que tengan valor deben tener razón de haber sido autenticadas las firmas que aparecen en cada página.⁽¹⁹⁾ También han exigido que en el caso de las personas que dicen no saber firmar, otra lo haga a ruego, no es suficiente para que se le cuente entre los que apoyan el conflicto⁽²⁰⁾ y en el caso de que se firme a ruego hay que hacer

(16) T. S. T. de San José, N° 4857 de las 9.30 hrs. del 13 de diciembre de 1978.

(17) T.S. T. de San José, N° 2615 de las 8.45 hrs. del 4 de julio de 1978.

(18) T. S. T. de San José, N° 2291 de las 10 hrs. del 23 de agosto de 1972.

(19) T. S. T. de San José, N° 3540 de las 14 hrs. del 17 de setiembre de 1975.

(20) T. S. T. de San José, N° 3540 de las 10 hrs. del 24 de noviembre de 1958.

constar esa circunstancia pues si junto a un determinado nombre aparece una firma que no corresponde, sin explicación alguna, tampoco se computa.⁽²¹⁾ Consecuentemente con las resoluciones que hemos comentado se exige que los documentos con firmas que se presenten sean originales y no fotocopias.⁽²²⁾

3.—Cuestiones relativas a la entrega del pliego.

El artículo 501 dispone que la parte que promueva el conflicto debe entregar el original del pliego de peticiones a la otra y la copia al respectivo Juez de Trabajo. Sin embargo el Tribunal consideró que ese es un defecto subsanable que no impide el inicio del procedimiento y que el Juez puede ordenar esa prueba preliminar en resolución de previo;⁽²³⁾ sin embargo, si se va a una huelga sin haber presentado el pliego (y por supuesto respetado el procedimiento de conciliación) no puede el Juez subsanar esa omisión pidiendo se presenten las peticiones pues "exigir la presentación de un pliego de peticiones después de iniciado el movimiento huelguístico, significa ni más ni menos querer legalizar una actividad contraria a la ley, lo que resulta absurdo".⁽²⁴⁾

C) EL RECHAZO AD PORTAS O AD INITIO DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS.

El Juez competente para conocer un conflicto colectivo de carácter económico social (ver al respecto lo dicho en el punto G-1) tiene amplia discreción para apreciar si le debe dar trámite a las diligencias conciliatorias, o por el contrario si debe rechazar la solicitud que se le formula. La casuística ha sido muy rica al respecto y por ello pretendo intentar una primera clasificación de los motivos que han dado origen al rechazo estableciendo para ese efecto, cinco grupos de causales, así: a) falta de formalidades; b) falta de requisitos de fondo; c) existencia de instrumentos de negociación colectiva; d) situación financiera de la empresa y e) otros, en los que incluiré diferentes casos, que por el momento, no ameritan incluirse en una categoría específica. Paso a referirme a cada uno de ellos.

(21) Ibid.

(22) T. S. T. de San José, N° 2986 de las 8.55 hrs. del 5 de agosto de 1976; N° 3506 de las 15.30 hrs. del 1 de agosto de 1977 y N° 4719 de las 8.10 hrs. del 1 de diciembre de 1978.

(23) T. S. T. de San José, N° 4969 de las 14.15 hrs. del 16 de diciembre de 1976.

(24) T. S. T. de San José, 4865 de las 15 hrs. del 11 de setiembre de 1981.

1.—Por falta de formalidades.

Muchas de las situaciones a que haré referencia en este punto ya han sido tratadas al referirme a otras materias pero para efectos de la sistematización que se pretende hacer las enuncio, aunque sin entrar en detalle.

Han dado origen al rechazo las siguientes situaciones:

1.—El escrito inicial no reúne los requisitos de los artículos 500 y 504 del Código de Trabajo.⁽²⁵⁾

2.—Las firmas de los trabajadores no están autenticadas por un Abogado y no fueron presentadas por los firmantes.⁽²⁶⁾

3.—El pliego de peticiones presentado fue prácticamente el mismo presentado en otro conflicto que había sido rechazado.⁽²⁷⁾

4.—El pliego de peticiones es informal en cuanto condiciona su propia validez a la evacuación previa de pruebas.⁽²⁸⁾

5.—Cuando es evidente desde el inicio que el conflicto no cuenta con el apoyo del sesenta por ciento de los trabajadores.⁽²⁹⁾

2.—Por falta de requisitos de fondo.

Fundamentalmente han sido dos requisitos de fondo de cuya falta se ha ocupado la jurisprudencia: a) la finalidad económico-social de las reivindicaciones; y b) cuando se trata de conflictos no colectivos.

a.—Si se formulan reivindicaciones de índole jurídica.

Quando las peticiones son de carácter jurídico no se da trámite al conflicto porque corresponde su discusión en la vía ordinaria⁽³⁰⁾ pues

(25) T. S. T. de San José, N° 4857 de las 9.30 hrs. del 13 de diciembre de 1978.

(26) Ibid.; en igual sentido la N° 3540 del 17 de setiembre de 1975.

(27) T.S. T. de San José, N° 2615 de las 8.45 hrs. del 4 de julio de 1978.

(28) Ibid.

(29) T. S. T. de San José, N° 1936 de las 15.25 hrs. del 8 de junio de 1976; N° 561 de las 13.15 hrs. del 23 de febrero de 1977 y la N° 562 de las 13.20 hrs. del mismo día.

(30) T. S. T. de San José, N° 2615 de las 8.45 hrs. del 4 de julio de 1978, N° 3374 de las 8 hrs. del 23 de setiembre de 1977.

"la vía del conflicto colectivo está establecida únicamente para las cuestiones de orden económico social".⁽³¹⁾ Sin embargo, ha reconocido el Tribunal que el Juez tiene atribuciones para analizar cuáles peticiones son de carácter económico social y cuáles de carácter jurídico a fin de que la conciliación se limite a las primeras.⁽³²⁾ En la sentencia N° 82 de las 15.10 hrs. del 20 de enero de 1947 el T. S. T. aplicó ese criterio al decir que "Ahora bien, examinados dichos puntos de acuerdo con el referido criterio claramente se ve que sólo el tercero relativo al reajuste de los salarios de los trabajadores de la aduana, a fin de equipararlos con los del muelle, podría entrar dentro del concepto de interés económico social, tendiente a mejorar las condiciones de trabajo, pues los otros dos, pago de días feriados y vacaciones, constituyen cuestiones netamente jurídicas, reglamentadas por la ley, que los interesados pueden ventilar ante los Tribunales de Trabajo, sin necesidad de ir a la huelga para obtener el reconocimiento de su derecho o a las prestaciones correspondientes".

b.—Si se trata de conflictos individuales.

Asimismo se ha rechazado ad portas las diligencias cuando encubran un conflicto individual, aunque se trate de una acumulación de demandas individuales frente a una misma empresa, "puesto que la controversia surgida no proviene de un contrato colectivo de trabajo no se refiere, en relación con la ley, a una cuestión de orden profesional general, es decir a una cuestión que afecta en conjunto los intereses de categoría gremial".⁽³³⁾

3.—Por estar vigentes instrumentos de negociación colectiva.

El Tribunal Superior de Trabajo considera como "un principio cardinal en el Derecho Colectivo de Trabajo costarricense, que vigente un determinado instrumento de negociación colectiva en el que se han establecido por determinado lapso las condiciones generales de trabajo, por regla general no es admisible el conflicto de carácter económico social que pueda originar una huelga. Y este principio se ha repetido en la jurisprudencia del Tribunal, considerando de manera especial el hecho de que la paz social no debe estar expuesta a constantes y fáciles perturbaciones, y porque estima también que es de interés general o de orden público auspiciar entre las partes la tregua o necesaria seguridad jurídica a que tiene derecho durante el tiempo de vigencia del respectivo

(31) T. S. T. de San José, N° 3374 de las 8 hrs. del 23 de setiembre de 1977.

(32) T. S. T. de San José, N° 855 de las 10.05 hrs. del 30 de marzo de 1973.

(33) Cas. de 10 hrs. del 8 de setiembre de 1947.

instrumento colectivo pactado".⁽³⁴⁾ En aplicación de ese principio, se podido determinar los siguientes casos:

a.—Convenciones Colectivas de Trabajo.

Estando vigente una convención colectiva no se da pase a un conflicto colectivo de carácter económico social.⁽³⁵⁾ Y este principio se aplica en forma extensiva puesto que también se rechaza el conflicto si cuando se presenta ya están discutiendo las partes un proyecto de convención colectiva.⁽³⁶⁾ Ni tampoco se da trámite al conflicto cuando se pretende la celebración de una convención colectiva "porque para la formalización de la misma, es imprescindible que intervenga el sindicato legalmente organizado. Por eso lleva razón el Juez en cuanto indica que un grupo de trabajadores como los que promovieron este conflicto, carece de personería para celebrar la convención. Por otra parte es también cierto que para concertar la convención, las partes deben atenerse a lo que preceptúa la ley, resultando del todo inconveniente, que se acude a la vía del conflicto para forzar la celebración de un contrato colectivo".⁽³⁷⁾ Por esas razones no procede el conflicto cuando lo que se pretende es modificar o mejorar la Convención pero también porque "la circunstancia de que la convención no haya cubierto la totalidad de las aspiraciones de los trabajadores no es por sí motivo bastante para darle viabilidad al conflicto presente porque... es lo cierto que, los ajustes deberán ser hechos, con mejor oportunidad y suerte cuando se vaya a negociar una convención nueva".⁽³⁸⁾ La aplicación del principio ha sido tan amplia que aún si un conflicto colectivo es planteado y luego se comienza a negociar una convención colectiva esa circunstancia impide darle trámite posterior al conflicto.⁽³⁹⁾ Sin embargo una vez que la convención ha sido denunciada y pierde su vigencia si procede el conflicto.⁽⁴⁰⁾

b.—Arreglos Directos.

Tratándose de un instrumento de negociación colectiva también se ha aplicado respecto del arreglo directo el principio de que estando

(34) T. S. T. de San José, N° 480 de las 8.15 hrs. del 27 de enero de 1978.

(35) Ibid. N° 79 de las 14 hrs. del 12 de enero de 1976.

(36) T. S. T. de San José, 15.05 hrs. del 27 de julio de 1976; N° 379 de 9 hrs. del 23 de enero de 1979; N° 2510 del 19 de setiembre de 1972; N° 2114 de las 14.25 hrs. del 8 de junio de 1978.

(37) T. S. T. de San José, N° 379 de las 9 hrs. del 26 de enero de 1979.

(38) T. S. T. de San José, N° 2930 de las 14.30 hrs. del 3 de julio de 1965.

(39) T. S. T. de San José, N° 379 de las 9 hrs. del 26 de enero de 1979.

(40) T. S. T. de San José, N° 3021 de las 8.05 hrs. del 10 de agosto de 1978.

vigente uno "no debe dársele trámite a un conflicto colectivo de carácter económico social pues aquel tiene como fin primordial mantener la paz social en una empresa",⁽⁴¹⁾ y no importa que el arreglo directo nazca a la vida jurídica con posterioridad al inicio del conflicto porque aún así afecta, prevaleciendo el arreglo y feneciendo el conflicto ya que ambos "tienen una trascendencia social similar pues ambas formas de conciliación buscan como fin la paz laboral, no existiendo ningún perjuicio para los trabajadores si se sigue una u otra vía, pues ellos bien pueden durante el desarrollo de un conflicto, encaminar sus afanes por la ruta del arreglo directo, si con ello alcanzan mejoras salariales y sociales que anhelan ya que negociar colectivamente no significa el cese de labores de los trabajadores, sino alcanzar ante el patrono las conquistas perseguidas por ellos".⁽⁴²⁾

c.—Arreglos conciliatorios.

Llamamos arreglo conciliatorio el que celebran las partes involucradas en un conflicto colectivo de carácter económico social con ocasión de la diligencia de conciliación que celebra de conformidad con las disposiciones de los artículos 508 y 509 del Código de Trabajo.

También respecto de este tipo de instrumento rige el principio general que hemos venido comentando. Y por lo tanto, estando vigente uno de ellos no se le da trámite a ningún conflicto considerando que "no se trata de cerrar las puertas a los trabajadores para que puedan obtener reivindicaciones económicas y sociales sino de obtener durante la vigencia de los mismos cierto grado de seguridad tanto para los patronos como para los trabajadores, que se desnaturalizarían si se les negara valor a esos arreglos".⁽⁴³⁾

4.—Debido a la situación financiera de la empresa.

Otro importante motivo para rechazar un conflicto colectivo ad initio lo ha constituido la situación económica de la empresa sea porque se encuentre en estado de quiebra o por tratarse de una empresa recién fundada.

(41) Juzgado Primero de Trabajo de San José, 16.30 hrs. del 13 de setiembre de 1978; T. S. T. de San José, N° 463 de las 8.30 hrs. del 12 de febrero de 1976.

(42) T. S. T. de San José, N° 2926 de las 9.10 hrs. del 1 de agosto de 1975.

(43) T. S. T. de San José, N° 3542 de las 15 hrs. del 9 de julio de 1981.

a.—Empresas quebradas.

Ha manifestado el Tribunal que "el hecho de que una empresa esté en proceso de liquidación por quiebra, lleva a la ineludible conclusión de que no es posible, en tales circunstancias, aceptar la existencia de un conflicto colectivo de carácter económico social porque resulta inoperante, extemporáneo y coadyuvante del caos económico porque estará atravesando la empresa".⁽⁴⁴⁾

b.—Empresas recién fundadas.

En el caso concreto la empresa tenía sólo un mes de fundada y por ello no era posible conocer su solidez; el tribunal también hizo consideraciones sobre el hecho de que con tan poco tiempo de servicio los trabajadores no habían adquirido estabilidad en la empresa.⁽⁴⁵⁾

5.—Otros tipos de causas.

Otros casos en los que han sido rechazados conflictos colectivos han sido los siguientes:

a.—Si sólo se piden beneficios para el movimiento sindical.

El Tribunal, al referirse al punto manifiesta que "si el conflicto colectivo se dirige a buscar el beneficio social y patrimonial de los trabajadores de una empresa, sean estos sindicalizados o no, el enfoque del conflicto pretendido en autos no se adjunta a los requisitos legales, toda vez que se concreta a pedir posiciones en beneficio del movimiento sindical exclusivamente, lo que no parece aceptable, dado que no se vislumbra ningún beneficio para los trabajadores".⁽⁴⁶⁾ Habrá que esperar posteriores desarrollos de la idea contenida en el párrafo anterior ya que llama la atención la separación que se establece entre el interés de los trabajadores y el del sindicato ya que, al menos teóricamente, este tipo de organización se espera que ejerza la representación de aquellos.

b.—Cuando se busca el reconocimiento de un sindicato como titular para negociar una convención colectiva.

La negativa a darle trámite a un conflicto que tiene esa finalidad la fundamenta el Tribunal en que esa petición es materia de un juicio ordinario y no del procedimiento extraordinario del conflicto.⁽⁴⁷⁾

(44) T. S. T. de San José, N° 763 de las 8.05 hrs. del 4 de marzo de 1977; N° 2084 de las 8.20 hrs. del 23 de junio de 1977.

(45) T. S. T. de San José, 1594 de las 8.10 hrs. del 18 de abril de 1975.

(46) T. S. T. de San José, N° 2084 de las 8.20 hrs. del 23 de junio de 1977.

(47) T. S. T. de San José, N° 4871 de las 17.25 hrs. del 26 de diciembre de 1975.

c.—Cuando su planteamiento no ha sido el resultado de estudios serios y mesurados.⁽⁴⁸⁾

El tema fue tratado (supra punto C) por lo que a esa parte remito.

D) DURACION DE LAS DILIGENCIAS DE CONCILIACION.

El artículo 516 del Código establecía que, en ningún caso, las diligencias de conciliación podían durar más de diez días, contados a partir del momento en que el Juez recibía el pliego de peticiones con todos los requisitos del artículo 504. Y fatalmente, al cumplirse ese plazo, el Tribunal tenía que dar por concluida su intervención y la Corte Plena ordenaría la destitución de los funcionarios responsables del retraso. Lo angustioso del término y la gravedad de la sanción hizo que, en la práctica, las partes, de mutuo acuerdo, extendieran el término de diez días, lo que aprobaba el Tribunal.⁽⁴⁹⁾

Procedimiento que ahora también acogió el legislador en la Ley 6771 de 5 de julio de 1982 pues adicionó un párrafo al artículo 516 en el cual establece que vencido el término inicial de diez días, a solicitud de las partes, el Tribunal podrá ampliarlo hasta por veinte días hábiles más, plazo que resulta más razonable para la tramitación de un asunto de la trascendencia social del conflicto colectivo.

La tramitación del conflicto debe ser, por lo tanto, rápida. No conozco casos en que la Corte Plena haya intervenido destituyendo funcionarios en aplicación del artículo 516, pero el Tribunal Superior de Trabajo de San José ha velado por la celeridad y reprendido severamente a jueces que han retrasado innecesariamente el procedimiento; así ocurrió en un caso en que "a) No obstante haberse prevenido a la parte patronal la integración de la Delegación dentro del plazo de 24 horas siguientes, el Juzgado usó el lento sistema del correo, lo que demoró, en casi una semana, ese trámite; b) los conciliadores fueron notificados el día 26 de agosto, pero se presentaron hasta el día tres de setiembre a aceptar el cargo, dejando transcurrir sin razón alguna, una semana de inactividad; no preocupándose el señor Juez de recordarles la obligación de aceptar en forma inmediata; c) el 3 de setiembre, se fija fecha para la comparecencia del artículo 507 pero la misma se señaló para el 8 sea precisamente el día en que se agotaban los diez días que se prevén en el artículo 516 del Código de la materia. El señor Juez, ha ocupado en este conflicto los plazos más largos y lentos... Debe tomar nota de

(48) T. S. T. de San José, N° 4686 de las 8.20 hrs. del 26 de noviembre de 1976.

(49) T. S. T. de San José, N° 1724 de las 9.35 hrs. del 12 de agosto de 1969.

lo anterior el señor Juez para que en nuevos conflictos se acelere la tramitación dándole la prioridad por encima del trabajo del despacho a su cargo".⁽⁵⁰⁾

Sin embargo el trámite rápido del conflicto no significa que deba ser festinado, según lo ha declarado el Tribunal, cuando ha llamado la atención a Jueces que en su afán de celeridad no han respetado la forma y los plazos que señala la ley.⁽⁵¹⁾

Así como se acepta que el período de conciliación puede ser prorrogado también se ha reconocido, que puede ser suspendido de mutuo acuerdo por las partes por un determinado plazo; pero transcurrido éste el Tribunal debe llamarlas para que se manifiesten sobre la continuación de la fase conciliatoria y no darla por terminada⁽⁵²⁾ momento aquel a partir del cual continuará corriendo el término del artículo 516.⁽⁵³⁾

E) REBELDIA DE LAS PARTES.

El artículo 505 del Código de Trabajo dispone que el Juez de Trabajo, dentro de las doce horas siguientes al recibo del pliego de peticiones, debe notificar a la otra parte que debe nombrar una delegación que lo represente, con poder suficiente, en la conciliación. Sin embargo en ocasiones ocurre que esa parte es renuente al nombramiento de delegados y, consecuentemente, no hay forma de llevar a cabo la diligencia conciliatoria. Reiteradamente, y desde hace muchos años, el Tribunal ha sostenido que "los procedimientos de conciliación... tienen por objeto tratar de obtener un avenimiento de las partes en conflicto, pero si una de ellas no está en disposición o ánimo conciliatorio, es claro que tales procedimientos deben tenerse por fracasados, ateniéndose dicha parte a las consecuencias legales que de ello pueden derivarse".⁽⁵⁴⁾ Entre esas consecuencias está de que, agotado por rebeldía la conciliación, puede la otra parte, si reúne los demás requisitos del artículo 366 del Código de Trabajo, pedir la declaratoria de huelga legal.⁽⁵⁵⁾ Pero la rebeldía no tiene como consecuencia, para la parte rebelde, de que se tenga por aprobado el pliego de peticiones planteado pues "la renuncia del patrón a

(50) T. S. T. de San José, N° 3579 de las 13.30 hrs. del 7 de octubre de 1975.

(51) T. S. T. de San José, N° 1255 de las 8.35 hrs. del 25 de marzo de 1979 y N° 1256 de las 9 hrs. del 26 de marzo de 1979.

(52) T. S. T. de San José, 10 hrs. del 27 de abril de 1976.

(53) T. S. T. de San José, N° 642 de las 8.30 hrs. del 21 de febrero de 1974.

(54) T. S. T. de San José, N° 298 de las 10.20 hrs. del 5 de abril de 1954; en igual sentido la N° 406 de las 8.05 hrs. del 7 de febrero de 1977.

(55) T. S. T. de San José, N° 3273 de las 10.40 hrs. del 16 de setiembre de 1977.

acatar la prevención que se le hizo para que nombre sus delegados y su silencio en la especie no debe considerarse como aceptación tácita de todos los puntos contenidos en el respectivo pliego de peticiones... Para que la discrepancia patronal que ha dado origen a un conflicto de carácter económico social pueda alcanzarse válidamente, en la etapa del procedimiento conciliatorio, el arreglo de las diferencias, se requiere, indetectiblemente, el avenimiento de las partes y esto ocurre sólo cuando ambas partes, reunidas al efecto así lo convienen. En este caso, por falta de designación de los delegados del patrono, no se llevó a cabo la diligencia conciliatoria, no pudiendo culminar las diligencias del llamado convenio arreglo".⁽⁵⁶⁾

F) LA AUDIENCIA DE CONCILIACION.

Está regulada por el artículo 508 del Código de Trabajo. Su convocatoria está prevista en el artículo 507. No obstante que el Código no entra en mucho detalle al respecto, la jurisprudencia ha establecido que a la hora de hacer la convocatoria se debe indicar en que orden serán recibidas las partes por el Tribunal.⁽⁵⁷⁾

Tal como lo manda el Código se debe recibir por aparte a cada delegación⁽⁵⁸⁾ y de cada una de esas diligencias debe levantarse un acta.⁽⁵⁹⁾

Es obligatorio para el Tribunal de conciliación cumplir con el mandato del artículo 508 del Código que dispone de que debe proponerles a los delegados de las partes los medios o bases generales de arreglo que su prudencia le dicte y al respecto la jurisprudencia ha sido reiterada.⁽⁶⁰⁾ "En el acta debe hacerse constar cuál de las partes acepta el arreglo o si las dos lo rechazan, lo mismo que respecto al arbitraje que ha de ser propuesto".⁽⁶¹⁾ Estas recomendaciones deben ser acordadas por

(56) T. S. T. de San José, N° 249 de las 10.05 hrs. del 2 de abril de 1952.

(57) T. S. T. de San José, N° 1256 de las 9 hrs. del 2 de marzo de 1979.

(58) T. S. T. de San José, N° 2548 de las 16.05 hrs. del 27 de junio de 1975.

(59) T. S. T. de San José, N° 1256 de las 9 hrs. del 2 de marzo de 1979.

(60) T. S. T. de San José, N° 204 de las 10 hrs. del 23 de enero de 1973; N° 3540 de las 14 hrs. del 30 de setiembre de 1975; N° 558 de las 14.05 hrs. del 16 de febrero de 1977; N° 933 de las 8 hrs. del 2 de febrero de 1977; N° 4227 de las 17 hrs. del 3 de noviembre de 1978; N° 1256 de las 9 hrs. 26 de marzo de 1979.

(61) T. S. T. de San José, N° 204 de las 10 hrs. del 23 de enero de 1973.

unanimidad por el Tribunal; pero si no hay acuerdo entre los miembros no debe disolverse sino que el miembro que discrepa debe ser sustituido.⁽⁶²⁾

En buena parte de los casos el Tribunal, discrecionalmente, por considerar que puede haber alguna posibilidad de arreglo, ha ordenado al Tribunal de Conciliación cumplir con el trámite previsto en el artículo 510 convocado a las partes dentro de las 48 horas siguientes para repetir su gestión conciliatoria.⁽⁶³⁾

G) TERMINACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACION.

1.—Por firma de un arreglo conciliatorio.

a) *Validez*: Este arreglo es al que se refiere el artículo 509 del Código cuando dispone que "si hubiere arreglo se daría por terminada la controversia y las partes quedarán obligadas a firmar y cumplir el acuerdo que se redacte, dentro del término que fije el Tribunal de Conciliación..." A este tipo de arreglo el Tribunal le ha reconocido plena validez pues "negar valor a ese convenio será desconocer no solamente lo pactado por las partes en aquella ocasión sino también los alcances de las formas de mediación que establece la ley, cuando se trata de alcanzar la paz social en los centros de trabajo, ya sea mediante arreglos directos, con la intervención amigable de componedores o bien mediante el procedimiento que estipulan los artículos 497 y siguientes del Código de Trabajo".⁽⁶⁴⁾

En muchas ocasiones las partes han llegado a un acuerdo y en el acta respectiva se consigna esta circunstancia pero no se redacta el arreglo. El Tribunal Superior de Trabajo ha ordenado que el Tribunal de Conciliación redacte el documento respectivo y que se firme.⁽⁶⁵⁾

b.—Contenido del arreglo conciliatorio.

El contenido del arreglo conciliatorio no es tan libre como en un primer momento podría pensarse y la doctrina del Tribunal le ha ido

(62) T. S. T. de San José, N° 3456 de las 14.05 hrs. del 30 de agosto de 1979.

(63) T. S. T. de San José, N° 3577 del 19 de setiembre de 1975.

(64) T. S. T. de San José, N° 3542 de las 15 hrs. del 9 de julio de 1981.

(65) T. S. T. de San José, N° 5216 de las 10.50 hrs. del 26 de diciembre de 1975; N° 4152 de las 10.50 hrs. del 19 de octubre de 1976; N° 4273 de las 8.55 hrs. del 29 de octubre de 1976.

fijando ciertos límites de fondo y de forma. Así, no permite que sea una repetición de disposiciones o reproducción de derechos ya consagrados en la legislación laboral.⁽⁶⁶⁾ Por supuesto tampoco se permiten cláusulas que violen esa misma legislación y entre ellas han considerado autorizar deducciones al salario de los trabajadores no permitidos por la ley; establecer el beneficio de la estabilidad si sólo en favor de los sindicalizados, contra lo que dispone el artículo 58 que prohíbe cualquier cláusula que ponga en condiciones de inferioridad manifiesta a los no sindicalizados; ilegal la declaratoria de legalidad de una huelga que no sea declarada por los Tribunales de Trabajo.⁽⁶⁷⁾ Cuando se trata de conflictos que afectan entes públicos el Tribunal ha revisado los beneficios otorgados pues "si bien los patronos particulares tienen completa libertad de pactar con los delegados de sus trabajadores lo que sea de interés mutuo, y que supere el convenio normativo mínimo de las leyes laborales, en esta clase de procedimientos, cuando se trata de entes públicos, como es el caso del patrono en el sub-examine, deben sus delegados ser cuidadosos de la cosa pública que tienen en sus manos, no otorgando derechos que excedan los límites razonables para una sana administración y manejo de los bienes puestos a su cuidado ya que dejarlos en libertad absoluta de pactar, cual si fueran delegados de un patrono particular, bien puede llevar el otorgamiento y concesión de derechos laborales que eleven el costo del servicio público, con el consabido perjuicio para los administrados que, al final de cuenta, son los que pagan tales concesiones".⁽⁶⁸⁾ Así como también ha eliminado una cláusula "puesto que la misma constituye una situación de orden jurídico y no propiamente una conquista patrimonial conforme a la doctrina del artículo 395 inciso a) del Código de Trabajo en relación con el 167 del mismo cuerpo legal".⁽⁶⁹⁾ En un caso ocurrido en el primer año de vigencia del Código de Trabajo, anuló disposiciones del arreglo conciliatorio en las que los trabajadores habían renunciado a varios derechos que les otorgaba la legislación laboral.⁽⁷⁰⁾

En cuanto a la forma el Tribunal ha señalado algunas directrices. Así, cada acuerdo logrado en el arreglo debe considerarse por separado y debidamente numerado;⁽⁷¹⁾ además "deben ser redactados en la forma en que van a quedar en definitiva y no deben mezclarse con hechos o

(66) T. S. T. de San José, N° 1144 de las 13.40 hrs. del 2 de abril de 1977; N° 2194 de las 14.05 hrs. del 27 de junio de 1977.

(67) T. S. T. de San José, N° 831 de las 15.30 hrs. del 4 de diciembre de 1950.

(68) T. S. T. de San José, N° 2172 de las 8.30 hrs. del 16 de julio de 1982.

(69) T. S. T. de San José, N° 2446 de las 8.45 hrs. del 22 de julio de 1982.

(70) T. S. T. de San José, N° 250 de las 10.30 hrs. del 5 de mayo de 1944.

(71) T. S. T. de San José, de las 8 hrs. del 4 de mayo de 1978.

disposiciones legales".⁽⁷²⁾ Ha estimado que es improcedente incluir entre paréntesis el número que tendrá la petición en el respectivo pliego⁽⁷³⁾ y se ha opuesto a que en el arreglo se use la palabra "convención" ya que no se trata de una convención colectiva.⁽⁷⁴⁾ También ha corregido la redacción de una cláusula en la que se hablaba de retroactividad cuando en realidad iba a regir hacia el futuro.⁽⁷⁵⁾

c.—Firma y trámite posterior a la firma del arreglo conciliatorio.

El arreglo conciliatorio debe ser firmado por las partes y según dispone el artículo 513 del Código también firmarán todos los miembros del Tribunal de Conciliación y el Secretario de éste. El Tribunal ha dicho que por las partes deben firmar quienes han aparecido como representantes de éstas en el conflicto.⁽⁷⁶⁾

Según el mismo artículo citado luego de firmado el arreglo se remitirá al Superior para que constate que no se han violado las leyes de trabajo; sin embargo el Tribunal no interviene en consulta y en los casos en que una autoridad inferior ha elevado los autos en consulta el Superior ha declarado que ésta está mal ordenada.⁽⁷⁷⁾ Una vez aprobado por éste queda firme y no requiere ser homologados por ninguna autoridad administrativa pues "sólo las convenciones colectivas de trabajo requieren del requisito del depósito en el Ministerio de Trabajo para que entren en vigencia, conforme lo estipula el artículo 57 del Código de Trabajo. En consecuencia, los convenios o acuerdos a que se arribe en los conflictos colectivos de carácter económico social, no tienen por qué quedar sometidos a ese trámite de índole administrativa. Las relaciones de los Jueces, no requieren del exequatur de las autoridades administrativas para adquirir vigencia, puesto que lo judicial no es subordinado de lo administrativo".⁽⁷⁸⁾

d.—Vigencia del arreglo conciliatorio en caso de fusión o división de sociedades.

El arreglo conciliatorio no pierde su vigencia "si la sociedad patrono llegare a fusionarse con otra u otras sociedades o empresas o bien

(72) Ibid.

(73) T. S. T. de San José, N° 1256 de las 9 hrs. del 26 de marzo de 1979.

(74) T. S. T. ibid.

(75) T. S. T. de San José, N° 2710 de las 10.45 hrs. del 7 de julio de 1976.

(76) T. S. T. de San José, N° 2114 de las 10.05 hrs. del 27 de julio de 1977.

(77) T. S. T. de San José, N° 54 de las 9 hrs. del 25 de enero de 1945.

(78) T. S. T. de San José, N° 2114 de las 10.05 hrs. del 27 de julio de 1977.

estableciere subsidiarias o se dividiera en varias sociedades y los empleados que pasen a trabajar con ellas continuaran gozando de las mismas garantías'.⁽⁷⁹⁾

2.—Otras formas de finalización.

a.—Rebeldía de la parte afectada:

Este punto fue tratado ya (vid supra punto E) por lo que a lo ahí expuesto me remito.

b.—Negativa a negociar de la parte afectada:

Este caso es diferente al anterior pues en el primero la parte rebelde ni siquiera designa delegados, no participa del todo en las diligencias de conciliación. En cambio, en este, la parte, generalmente el patrono, nombra sus representantes pero estos manifiestan que no están autorizados a negociar y no entran a considerar seriamente las bases de conciliación que se les propone. En esa situación el Tribunal ha dicho que sería ilógico e innecesario prolongar las diligencias, que el Tribunal de Conciliación debe darlas por terminadas y remitir los autos al superior para los efectos del artículo 513.⁽⁸⁰⁾

c.—Desistimiento:

En materia de conflictos colectivos se presenta tanto el desistimiento tácito como el expreso. El primero se ha dado en situaciones tales como cuando las partes, sin hacer manifestación alguna en que les pongan término dentro de las diligencias de conciliación comienzan a negociar entre ellas una convención colectiva⁽⁸¹⁾ o aparecen luego firmando un arreglo directo.⁽⁸²⁾ En otras ocasiones los trabajadores, o al menos buena parte de ellos (en el caso concreto más del cincuenta por ciento) piden el desistimiento expresamente.⁽⁸³⁾

El Tribunal además en forma reiterada ha sostenido que la resolución que "acoge un desistimiento dentro de un conflicto colectivo en

(79) T. S. T. de San José, N° 4460 de las 9 hrs. del 31 de octubre de 1979.

(80) T. S. T. de San José, N° 941 de las 9 hrs. del 7 de marzo de 1978.

(81) T. S. T. de San José, N° 2346 de las 17 hrs. del 19 de julio de 1977.

(82) T. S. T. de San José, N° 3166 de las 10.25 hrs. del 22 de agosto de 1975; N° 463 del 12 de febrero de 1976.

(83) T. S. T. de San José, 16 hrs. del 6 de abril de 1977.

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

cualquiera de sus fases no tienen el trámite de consulta".⁽⁸⁴⁾ Tampoco tiene apelación.⁽⁸⁵⁾

d.—Cuando se firma compromiso de ir a arbitraje.

Esta es una de las formas de finalización de los procedimientos de conciliación que el Código en forma expresa contempla en el artículo 517. Cuando se da ese compromiso el Tribunal ha sostenido que no le corresponde conocer de él en consulta como sucede con el arreglo conciliatorio.⁽⁸⁶⁾

Una vez que se ha dado por terminada en forma definitiva la fase de conciliación, ésta no puede tener reapertura.⁽⁸⁷⁾ Dijo el Tribunal que "La retractación del desistimiento que se pretende en esta instancia no es admisible en derecho, por haber surtido el mismo sus efectos".⁽⁸⁸⁾ Sin embargo, en alguna ocasión que el Juez dio por terminadas las diligencias de conciliación y la parte patronal apeló, consideró el Tribunal que aún habían posibilidades de conciliar y revocó la resolución recurrida.⁽⁸⁹⁾ Y, aunque el Código es claro al respecto, tuvo a bien en destacar que el hecho de que exista una resolución que ordena archivar el expediente porque ya están agotadas las diligencias de conciliación en modo alguno priva a los trabajadores de la siguiente fase del conflicto, pues todo conflicto colectivo de carácter económico social tiene dos fases independientes entre sí, conciliación y huelga o arbitraje, aunque no puede realizarse si la primera no ha terminado.⁽⁹⁰⁾

H) NULIDADES.

En este punto se hará referencia a casos en que el Tribunal en forma expresa ha decretado nulidades en los procedimientos de conciliación. La causística es muy rica; muchos de ellos han sido referidos al ocuparnos de puntos específicos pero por razón de sistematización los mencionaré nuevamente aquí sin entrar en detalle.

(84) T. S. T. de San José, N° 33 de las 14 hrs. del 7 de enero de 1976; N° 3046 de las 9.55 hrs. del 10 de agosto de 1978; N° 954 de las 10.20 hrs. del 14 de marzo de 1979; N° 1726 de las 10.05 hrs. del 8 de mayo de 1979.

(85) T. S. T. de San José, N° 1499 de las 9 hrs. del 19 de junio de 1970.

(86) T. S. T. de San José, N° 593 de las 15.30 hrs. del 20 de julio de 1951.

(87) T. S. T. de San José, N° 3809 de las 13.30 hrs. del 19 de octubre de 1977.

(88) T. S. T. de San José, N° 3435 de las 10.20 hrs. del 29 de diciembre de 1976.

(89) T. S. T. de San José, N° 406 de las 8.05 hrs. del 7 de febrero de 1977.

(90) T. S. T. de San José, N° 3809 de las 13.30 hrs. del 19 de octubre de 1977.

Generalmente el Tribunal señala una serie de anomalías que advierte en la tramitación y con base en ellas decreta la nulidad; sin embargo en la mayor parte de los casos se trata de una pluralidad de vicios por lo que queda la duda si consideraba suficiente la presencia de cualquiera de ellos o si también tiene importancia el aspecto cuantitativo.

Respecto de la nulidad de actuaciones ha dicho que sólo cabe decretarlas cuando por defectos de forma se ha causado indefensión a alguna de las partes.⁽⁹¹⁾

Entre las nulidades más usuales se pueden señalar las siguientes:

1.—*Por falta de requisitos procesales ad initio:*

- a) Por falta de cumplimiento de los requisitos que debe tener el pliego de peticiones según señalan los artículos 500 y 504.⁽⁹²⁾
- b) Por defectos en el nombramiento de los delegados de los trabajadores.⁽⁹³⁾
- c) Porque faltó la constancia de que el pliego de peticiones fue entregado al patrono.⁽⁹⁴⁾
- d) Porque faltó acreditar la personería de los representantes de la empresa afectada.⁽⁹⁵⁾

2.—*Por irregularidades y omisiones del Tribunal de Conciliación:*

- a) Celebró una diligencia de conciliación con la ausencia de uno de los miembros.⁽⁹⁶⁾
- b) El Juez realizó una inspección ocular sin la presencia de los otros miembros.⁽⁹⁷⁾
- c) Uno de los miembros se ausentó antes de que concluyera la diligencia.⁽⁹⁸⁾
- d) No hizo uso del recurso de insistencia previsto en el artículo 510 del Código de Trabajo.⁽⁹⁹⁾

(91) T. S. T. de San José, 9 hrs. del 15 de marzo de 1974.

(92) T. S. T. de San José, N° 4718 de las 8.05 hrs. del 1 de diciembre de 1978.

(93) Ibid.

(94) T. S. T. de San José, N° 1256 de las 9 hrs. del 26 de marzo de 1979.

(95) T. S. T. de San José, N° 4957 de las 10.15 hrs. del 3 de diciembre de 1975.

(96) T. S. T. de San José, N° 3540 de las 14 hrs. del 30 de setiembre de 1975.

(97) Ibid.

(98) T. S. T. de San José, N° 4216 de las 10.25 hrs. del 22 de octubre de 1975.

(99) T. S. T. de San José, N° 3540 de las 14 hrs. del 30 de setiembre de 1975.

3.—*Por irregularidades y omisiones en la conciliación propiamente dicha:*

- a) Porque no se recibió por separado a las dos delegaciones.⁽¹⁰⁰⁾
- b) Se omitieron firmas en el acta cuando ésta tiene que ser firmada por todas las partes.⁽¹⁰¹⁾
- c) Se incluyó en la propuesta de arreglo cláusulas ajenas al propósito del conflicto colectivo⁽¹⁰²⁾ y otras que no consideraba recomendables las cuales debió de sostenerse de incluirlas.⁽¹⁰³⁾
- d) No constan en el expediente cuáles fueron las recomendaciones del Tribunal Conciliatorio.⁽¹⁰⁴⁾

I) RECURSOS Y CONSULTA.

Los pronunciamientos en cuanto a recursos y consulta no son muy abundantes.

El Tribunal siempre ha sostenido la tesis de que una vez que el Juez tiene por planteado el conflicto económico social y por integrado el Tribunal respectivo, la ley le veda en modo absoluto la admisión de cualquier recurso o incidencia.⁽¹⁰⁵⁾

En materia de incidentes de autorización de despidos se ha dicho que la resolución que lo resuelve tiene apelación.⁽¹⁰⁶⁾

En tanto que la resolución que tiene por desistido un conflicto carece tanto de apelación⁽¹⁰⁷⁾ como de consulta.⁽¹⁰⁸⁾

(100) T. S. T. de San José, N° 2548 de las 16.05 hrs. del 27 de junio de 1975.

(101) T. S. T. de San José, N° 1255 de las 8.35 hrs. del 23 de marzo de 1979.

(102) Ibid.

(103) Ibid.

(104) T. S. T. de San José, N° 1256 de las 9 hrs. del 26 de marzo de 1979.

(105) T. S. T. de San José, N° 204 de las 16 hrs. del 17 de abril de 1945; N° 155 de las 15 hrs. del 27 de febrero de 1951; N° 4592 de las 7.45 hrs. del 7 de noviembre de 1975.

(106) T. S. T. de San José, N° 2139 de las 9.40 hrs. del 10 de agosto de 1973.

(107) T. S. T. de San José, N° 1499 de las 9 hrs. del 19 de junio de 1970.

(108) T. S. T. de San José, N° 3046 de las 9.55 hrs. del 10 de agosto de 1978, N° 954 de las 10.20 hrs. del 14 de marzo de 1979; N° 1726 de las 10.05 hrs. del 8 de mayo de 1979.

No obstante que el artículo 549 del Código de Trabajo es claro en cuanto en los conflictos colectivos de carácter económico social no hay recurso de casación en alguna ocasión se planteó un recurso de ese tipo sosteniendo que mientras el Juez de Trabajo intervenía como tal se estaba en presencia de un conflicto colectivo de carácter jurídico respecto del cual si cabe el recurso. El Tribunal al rechazar esa tesis manifestó "no resulta valedera la afirmación de los recurrentes en cuanto afirma que mientras el conflicto laboral se encuentre en su primera etapa, cuya sustanciación corresponde exclusivamente al propio Juez de Trabajo, el mismo es de carácter jurídico, pues la circunstancia de que los conflictos de carácter económico social se desarrollen procesalmente en dos etapas antes de que puedan desembocar en una huelga o paro (una primera en la que los Juzgados de Trabajo intervienen como órganos unipersonales para sustanciar los procedimientos que conducen a la constitución del Tribunal que habrá de conocer propiamente sobre la conciliación y el arbitraje, y otra en que el Tribunal actúa integrado por el Juez de Trabajo y por los representantes de los patronos y los trabajadores), no le niega a la primera etapa la condición de conflicto de carácter económico social, pues lo que importa para definir la índole de esos conflictos, no es el órgano que en principio interviene o el que actúa después, sino la naturaleza de las cuestiones que allí se plantean.⁽¹⁰⁹⁾

FORMACION DEL ACTO PUBLICO NOTARIAL: LA ESCRITURA PUBLICA

Dr. William R. Muñoz C.
Presidente Colegio de Abogados
Profesor de Derecho Notarial
Universidad de Costa Rica.

(109) Sala de Casación N° 35 de las 9 hrs. del 19 de mayo de 1976.

Sumario:

- 1.—Ubicación del tema y límites del trabajo.
- 2.—Acto jurídico notarial.
- 3.—Formación del acto público notarial: La escritura pública.
- 4.—Conclusiones.

1: *Ubicación del tema y límites del trabajo*

Para referirnos a la Formación del Acto Público Notarial, debemos establecer dos premisas:

- a) La referencia concreta a la "Formación" del acto notarial y
- b) que específicamente, dada la amplitud del término, ese acto notarial lo circunscribimos a su especie más importante: la escritura pública. Además como consecuencia de lo anterior, se hace alusión directa a la forma, en cuanto establece, valga la redundancia, "formalidades", así como requisitos y efectos.

Somos sabedores de la diferencia existente entre acto jurídico y documento. Ambos tienen paternidad, procedencia (pública y privada). El documento, tendrá su propia naturaleza jurídica dada la autoría impresa por el Notario, gracias a la delegación del Poder Público. Analizaremos los elementos diversos del documento. No del acto jurídico que resulta ser parte importante también del actuar del Jurista, del derecho sustancial, del derecho de fondo.

Si entendemos acto público notarial como la obra completa, compuesta de acto jurídico y de documento, tendremos claro está un resultado incontrovertible: seguridad para las partes; justicia; ambos como valores esenciales del derecho; satisfacción de las partes; complacencia de terceros, por existir un título, que es forma, prueba: síntesis de juicio y de representación...

Tratar de abarcar todo ello, sería parte de un tratado minucioso: si nos referimos al fondo —únicamente—, tampoco sería materia de este trabajo. Analizar el acto jurídico —en concreto—, los diversos actos, negocios jurídicos, sus elementos, sus caracteres, sus efectos, etc., también por razones idénticas debemos descartarlo. Pero sí, es nuestro objeto y hacia eso vamos, al análisis de la formación del acto, del instrumento público, en cuanto a la especie, escritura pública, al tenor de las diversas disposiciones vigentes en nuestra legislación.

2: *Acto Público Notarial*

- a) Acto

Todo hecho humano es un acto. Desde el punto de vista filosófico ha sido complejo el término. Aristóteles, los Escolásticos, Gentile, Hussen, Lavalle, con propiedad verdadera, se han referido al término.

El acto puede ser considerado en su noción material, es decir respecto a su contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva, con que se hace perceptible al hecho. El acto entonces, representa una idea simple, pues hay acto con una sola manifestación de voluntad de una persona, sin que deje de serlo cuando intervienen dos o más personas.

b) Acto jurídico

El acto jurídico, enmarcado en las ideas mencionadas, puede ser o no jurídico. Lo será en la segunda concepción, si produce consecuencias jurídicas. Dará la idea de una operación jurídica. Se utiliza también para representar al escrito o el instrumento destinado a constatarla, es decir a contener esa idea.

La doctrina general de hechos jurídicos, permite distinguir a su vez en acto jurídico y en negocio jurídico.

"En la diferenciación entre el plano del negotium y el plano del instrumentum, debe ser tomado el primer término en sentido amplísimo" nos refiere Núñez Lagos.⁽¹⁾

En todo caso es potestativo y posible que cada ordenamiento jurídico, sea el encargado de establecer la definición del acto jurídico, del negocio jurídico, acto negocial, negocio, etc. Ello conforma el "Negotium" que se opone a "Instrumentum".

c) Acto Público Notarial

"Cuando se habla de acto notarial se quiere significar genéricamente el negocio, acto o hecho jurídico que el notario redacta o narra y al que da forma observando un rito jurídico prevenido en la ley, con prescindencia de que esa clase especial de forma se considere constitutiva o probatoria en el derecho sustantivo".⁽²⁾ Son acciones concurrentes. Se superponen la configuración (derecho material) con la estructuración (derecho objetivo). Son acciones paralelas. Pero diversas. El negocio puede tener requisitos de forma; requisitos de forma pueden ser además y lo son generalmente independientes de la forma documental. Es decir que hay requisitos de forma del acto y hay requisitos de forma del instrumento. Y viceversa.

(1) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid, España, 1953, pág. 31.

(2) VI Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, Canadá, 1961, Primer punto del temario. Presentación Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1961, pág. 22.

Tal y como se estipuló en el texto citado⁽³⁾ el acto notarial se descompone en dos hechos con significación jurídica: El hecho forma, producto básico del nuestro quehacer notarial, del que se producen consecuencias de autenticidad (en la esfera de los hechos) y de legalidad (en la esfera del derecho).

El hecho acto, de valoración sustantiva, ajeno a la materia específica del derecho notarial es por antonomasia, ideológica, aunque su eficacia depende también de la expresión externa y de la adecuación al ordenamiento jurídico que recibe del oficial público.

Podríamos entonces, entender por acto notarial, ya no sólo el acto jurídico instrumentado, la sustancia en virtud de la cual las partes han convenido en realizarlo y obtener los fines que el mismo orden jurídico tutela, sino también la instrumentación, la documentación, la formalidad, la materialidad. No podríamos entonces dentro de ese contexto entender uno sólo separado del otro. Es un todo, una fusión indisoluble de sustancia y forma. Una consecuencia auténtica y legal del actuar notarial. Acto notarial es en síntesis esa *labor completa*, técnica, científica que realiza el Notario.

Pero es necesario subdividirla. Para los efectos teóricos y para los efectos del presente esquema.

La denominación de instrumento o documento notarial como una parte del "acto notarial público", establece nítidamente la diferencia entre el contenido y su exteriorización material. No podemos llamar acto notarial tan sólo al acto jurídico ahí contenido. Ese es el acto jurídico, de derecho sustancial. El acto formal, el continente, no podemos llamarlo tampoco "acto público notarial" independientemente. Tiene otro nombre: instrumento, documento público notarial, documento público notariado, etc. Es la misma diferencia extente entre el contenido y el continente; entre el negotium e instrumentum; entre acto jurídico e instrumento.

Es cierto y lo aceptamos por una costumbre y por disposiciones de algunas legislaciones que con la idea de "acto notarial" podría darse la idea de ese resultado total de la labor del notario. Existen requisitos de forma y de fondo del negotium. Existen requisitos de forma y de fondo del instrumento. Ambos son requisitos para la validez y eficacia de uno y otro y por supuesto del todo.

El acto notarial que pretendemos establecer infra, es en cuanto a la forma. Al documento notarial que es un documento auténtico y que dará el máximo de eficacia jurídica.

(3) *Ibid.*, pág. 23.

Dentro de este orden de ideas, analizaremos la estructuración interna de la escritura pública como documento notarial por excelencia. Es la forma y el fondo que dará validez, si se cumplen las disposiciones de la ley para su estructuración. Cumpliendo los requisitos que estableceremos, y que exige nuestra legislación, tendremos un documento que dará validez y por supuesto la eficacia que las partes quieren y que el notario está en la obligación de dar, por el bien hacer implícito en nuestra función técnica jurídica.

Siguiendo la idea instrumentalista que mencionamos antes, el acto público notarial es además del contenido, el continente —forma— que es redactado —negocio jurídico o simplemente narrado— hecho jurídico: (así distinguimos entre escritura pública y acta notarial. Diferencia sencilla a priori, claro que ambos casos están revestidos por un rito jurídico, previamente establecido por el ordenamiento jurídico en vigor). Cumplidas todas las condiciones que enumera la ley, comenzando por el requerimiento o rogación de las partes, la configuración del instrumento, la actuación de los otorgantes, la calificación del acto, la fe de conocimiento, es decir participación de elementos subjetivos, por sólo mencionar algunas, la firma del notario que producirá la autenticación, dará vida y carácter de público, se imprime personalidad y existencia al acto formalmente considerado, entrando el documento a gozar de la fides pública.

Ello dará al documento así confeccionado, la validez y por supuesto la eficacia. Pero veamos cuáles son esos elementos de forma del acto público notarial referidos, repito a la escritura y a la luz de la legislación costarricense.

3: Formación del acto público notarial: La escritura pública

a) Generalidades

En el ejercicio de las funciones notariales, el agente típico —Notario—, realiza —entre otras— la etapa documental. Dentro de éste, destaca la estructura interna del documento notarial, considerada como aquella sistematización de las diversas partes o elementos que conforman el instrumento público.

No admite discusión, que la redacción del documento público notarial, requiere un orden. Pero ello no implica una rutina y práctica invariable. Los moldes y fórmulas pueden y deben estirarse. Nuestra inquietud es obtener para la gran mayoría de casos, —actos y negocios jurídicos instrumentados— un método ágil y apio, con un justo equilibrio de claridad y legalidad. No se trata de algo imprescindible y esencial, pero sí muy conveniente, a efecto de que se lleguen a establecer normas expresas en el derecho objetivo, usos o costumbres, que señalan el modo de bien hacer una escritura pública, con mayor eelgancia y estética, guardando

siempre el fin último que persigue: certeza y seguridad jurídicas. Es necesario, que ese orden en el documento a estudiar, deslinde claramente la matrialización de la expresión de voluntad de las partes con la participación del Notario, ya sea que éste actúe como "pedagogo de las partes" (conforme se le conocía antiguamente), bien como "asesor jurídico" (acepción actual). Una clara división, reiteramos, de la voluntad particuar y de las manifestaciones, aseveraciones y constancias del agente de la Función Notarial, con la secuencia cronológica necesaria, y como consecuencia de su condición de fedatario público, de hacedor de una función pública, investido de fe pública.

Nuestra intención en el presente aporte, consiste en señalar la estructura interna de la especie escritura pública, desde un ángulo de técnica notarial, con las incursiones necesarias e insalvables lo reiteramos en aspectos teórico-doctrinarios y tomando en consideración —principalmente— las disposiciones de la Ley Orgánica del Notariado vigente.⁽⁴⁾

En ese orden de ideas, nos referiremos al concepto de la escritura pública notarial, a las distintas partes que resulten del texto expreso de la ley, necesarias para su validez y eficacia, lo que nos permitirá concluir en la necesidad de una práctica uniforme en la redacción de la escritura pública, en la cual la técnica escrituraria destaque como obra principal del Agente Notarial, para darle lucidez y efectividad al Cuerpo Notarial y sobre todo el resultado material y destino primario de la función: el instrumento público en general y en particular la escritura pública.

b) Concepto

La escritura pública es considerada como la principal categoría del género instrumento público, conceptuado éste como todo escrito, original o reproducido, autorizado y autenticado por Notario y resguardado por él, conforme a la ley, procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función notarial.⁽⁵⁾

Se ha definido la escritura pública como el resultado de un procedimiento voluntario, establecido por la ley o convenido por las partes, realizado en presencia y con intervención de un Notario, cuya finalidad

(4) Ley Orgánica del Notariado: N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas.

(5) MARTINEZ SEGOVIA, Francisco, *Función Notarial. Estudio de la Doctrina y Ensayo conceptual*, E. Jurídicos Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 22.

GIMENEZ ARNAU, Enrique, en *Instituciones de Derecho Notarial*, Instituto Editorial Reus, T. II, Madrid, 1954, p. 51, considera como conceptos afines, forma, documento e instrumento. No obstante, podemos afirmar que Documento Público es el género e Instrumento Público la especie tal y como las distinguen los artículos 732 y 733 del Código Civil nuestro.

principal es constituir derechos, confiriéndoles titularidades que resultan de los distintos negocios jurídicos.⁽⁶⁾

Para Larraud cuando hay escritura pública, sucede que una o más personas concurren ante el escribano y le manifiestan su voluntad al respecto de un objeto jurídico, otorgando la narración que de ello hace el Agente, con los resultados legales, en su protocolo, es decir, es todo instrumento notariado en un protocolo, según las formas requeridas, y que registra un otorgamiento.⁽⁷⁾

El anteproyecto de ley Notarial Argentina, dice que escritura pública es todo documento matriz que contiene un acto o negocio jurídico,⁽⁸⁾ recalando la distinción tradicional entre escritura y acta notarial por el contenido.

No define nuestra ley el documento en mención. Simplemente señala que toda escritura matriz debe extenderse en el Protocolo en curso que lleva el Notario.⁽⁹⁾

Observamos entonces, que la escritura pública, es un documento notariado, valga decir, autorizado por Notario, dentro del marco de su competencia, con las formalidades que la ley señala y que contiene un acto o negocio jurídico, destinado siempre en consecuencia, a consignar una declaración de voluntades y a producir consecuencias jurídicas.

c) La estructura interna

1.—Generalidades:

La escritura pública en sus efectos y en su composición es una Unidad, es un todo indivisible, que tan solo para efectos técnicos de redacción escrituraria y para efectos didácticos suele dividirse. Pozzo,⁽¹⁰⁾ considera que toda escritura pública es una unidad categórica (lógica y ontológica) integrada por elementos de distinto valor que deben distribuirse orgánicamente en virtud de principios estrictos. Para quienes se preocupan por la etiología del desorden técnico que aparece en tantas es-

(6) FALBO, Miguel N., *Naturaleza Jurídica del Documento Notarial*, Cuad. Not. N° 33, Edic. Univ. Not. Arg., La Plata, Argentina, pág. 23.

(7) LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1966, pág. 305.

(8) Art. 35, de Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, Ed. Instituto Derecho Notarial, U. Not. Arg., La Plata, Argentina, 1968.

(9) Art. 65, Ley Orgánica del Notariado, N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas.

(10) POZZO, cit. por PELOSSI, Carlos A., *Técnica de la Redacción Escrituraria*, en Cuadernos Notariales, Ed. Un. Not. Arg. La Plata, Argentina, pág. 92.

crituras, resulta fácil advertir que el desbarajuste es consecuencia de falta de conocimientos no sólo jurídicos sino también gramaticales, y desde luego filosóficos.

De tal manera que existen diversas partes en que podemos dividir la escritura pública, lo que viene a configurar su estructura interna, considerada ésta como la distribución y combinación de las distintas partes que integran la composición o texto del documento. Esto nos dará como resultado primordial, la ordenación de todos aquéllos elementos en la redacción y confección de la escritura, lo que evidenciará y reflejará todos y cada uno de los objetivos propios del instrumento público.

Obsérvese entonces, como resultado de lo dicho, que esta etapa documental mostrará necesariamente la profesionalidad jurídica del afor del instrumento. De ahí que resulta imprescindible la formación universitaria plena del Notario, para que adquiera los dotes técnicos jurídicos los que unidos a la idoneidad moral y a la experiencia, harán del sujeto de la función un ser dotado de ciencia y experiencia.⁽¹¹⁾

La estructura interna de la escritura pública como consecuencia de lo manifestado supra, es fiel reflejo de la preparación de su autor, ya que es la ordenación sistemática del contenido del instrumento público, como reflejo documental de las diversas actividades del Notario; asesora, interpretativa, calificadora, etc. amén claro está, de las declaraciones (esenciales) de los intervinientes en el acto, contrato o hecho instrumentado por el Agente.

En síntesis, creemos que es necesario un orden. Un ordenamiento para establecer y deslindar en ese discurso escrito, como lo es la escritura pública; por un lado las manifestaciones de las partes, las declaraciones de los testigos, intérpretes y traductores; por el otro, las afirmaciones del Notario y así como todas aquéllas circunstancias que en una u otra forma la ley exige para la validez y eficacia del instrumento público notariado, el cual formalmente válido dará a partes y terceros un significado de certeza y seguridad jurídicas.

Es conveniente —aunque sea someramente—, analizar el deber de redacción que tiene el Notario, para mencionar posteriormente, los diversos sistemas de redacción de la escritura pública y del instrumento en general que se han seguido.

2.—Sistemas de redacción:

El proceso de la redacción escrituraria, implica una operación del pensamiento intelectual del agente notarial. Este recibe la voluntad de las

(11) Sobre el particular ver: MUÑOZ, William R. *Contribución al VII Encuentro Americano del Notariado*, Acapulco, México, 1974, publicado en Revista de Ciencias Jurídicas, Univ., de Costa Rica, N° 27, pág. 97 y ss., 1975.

partes en declaraciones, ayunas —generalmente— de técnica, de concordancia y de unicidad. Es necesario entonces que proceda a redactar el instrumento, tomando en consideración las siguientes reglas: a) que la redacción sea sencilla; b) que sea técnica; c) que sea jurídica y d) que tenga claridad en la interpretación y adecuación del contenido al ordenamiento jurídico en vigor.

Respecto a ese contenido, Núñez Lagos,⁽¹²⁾ nos dice que en la redacción, el Notario —por ministerio de la ley— interfiere en las declaraciones de voluntad de los comparecientes, las estructuras jurídicas indispensables, es esqueleto legal del acto o contrato. Es la verdad en su molde legal, la verdad envuelta en su veste indispensable y en lo posible transparente. Es en la dimensión papel, equivalente a la "maja vestida". El orden interno que el Notario da a la narración, es un orden natural, como podría darle en una declaración de verdad, cualquier persona veraz. Es un orden de crónica, y el notario hace de cronista, pero con fe pública. El orden interno en la redacción es más complejo. Obsérvese que mientras en la escritura pública el Notario redacta, en el acta notarial, lo que procede a hacer es a narrar. Diferencia obvia, aún cuando en ciertas escrituras podríamos hablar de narración de voluntades.

El Notario, en primera parte, ha de ocuparse en ordenar conforme a la ley —un orden extranatural— contenidos de voluntad ajena. En una segunda parte ha de completar el cuadro con aquéllos pactos, que según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico, aseguren la efectividad de los objetos previstos por los otorgantes. Ambos cometidos son propios, no de todo hombre veraz, sino de un jurista, de un técnico.

Consecuentemente y en síntesis, resalta la importancia del deber de redacción de la escritura, privativa del Notario en nuestro Sistema Notarial Latino.

Varios sistemas existieron y existen para la redacción del instrumento público. Sin detenernos, tan solo lo necesario y simplemente como una mención de relevancia, para la comprensión ulterior, examinémoslos:

- a) *Sistema primitivo*: Distinguió este sistema dos partes: una primera en la que se consignaba la relación jurídica y una segunda destinada a las circunstancias necesarias para la validez instrumental. Es decir dividía el tenor del negocio y las publicaciones. Se usó este sistema hasta el siglo XVI.
- b) *Sistema cronológico*: Dispone la redacción y distribución de la escritura según la secuencia de realización de los hechos, de las circunstancias y del acto jurídico mismo. El documento contiene la narración de algo sucedido en determinado momento histórico. Su semejanza con las sentencias es bastante marcada y obvia.

(12) NUÑEZ LAGOS, Rafael^o. *Los esquemas*, op. cit., pág. 82-83.

c) *Sistema lógico*: es aquél en el cual la escritura pública es un silogismo y cuya redacción debe comprender necesariamente, los hechos determinantes del otorgamiento por un lado y la declaración de voluntad por otro. Distingue así en antecedentes (premisa mayor), acto dispositivo (premisa menor) y manifestaciones autorizantes del Notario (conclusión).

d) *Sistema científico jurídico*: Este sistema con mayor arraigo en aquellos países que siguen el Sistema Latino, considera que toda escritura pública es la manifestación de una relación jurídica y en tal virtud debe reflejar los variados elementos que la componen: así distingue elementos personales, reales, contractuales y adjetivos. Divide la escritura pública y su estructura interna en cuatro partes:

- 1.—Comparecencia: que comprende los elementos personales;
 - 2.—Exposición: que comprende los elementos reales;
 - 3.—Disposición: que comprende los elementos contractuales; y
 - 4.—Autorización: que señala los elementos adjetivos del instrumento.
- 3.—Derecho comparado:

Antes de entrar al estudio de la estructura interna de la escritura en nuestro país, mencionemos las diversas modalidades que siguen algunos miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino en relación a la materia.

Argentina: Las legislaciones de las diversas provincias argentinas, en términos generales, adoptan como partes de la escritura pública las siguientes: epígrafo o encabezamiento, comparecencia; exposición; estipulación o disposición; otorgamiento y autorización.⁽¹³⁾

Chile: La legislación chilena, distingue: encabezamiento, comparecencia, estipulaciones o disposiciones, cierre, autorización y firma.⁽¹⁴⁾

España: Distingue: comparecencia y capacidad; exposición; estipulación, otorgamiento y autorización.⁽¹⁵⁾

Francia: El sistema Notarial Francés, dispone como partes para la redacción del instrumento público, las siguientes: preámbulo y comparecencia; exposición; estipulación y cierre o término.⁽¹⁶⁾

(13) FALBO, Miguel N., *Técnica de la redacción escrituraria*, en Rev. Notarial N° 741, La Plata, Argentina, 1962, pág. 370.

(14) DIAZ MIERES, Luis, *Derecho Notarial Chileno*, 1965, págs. 16 y ss., citado por PELOSSI, Carlos A. op. cit., pág. 117.

(15) GIMENEZ ARNAU, Enrique, op. cit. págs. 96 y ss.

Italia: Establece: el protocolo; el texto; el escatolo y protocolo final.⁽¹⁷⁾

Uruguay: Señala: comparecencia o introducción; texto negocial; antecedentes o disposiciones; constancias o certificados finales y suscripción.⁽¹⁸⁾

México: Solamente dos partes se dejan ver en la escritura pública mexicana: contenido sustantivo y contenido adjetivo.⁽¹⁹⁾

De suma importancia resulta la técnica que propone el Notario Zinny,⁽²⁰⁾ para la distribución y redacción de la escritura pública. Según este autor, deben existir las siguientes partes: a) el acto, el cual contiene el lugar, la fecha y todas las circunstancias propias del contrato en general; b) situaciones preexistentes, referidas al nombre y apellidos de los comparecientes, calidades y generales, antecedentes del inmueble en compraventa inmobiliaria; c) otorgamiento por las partes y finalmente d) la autorización, con el nombre del notario autorizado, número de registro y su firma.

En nuestro país, la Ley Orgánica del Notariado, en su artículo 68, señala que la escritura contendrá tres partes: introducción, cuerpo o contenido y conclusión. Es decir que si examinamos la tendencia de los países mencionados precedentemente, incluyendo el nuestro, podemos afirmar que con leves variantes, siguen el sistema científico jurídico.

Arribando al punto central del trabajo, creemos de suma importancia la adopción en materia de redacción y división de la escritura pública, en su estructura interna.

Introducción: dividida en encabezamiento y comparecencia;

Cuerpo o contenido: distinguiendo dos partes: Antecedentes o parte expositiva y estipulación o parte dispositiva y finalmente conclusión, dividida en otorgamiento y autorización.

De conformidad con esta división examinamos la estructura interna de la escritura pública, adheriéndonos desde ahora a este sistema por motivos manifiestamente obvios tal y como lo hemos venido sosteniendo.

(16) PELOSSI, op. cit., pág. 108-109.

(17) ANSELMÍ, cit. por PELOSSI, op. cit., pág. 107.

(18) LARRAUD, op. cit., págs. 378 y ss.

(19) CARRAL Y DE TERESA, cit. por PELOSSI, pág. 114-115.

(20) ZINNY, Mario A. *Crítica a un instrumento público*; Ed. Univ. Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1961, págs. 2643, 76; véase además en donde aparece la idea más ampliada Documento Notarial, orden vigente y dogmática; en Rev. Col. Escrib. de Entre Ríos, Argentina, N° 151, año 1964.

d) La introducción:

Genéricamente la introducción es aquélla sección de la escritura pública en la que se expresan y establecen todos los elementos subjetivos del acto o contrato que se formaliza en la escritura. Podemos dividirla de conformidad con la anunciación precedente, en encabezamiento y en comparecencia en sentido estricto.

1.—Encabezamiento: comprende, según disposiciones de la Ley Orgánica los siguientes elementos: número de la escritura,⁽²¹⁾ el cual debe ser consignado en letras; el nombre y apellidos del notario o notarios, en caso de que el otorgamiento se efectúe ante dos notarios. Igualmente debe establecerse el lugar donde está ubicada la oficina o en su defecto "de este domicilio", si coincide con el lugar del otorgamiento, conforme se verá infra.⁽²²⁾ En caso de que la actuación del Notario se esté realizando fuera del lugar de su domicilio, es decir fuera del lugar donde tiene su oficina, se hará constar dicha circunstancia expresamente.⁽²³⁾

2.—Comparecencia en sentido estricto: aparecer, dejarse ver es el significado etimológico de comparecencia. Desde el ángulo judicial resulta ser aquél acto en virtud del cual una persona, cumpliendo las formalidades legales pre-establecidas se presenta ante un Juez o Tribunal competente. "Su estudio comprende el lugar, tiempo y forma que en el acto se realiza. La forma a su vez abarca generalmente tres supuestos: ante quién, quién y cómo."⁽²⁴⁾

Tomando en cuenta los aspectos notariales relevantes, la comparecencia es la presentación que realizan las partes del negocio jurídico ante el Notario para que éste proceda a instrumentar dicho acto contractual dándole forma para su validez y eficacia. "Comparecientes", es el término técnico-jurídico adecuado para designar a quienes rogan y ponen en marcha el procedimiento notarial. Implica la materialidad del hecho reflejada en la presencia de los requirentes, y la necesaria coetaneidad de la presencia de ellos y del Notario. En la comparecencia en sentido estricto no hay declaraciones de voluntad, ni declaraciones vinculantes de las partes intervinientes en el acto contractual. Son atestaciones oficiales que corresponden al "director" del acto, es decir, el Notario, o bien, podrían darse —eventualmente— declaraciones oficiales que corresponden al Notario (sobre hechos materiales y juicios de propia ciencia) y declaraciones de ver-

(21) Art. 66, Ley Orgánica del Notariado, op. cit.

(22) Art. 69, Ibid.

(23) El encabezamiento en esa situación, por ejemplo, diría: Número uno: Ante mí. . ., Notario con Oficina en San José, actuando en la Ciudad de Cañas, Guanacaste. . .

(24) PELOSSI, Carlos A., op. cit., pág. 126.

dad de los comparecientes (en su mayor parte de tipo confesorio). De las aseveraciones auténticas que realice el Notario en esta parte de la escritura pública, dependerá —en buena medida— la veracidad y autenticidad del contenido documental.

Consecuentes con lo dicho, es esencial que esta sección contenga los nombres y apellidos de los que intervengan en el acto a instrumentar, es decir, no sólo de las partes, sino también de todos los sujetos (testigos, traductores, intérpretes, etc.), identificándolos plenamente, dando fe de su identidad así como de su capacidad.

Podemos enumerar los elementos de la comparecencia en sentido estricto así:

- a) Nombre o nombres y dos apellidos de las partes contratantes o comparecientes;
- b) Circunstancia de ser mayores de edad y en el caso de ser menores de edad, el número de años cumplidos. Así y en el caso de ser menores, la razón por la cual pueden comparecer.
- c) Estado civil: soltero, viudo, divorciado, separado judicialmente o casado. En este último caso, deberá indicarse el número de nupcias.
- d) Profesión u oficio.
- e) Domicilio, y no vecindad. Es esencial establecer el domicilio de los comparecientes, para su precisa y fácil localización legal, tal y como lo ha establecido al menos para los testimonios de escritura que deben presentarse a la Dirección General de Tributación Directa para el trámite de "anotado".⁽²⁵⁾
- f) Como cumplimiento a la disposición del artículo 70 de las varias veces citada Ley Orgánica, es necesario hacer mención del número de cédula del compareciente, lo que evidenciará que el Notario se está fundando en dicho documento para la identificación del compareciente.
- g) En caso de ser extranjero el compareciente, se indicará la nacionalidad y el número de cédula de residencia o del pasaporte en su caso. Es aconsejable en este supuesto, adjuntar al legajo de referencias,⁽²⁶⁾ una copia o fotocopia del documento de identificación del compareciente, en caso de extranjeros.

(25) Así lo ha establecido el Decreto Ejecutivo N° 2080G de 6 de octubre de 1971, Reglamento al artículo 69 de la Ley Orgánica del Notariado.

(26) Art. 25, Ley Orgánica del Notariado: se refiere al Legajo de referencias que resulta ser un compendio de la documentación necesaria para instrumentar determinado acto, así como la copia del documento, que instrumenta el acto, así como la copia del documento, que instrumenta el acto jurídico. Ver: SALAS, O. Derecho Notarial de C. A. y Panamá, ed. Costa Rica, 1973, págs. 420-421.

h) Ante la no exhibición de la cédula de identidad por parte del interesado, el Notario, acatando las disposiciones del artículo 70 de la ley, y siempre que no conozca a las partes tan solo a alguna de ellas, deberá solicitar la comparecencia de dos testigos de conocimiento, que conozcan a las partes y sean a su vez conocidas para fundar sobre el dicho de éstos la fe de conocimiento. Obvio, resulta, que la identificación de estos testigos y la mención de ello, debe hacerse en la comparecencia en sentido estricto, tomándose en cuenta los nombres y apellidos y además calidades necesarias para su identificación.

i) El carácter del otorgante: En caso de que el otorgante lo sea a nombre de otro, el Notario dará su fe de la personería con vista del documento en que conste tal circunstancia, especificando fecha, funcionario autorizante, y en caso de que el documento estuviere inscrito en cualquiera de los Registros Públicos, bastará con citar esa inscripción.⁽²⁷⁾ Si no se llega a establecer nada en contrario el compareciente —se entenderá— que actúa a título personal. Es necesario —reiterando— dar fe del carácter en que está actuando el compareciente con vista del documento respectivo que a la vez, firmará parte del protocolo o Legajo de referencias al que aludíamos precedentemente.

j) Puede hacerse constar en esta misma sección, dado que no existe impedimento legal, la comparecencia de testigos instrumentales, traductores o intérpretes (cuasi comparecientes), así como los de cualquier sujeto que comparezca a la hora de otorgarse y autorizarse la matriz. Con ello se logra una mayor perfección estética del documento. Tales circunstancias se harán, mencionando nombre, apellidos, número de cédula y carácter en que comparece cada uno.

En efecto, no existe impedimento legal, aunque la práctica costarricense sea otra, pues pese a que el artículo 76, inciso 3 de testigos e intérpretes debe estipularse en la conclusión, el artículo 77 la Ley señala que, todas las circunstancias de comparecencia de de la misma ley dispone a renglón seguido que no es necesario que estos requisitos se consignen en dicha sección. Por esta razón —primordialmente— y dado que esta primera parte comprende los elementos personales, consideramos conveniente que en la comparecencia de la escritura pública se incluyan todos los datos mencionados.

k) Examen y calificación de la capacidad natural y legal de los sujetos personales del acto. Aún cuando esta calificación no resulta del texto expreso de la ley notarial, se puede deducir por vía implícita del Código Civil (artículos 20 y siguientes), estableciéndose la obligación de calificar previamente la capacidad de los otorgantes ya que en caso contrario podría incurrir el agente en responsabilidad.

(27) Artículo 71 Ley Orgánica del Notariado.

Es en la segunda parte, —cuerpo o contenido— donde "hablan las partes", por intermedio del Notario, dado que es su deber, tal y como lo dijimos y en su carácter de autor del documento, redactar, técnica y jurídicamente sin olvidar la sencillez y la claridad en la expresión.

f) El cuerpo o contenido:

La segunda parte en la estructura interna de la escritura pública está formada por su cuerpo. Es en éste donde se establecen y estipulan todos los elementos y circunstancias objetivas del acto contractual a instrumentar.

La práctica nuestra —hasta donde conocemos—, ha sido la de incluir una serie de antecedentes en forma desordenada sin seguir un orden jurídico ni lógico y confundirlos con las estipulaciones o manifestaciones de los comparecientes del acto contractual.

Existen dos secciones: las llamadas antecedentes o parte expositiva y las estipulaciones o parte dispositiva. Obsérvese las diferencias de uno y otro a primera vista: en un caso se hará relación de todas las circunstancias objetivas que resultan ser antecedentes necesarios tales como la titularidad, descripción del bien, etc.; en la parte dispositiva, se enumerarán con detalles, las estipulaciones pertinentes de los sujetos del negocio contractual. Veámoslas separadamente.

1.—Antecedentes o parte expositiva:

Suele definirse como aquélla parte en la que, después de haberse fijado e identificado la personalidad de los comparecientes se describe el objeto de la relación o del acto de voluntad que sobre el objeto en cuestión se va a realizar; se justifica su dependencia jurídica del sujeto y se establecen los supuestos que en el orden lógico y jurídico sean antecedentes de los pactos, estipulaciones o manifestaciones de voluntad que seguidamente han de hacer los comparecientes.

Es necesario consecuentemente, indicar en esta parte, no sólo el objeto, sino la causa del acto contractual, los motivos que impulsan al compareciente a declarar su voluntad, los deberes, etc. El agrupamiento de estos aspectos en una forma ordenada y sistemática permiten al documento la claridad necesaria para la correcta interpretación de las estipulaciones y que subsidiariamente evitaría litigios, juicios, derivados —claro está— de la incorrecta interpretación de las disposiciones contenidas en el instrumento público; éste, no estaría cumpliendo la misión principal, ni el Notario estaría ejercitando la función notarial para suplir la necesidad social para la cual fue creado a su "imagen y semejanza": la función autenticadora, legitimadora, aseguradora y reintegradora.

Núñez Lagos,⁽²⁸⁾ recalcando la conveniencia de esta distinción nos indica que en la técnica notarial de hoy se distingue entre parte expositiva y parte dispositiva o estipulatoria. La distinción entre la exposición y las estipulaciones modernas. En los viejos formularios se habla de pactos refiriéndose al fondo o negocio y de capítulos, refiriéndose a la forma instrumental. Se habla de palabras enunciativas y palabras expositivas; y los formularios aconsejaban un proemio o preámbulo para exponer los antecedentes del caso.

En síntesis podemos manifestar que esta sección o parte de la escritura pública en su estructura interna resulta ser una conveniencia lógica y no una necesidad legal, dado que la Ley Orgánica del Notariado no establece norma expresa alguna, que nos venga a indicar el deber notarial de incluir esta sección. Pese a lo dicho, en forma implícita podríamos derivarlo de la primera parte del artículo 72, que señala: "El cuerpo de la escritura contendrá la relación clara y circunstanciada del acto o contrato que se quiere hacer constar..." Veamos entonces, aceptando que por razones de lógica y estética, dicha parte debe estar incluida en la estructura interna del instrumento público, examinado, cuáles son los elementos que deben aparecer en la redacción:

- a) Justificación de la titularidad del derecho: Quien se presente ante la Notaría a constituir, transmitir, modificar, o extinguir un derecho debe justificar la titularidad que de él tiene, o al menos que haga clara manifestación de ser titular del mismo. No dice sobre el particular nada nuestra ley.
- b) Descripción de los bienes inmuebles, muebles u objeto del negocio jurídico.

Nuestra legislación⁽²⁹⁾ señala en principio la descripción clara y precisa del bien inmueble que sea objeto de una primera inscripción en el Registro Público; a tal efecto de hacerse la descripción del bien tomando en cuenta: naturaleza, es decir el fin destinado al inmueble, como por ejemplo: terreno con casa de habitación, destinado a la siembra del café, a la siembra de caña, etc. situación: con indicación del número y nombre del distrito, número y nombre del Cantón, nombre de la provincia, donde está localizado el inmueble; cabida: ha de indicarse la cabida en metros cuadrados, así como en sus múltiplos y linderos: indicándose tales linderos en la forma actual y verdadera. En relación a una segunda o ulterior inscripción los requisitos de naturaleza, situación, cabida y linderos no son necesarios, por interpretación clara de disposiciones de los artículos 73 de la Ley Orgánica del Notariado y 7 de la Ley 3883.

(28) NUÑEZ LAGOS, Esquemas conceptuales, op. cit. págs. 69, 83 y 85, cit. por GIMENEZ ARNAU, op. cit., págs. 162-163.

(29) Véase Art. 460 Código Civil, art. 73 L. O. Not. art. 7 Ley 3883 de 30 de mayo de 1967, Ley de agilización de trámites del Registro Público.

En este caso para identificar la finca, objeto de la contratación es suficiente con indicar: inscripción en el Registro Público, número del tomo, número del folio, número de asiento y número de finca, indicándose además el Partido o Sección donde está inscrita. Es necesario tratándose de inscripciones futuras la rectificación de todos aquéllos datos que se encontraron equivocados, tales como: modificación de la naturaleza, variación de linderos, y en general los que vengán a identificar la realidad jurídica extraregstral con la publicidad de Registros, para beneficiar, el tercero registral.⁽³⁰⁾ Es decir que exista una veracidad actualizada.

- c) Valor del bien: Existe una diferencia entre valor y precio. El primero lo es para los efectos fiscales. El segundo es para las estipulaciones de las partes en el acto contractual. Puede omitirse el valor y ello es práctica usual y reiterada en nuestro sistema, donde el precio de la transmisión es suficiente para determinar el monto de los impuestos fiscales, derechos de Registro y valuación del inmueble para los efectos del impuesto territorial.⁽³¹⁾
- d) Expresión de la causa o de los motivos del negocio: Sin entrar a analizar la teoría de la causa desde el ángulo del Derecho Civil, es conveniente manifestar que considerada la causa como objeto o aspecto integrante del mismo, es conveniente describir el objeto de la relación. Es decir es conveniente, aunque no se desprende expresamente de nuestra legislación civil o concretamente notarial, indicar en ciertos casos, la causa objetiva, así como los motivos o finalidad del acto a llevar a cabo, cuando esas circunstancias coadyuvan a una mejor interpretación del negocio jurídico bien a su validez o a su eficacia.

Finalmente, oñtestes con la doctrina y legislación extranjeras⁽³²⁾ se considera que los antecedentes son innecesarios en las instrumentaciones de los siguientes actos jurídicos: a) En aquéllos en que por la unidad y simplicidad del objeto o por la naturaleza de las estipulaciones, pueden incluirse las circunstancias relativas al mismo en los pactos, haciendo más concisa la redacción sin mengua de la claridad: ejemplo, la cancelación hipotecaria; b) a los actos de última voluntad, dado que no se opera la transmisión de modo inmediato (pues es preciso la muerte del testador); la exposición de antecedentes nada aclararía los bienes específicamente

(30) Tercero Registral, de conf. con el art. 455 del Código Civil, es aquél que reúne los siguientes requisitos: Que adquiera de quien tiene derechos para transmitir la titularidad del Derecho, que actúe de buena fe, a título oneroso y que inscriba su derecho.

(31) Véase la importancia y diferencia clara de valor y precio en tratándose de aquéllos actos en que no se transmite el dominio, v. gr., arrendamiento: hay diferencia económica y jurídica: la cosa tiene un valor, y se arrienda por precio inferior.

(32) GIMENEZ ARNAU, op. cit., pág. 161, SALAS, Oscar, op. cit., pág. 321.

donados o legados. No hace falta que se describan individualmente, sino con el mínimo de datos necesarios para identificarlas, dado que la descripción se hará en la escritura de adjudicación de bienes; también es posible la variación de bienes del testador, en el período comprendido entre el otorgamiento de la escritura de testamento y autorización por parte del Notario y la muerte del causante y c) en los actos unilaterales no testamentarios. En ellos siempre se hará referencia más o menos abreviada del contenido del negocio.

2.—Estipulaciones o parte dispositiva:

La parte más importante de la escritura pública, recibe el nombre de estipulaciones o parte dispositiva.⁽³³⁾ Resulta ser, la sección donde se establece clara y expresamente, la declaración de voluntad de los interesados en instrumentar el negocio jurídico; la exteriorización de la intención personal y subejtiva y el amoldamiento por parte del autor del documento, al ordenamiento jurídico en vigor, es decir, el derecho objetivo, con el fin de obtener fines que establece y la tutela consignada, confiándosele al acto jurídico, la certeza y la seguridad jurídicas necesarias. Es en síntesis la parte, en la cual, posterior al señalamiento de los sujetos, el objeto de la relación, como diría Giménez Arnau⁽³⁴⁾ se establecen los acuerdos, pactos y modalidades del negocio jurídico que la escritura se propone solemnizar.

De la confección de esta parte ha de resultar la eficacia no sólo de negocio jurídico sino de la escritura en sí. Porque obsérvese bien lo siguiente: Lo usual es que las partes contratantes les interese celebrar el contrato y fundamentalmente su resultado. Al Notario, como hacedor del documento se le encomienda éste para que técnica y jurídicamente, estructure internamente el opus de la función notarial: el documento público notariado.

La Ley Orgánica señala y a ella nos atenemos, como reglas a seguir en la redacción de esta parte de la escritura, las siguientes:

- a) La relación clara y circunstanciada del acto o contrato que se quiere hacer constar, tal y como hubiere paasdo ante el Notario y testigos instrumentales, o bien como lo refieren los mismos interesados en minutas, escritos o bien verbalmente.⁽³⁵⁾
- b) Como caso específico, señala la Ley,⁽³⁶⁾ que en la venta en que los condueños de una finca dividida en derechos hagan de parte mate-

(33) GIMENEZ ARNAU, op. cit., pág. 180.

(34) Ibid., pág. 179.

(35) Art. 72 Ley Orgánica del Notariado.

(36) Art. 74 *ibid.*

rial de ella se expresará, la formación en que el resto sigue perteneciendo a cada condueño. Y finalmente,

- c) En relación con las escrituras de cancelación parcial de créditos hipotecarios⁽³⁷⁾ dispone que la escritura deberá expresar el saldo que se queda debiendo y la finca o fincas que queden libres; y si la cancelación no afectara más que parte de una finca, se hará también la descripción completa de esa parte, lo mismo que la del resto.

f) La conclusión:

En esta tercera y última parte, podemos distinguir a su vez varias subdivisiones:

1.—Reservas y advertencias: Según Giménez Arnau, deben considerarse como un requisito formal superpuesto al documento, el deber del Notario de recordar a los otorgantes las obligaciones legales que contraen como consecuencia del otorgamiento. No obstante lo anteriormente manifestado, se podría considerar como perjudicial a las partes, el hecho de aceptar y declarar la voluntad de consentimiento en determinado acto contractual, si aún no conoce o no ha conocido —en lógico de secuencia cronológica— ciertas advertencias que hará el Notario; legales sí, pero que eventualmente pudieran variar su voluntad y que en caso de conocerlas quizá se hubiera abstenido de prestar su consentimiento.⁽³⁸⁾ Tal es el caso de todas aquéllas advertencias de tipo fiscal, que señalan los deberes de los otorgantes.

Debe el Notario, en consecuencia dejar constancia de los siguientes aspectos de conformidad con la ley:⁽³⁹⁾ a) constancia de haber tenido a la vista los documentos imprescindibles, así como de haber visto o no los documentos no esenciales a que se refiere el cuerpo de la escritura y, en su caso, de quedar unos y otros agregados al legajo de referencias; b) constancia de las advertencias legales a las partes, en relación con la ineficacia del acto contractual instrumentada, por tratarse de actos jurídicos o contratos que por defectuosos, informales o por cualquier otro motivo no pudieran ser eficaces; c) constancia de haberse agregado y cancelado el timbre correspondiente cuando esas operaciones correspondan al

(37) Art. 75 Ley Orgánica del Notariado.

(38) GIMENEZ ARNAU, pág. 198, distingue las advertencias y reservas separándose por el momento en que se hacen y por el contenido de las mismas. Según el primer criterio distingue: preliminares a la estipulación, que resultan del deber de asesoramiento y dirección del Notario; posteriores a la estipulación, advertencias legales, que tienden a hacer efectivo los derechos estipulados en el acto. Según el segundo criterio, distingue: reservas de derecho, por ejemplo, hipotecas legales, advertencia de deberes.

(39) Arts. 76 y 163, Ley Orgánica del Notariado.

Notario; d) constancia de dar a conocer y advertir a los interesados el valor y trascendencia legales que tengan las renunciaciones que hagan en concreto, o bien, las cláusulas que envuelvan renunciaciones o estipulaciones implícitas y advertencia a los adquirentes de inmuebles de la existencia de la hipoteca legal que los afecta en garantía de los impuestos territorial y municipal.⁽⁴⁰⁾

Pese a lo manifestado supra, la misma ley,⁽⁴¹⁾ se encarga de tener por "sobrentendido" aunque así no se diga expresamente, que las partes han sido advertidas del valor y trascendencia legales de las renunciaciones explícitas que han hecho y de las implícitas que se derivan de la contratación, así como de la existencia de las hipotecas legales que por impuestos o contribuciones nacionales o municipales pesan sobre los bienes traspasados, y de que los comparecientes han votado en las últimas elecciones populares, así como de que se han hecho a las partes, las advertencias de la ineficacia del acto contractual, instrumentado, pese a ser contrario a la ley.

Obviamente esto se podría convertir en regla general y en práctica resulta perjudicial a las partes. No es posible que a dichas advertencias no sólo se les de lectura, sino que el Notario no haga el conocimiento de las partes los alcances y trascendencia de las mismas.

2.—Otorgamiento: según Escobar de la Riva,⁽⁴²⁾ el otorgamiento es la parte final de la escritura en la cual se ratifica y se solemniza con las formalidades correspondientes, lo contenido anteriormente en el mismo instrumento, con las firmas de los intervinientes (o suplidas en forma legal) y el referendo del Notario.

Conforme lo veremos infra, una última parte de la conclusión está formada por la "autorización". Buen sector de los tratadistas, consideran en identificar tanto el otorgamiento como la autorización en una sola y última parte de la escritura pública. Son partes estrechas e indisolublemente unidas, que tan solo para efectos didácticos se factible desunirlas.

Comprende los siguientes aspectos: lectura del instrumento, consentimiento y aprobación de los comparecientes al negocio o acto jurídico instrumentado y finalmente la firma de los comparecientes, salvo quienes no pueden hacerlo.

3.—Autorización: "sería la asunción de paternidad del instrumento...".⁽⁴³⁾ Se demuestra por medio de la firma del Notario, que constituye la legitimación, y autenticación del documento notarial. De conformi-

(40) Lo anterior por disposición del artículo 64 de la Ley Orgánica del Notariado.

(41) Art. 78 *ibid.*

(42) ESCOBAR DE LA RIVA, cit. por GIMENEZ ARNAU, op. cit. pág. 215.

(43) NUÑEZ LAGOS, *Los esquemas*, op. cit., pág. 217.

dad con nuestra ley.⁽⁴⁴⁾ La primera firma es la del Notario, cierra la escritura pública, es decir se pone antes de las firmas de los comparecientes. La práctica —en cambio— es otra, dado que aunque materialmente aparezca de primero, es lo cierto que han firmado (cronológicamente) antes, las partes y testigos, así como traductores e intérpretes si los hubieran.

“Antes de la firma del Notario, es conveniente señalar que nuestra Ley Notarial exige dos requisitos: la fecha, con indicación de la hora, día, mes y año; el lugar donde se ha otorgado la escritura y las notas que fueren necesarias para salvar errores y hacer aclaraciones o modificaciones.⁽⁴⁵⁾

No obstante en buena técnica escrituraria, estos elementos debieran estipularse en el encabezamiento y dentro de éste en el subro correspondiente a “elementos espacio-temporales”,⁽⁴⁶⁾ tal y como se dijo oportunamente.

4: Conclusiones:

La escritura pública —la formación— como instrumento público, además de ser forma del acto contractual o negocio jurídico, así como de conferir prueba calificada para efectos procesal-probatorios, emana el valor seguridad jurídica a esa voluntad particular, exteriorizada acorde al interés de las partes y amoldada al ordenamiento jurídico.

La estructura interna de ese documento, reviste particular importancia. Con el buen ordenamiento de sus diversos elementos se logra, por medio de una redacción técnico-jurídica del autor, la perfecta exteriorización de lo que las partes han querido llevar a cabo. Es necesario para ese fin, el conocimiento técnico y doctrinario del agente, sólo logrado mediante una formación universitaria adecuada.

Desde un punto de vista técnico notarial, en Costa Rica, siguiendo la práctica sobre el particular, se impone una ordenación de todos esos elementos mencionados, pues es lo cierto que en materia de redacción de escrituras públicas impera cierto desorden, cuyo resultado se traduce en un documento incoherente, carente de estética, aún cuando surta los efectos propios establecidos en el Derecho Objetivo.

Consideramos que la estructura interna debe responder a lo que doctrinariamente se establece, delimitándose cada una de las partes por el Notario: Comparecencia: encabezamiento y comparecencia propiamente dicha; cuerpo o contenido: exposición y disposición y finalmente, que la conclusión esté formada por el otorgamiento y la autorización.

Nos encontraríamos frente a un “buen hacer” el documento público notarial.

(44) Art. 76, inc. 7, Ley Orgánica del Notariado.

(45) SALAS-HERNANDEZ, *Apuntes de Derecho Notarial*, Fac. de Derecho, U. de Costa Rica, 1970. pág. 45.

(46) Véase la sección de estructuras internas en el Derecho Comparado.

ALGUNAS REFORMAS AL REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. — ANALISIS Y COMENTARIO

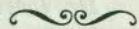
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

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

SUMARIO:

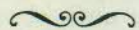
Siglas más usadas.
Resumen.

- I Introducción.
- II Reforma al reglamento de la contratación administrativa
 - A) Decreto Ejecutivo N° 16078-P-H (13 de febrero de 1985).
- III Conclusiones.
- IV Bibliografía de Referencia.



SIGLAS MAS USADAS

LAP	Ley de Administración Pública.
LARF	Ley de Administración Financiera de la República.
C	Contraloría General de la República.
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas.
RJ	Revista Judicial.
D	Decreto Ejecutivo.
H	Ministerio de Hacienda.
RCA	Reglamento de la Contratación Administrativa.
Art.	Artículo.
PLAN	Ministerio de Planificación.
LCE	Ley de Contratos del Estado.
J	Ministerio de Justicia.
CP	Constitución Política.
L	Ley.



RESUMEN

Este trabajo trata de dar una breve idea de reformas efectuadas al reglamento de la contratación mediante varios decretos.

La ausencia de una Ley de Contratos del Estado (LCE), incide sobre una normativa un tanto anárquica, desordenada y desarticulada. Existen una variedad de reglamentos (así, por ejemplo: el de la Caja Costarricense de Seguro Social, de la Proveeduría Nacional, Recope, Banco Popular, etc.) en materia de contratación administrativa. La emisión de una ley especializada contribuiría a darle una coherencia y ligazón apropiada a esta materia, obligando a la normativa reglamentaria a someterse a esa legislación común.

Cabalmente, el análisis de estos decretos muestran las incoherencias de una normativa que se emite desarticuladamente, tratando de reformar parcialmente el amplio campo de la legislación (en sentido genérico) en el terreno de los contratos que celebra la Administración Pública.

I INTRODUCCION

Hace poco tiempo se ha emitido una normativa nueva sobre la materia relativa a la contratación administrativa.

En este trabajo analizaremos algunos aspectos significativos de esa innovación jurídica contractual.

Es probable que el Poder Ejecutivo publique otro decreto reformando el N° 16078-P-H del 13 de febrero de 1985.

Recordamos que ya en otros trabajos habíamos expuesto algunos aspectos sobre la temática de la contratación administrativa, razón por la cual debe tomarse éste como parte de ese mismo tratamiento analítico y metodológico (cf. *la licitación pública en Costa Rica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1975, agotado; *Contribución al estudio del contratista público en Costa Rica*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado; *El concurso de antecedentes*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980, agotado; *La contratación administrativa pública*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas N° 48, 1982).

II REFORMA AL REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

A) Decreto N° 16078-P-H (13 de febrero de 1985)

Mediante este decreto se reformó el Reglamento de la Contratación Administrativa (ver Gaceta N° 54, alcance N° 5 del 18 de marzo de 1985).

1) Requisitos de los contratos que impliquen erogación

El Artículo 15, párrafo primero ha mantenido en su redacción:

- a) Existencia de financiamiento legalmente obtenido o fondos suficientes presupuestados de manera genérica o específica para la finalidad propuesta.

El párrafo segundo de este numeral decía:

"Respecto de aquellos contratos cuya ejecución exceda de un período fiscal o implique erogación principal a los cinco millones o al 5% del presupuesto ordinario de gastos vigente, salvo financiamiento legal-

mente obtenido, se debe procurar la autorización de la Contraloría General que será extendida previo estudio jurídico financiero de la situación del ente. La Administración se comprometerá formalmente en la solicitud de autorización a incluir en el presupuesto o presupuestos subsiguientes, según sea el caso, las partidas necesarias para la cancelación total de la obligación”.

Del párrafo segundo, la reforma vigente sólo dejó la parte final del derogado párrafo:

“La Administración se comprometerá formalmente en la solicitud de autorización a incluir en el presupuesto o presupuestos subsiguientes, según sea el caso, las partidas necesarias para la cancelación total de la obligación”.

Al respecto la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría) manifestó lo siguiente:

“El segundo párrafo de este artículo (el 15) carece de sentido, pues se omitió incluir el párrafo precedente que contiene el inciso anterior a esta reforma, que es donde se prescribe en qué casos se requiere de la autorización de la Contraloría”.⁽¹⁾ (La recta es nuestra).

Asimismo, la Contraloría advierte que el inciso h) de ese artículo 15 eliminado, señalando que:

“Por otra parte ignoramos si la derogatoria del inciso b) de ese artículo fue consultada con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, pues el mismo fue introducido a instancia de este Ministerio”.⁽²⁾

Agregando lo que sigue:

“Aparte de que con fundamento en este inciso h), se emitió el Decreto Ejecutivo N° 14694-PLAN de 15 de julio de 1983, publicado en La Gaceta N° 143 del 29 de julio del mismo año, al que no se hace referencia alguna en esta reforma”.⁽³⁾

(1) Carta de la Contraloría dirigida al Ministro de Hacienda Lic. Porfirio Morera Batres, el día 28 de marzo de 1985, oficio N° 3045, pág. 1. La Contraloría advierte que no fue consultada sobre este Decreto.

(2) *Idem.*

(3) *Ibidem.* El inciso h) decía: “En las contrataciones que impliquen adquisición de tecnología, la administración realizará un estudio sobre la base de las normas que respecto a esta materia haya emitido y publicado, previa consulta con la Contraloría General, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Se entenderá que una contratación implica la adquisición de tecnología cuando ella involucra licencias de propiedad industrial, transferen-

En ambas observaciones lleva razón la Contraloría. Es probable que en una ulterior publicación el Poder Ejecutivo haga las correcciones del caso.

El párrafo tercero del artículo 15, citado, decía:

“En situaciones especiales, a criterio de la Contraloría, ésta puede autorizar la publicación de carteles o la tramitación de licitaciones privadas, aún antes de que haya entrado en vigencia un presupuesto o su modificación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En tal supuesto, la Administración advertirá expresamente en el cartel y así se hará constar también al dictar el acto de adjudicación, que el contrato que se llegue a perfeccionar queda condicionado en su eficacia a la disponibilidad presupuestaria”.

Este párrafo tercero dice en la actualidad:

“En situaciones especiales a criterio de la Contraloría, ésta puede autorizar la publicación de carteles o la tramitación de licitaciones privadas, aún antes de que haya entrado en vigencia un presupuesto o su modificación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria”.

La reforma en cuestión lo dejó intacto.

cia de conocimientos técnicos en cualquier forma, asistencia técnica o la adquisición de plantas “llave en mano”, caso este último en que se estará a lo que dispone el artículo 22” (Decreto Ejecutivo N° 14475-H/83). Por su parte el decreto ejecutivo N° 14694-Plan se refiere (está vigente) a los requisitos que deben llenar los contratos de adquisición de tecnología y “llave en mano”. Se hace imprescindible que este inciso h) sea puesto de nuevo en vigencia para que sea eficaz.

Art. 22: la contratación de obra pública no podrá promoverse conjuntamente con la elaboración de los planos o especificaciones, debiendo ser éstos, en cuanto necesarios, suministrados de previo por la administración, quien los obtendrá de sus propios servicios o por los medios legales establecidos. Sin embargo, bajo circunstancias muy calificadas, podrá la Contraloría General autorizar concursos en los que se licite la concepción completa de la obra junto con la respectiva cotización; o bien, variantes o alternativas respecto a las especificaciones o planos suministrados por la administración. En estos casos, el cartel establecerá claramente tal modalidad a la vez que dejará constancia de estar autorizada por el órgano contralor. Asimismo, requerirán autorización de la Contraloría General, los suministros bajo la modalidad “llave en mano” que impliquen adquisición de tecnología.

2) Prohibición de fraccionar operaciones mercantiles.

El Artículo veinte —20—, decía:

"Queda prohibido fraccionar operaciones respecto a necesidades previsibles, con el propósito de evadir el procedimiento normal de la contratación. El fraccionamiento se reputa ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro sucesivo que se pretende obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto. A los efectos de este artículo, los entes públicos que realicen vastos proyectos, o con una organización muy compleja, podrán administrar su régimen de suministros con independencia para cada proyecto o unidad orgánica en circunstancias excepcionales que a juicio de la Contraloría General, justifiquen plenamente tal separación".

Actualmente este numeral manda:

"Queda prohibido fraccionar operaciones respecto a necesidades previsibles con el propósito de evadir el procedimiento normal de contratación. El fraccionamiento se reputa ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro necesario que se pretenda obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto".

Este numeral incluye esta modificación:

"No obstante la adquisición de bienes y servicios que sean para uso, aplicación o consumo inmediato o urgente, no se considerará como fraccionamiento siempre que existan razones fundadas para admitir que no hubo imprevisión por parte de la Administración, quedando librada a la entera responsabilidad de aquella la veracidad de las situaciones que califican la urgencia de cada caso. Tampoco se consideran fraccionamiento aquellos casos en que, por su naturaleza y origen, los bienes y servicios puedan ser adquiridos de proveedores que ordinariamente ofrecen líneas no competitivas entre sí, a pesar de que éstos estén incluidos dentro del mismo gasto-objeto". (La recta es nuestra).

La parte final del numeral 20 anterior, se mantuvo en la actual redacción, referida a los "vastos proyectos".

La Contraloría, de acuerdo al oficio mencionado, no manifestó ningún comentario a la modificación de este numeral 20.

Tal cambio, me parece razonable y adecuado a las circunstancias.

3) Plazo para la recepción de ofertas

El numeral 45 del reglamento en cuestión, fue modificado en lo concerniente a los días, para que en lugar de "días hábiles" se lea "días naturales".

La intención es la de reducir los plazos, sin duda. La Contraloría hace la observación (oficio citado) de que lo correcto era mantener los días como hábiles, aunque fueren reducidos en su plazo, ya que "la experiencia nos muestra los múltiples problemas que se suscitan con motivo del establecimiento de plazos en días naturales" (oficio *idem*).

La observación de la Contraloría nos parece procedente, ya que es preferible utilizar los días hábiles en lugar de los días naturales.

4) Modificaciones al cartel

El numeral 46 se refiere a las modificaciones que se hacen al cartel.

La diferencia entre el texto anterior y el vigente, se refiere al párrafo primero de ese artículo, ya que se reforma al plazo mínimo que debe existir entre la fecha de la publicación de la modificación al pliego de bases y la del vencimiento para recibir ofertas de 15 días hábiles a 8 días hábiles.

El resto del artículo queda igual.

Aquí también se observa la intención del Poder Ejecutivo por acortar los plazos para darle mayor celeridad al proceso de la licitación.

5) Garantía de participación

Al artículo 56 promulgado, esta reforma le agregó un párrafo final que dice:

"En casos especiales, a juicio de la Administración, cuando una licitación sea susceptible de adjudicación parcial, se pueden considerar ofertas cuyas garantías de participación hayan sido presentadas en monto inferior al que corresponda".

La Contraloría expresa (oficio cit.) que la introducción del último párrafo a este artículo resulta absolutamente improcedente, toda vez que implica una violación de los principios de libre participación, y de igualdad de oportunidades y de trato, además de que contraviene las disposiciones sobre garantías.

Al respecto, pareciera que no lleva razón la Contraloría, ya que cuando se publica el cartel, por ejemplo, por 100 máquinas de escribir, se sabe que la Administración puede hacer adjudicaciones parciales (es decir, por menos de esa cantidad). En estos casos especiales, si el oferente no presentó una *caución de participación* por la totalidad (o sea, las 100 máquinas), si no por menos (digamos 80), la Administración puede seleccionar esta plica si quiere adjudicar 80 máquinas, ya que la garantía cubre bien esta adjudicación.

Como se observa se trata de casos especiales. El principio, en materia de garantías, es que la caución cubra el monto adjudicado, en el porcentaje exigido. No se puede ser rígido, requiriendo la totalidad de una garantía de participación para una adjudicación parcial. Es decir, pareciera improcedente que se requiera una garantía total para las 100 máquinas, cuando la adjudicación es por un número menor. Lo que sí se debe exigir es que los oferentes coticen con cauciones completas para las 100 máquinas, aunque la adjudicación sea por un número inferior.

Lo absurdo es que la Administración no pueda hacer una adjudicación parcial porque la garantía no cubre la adjudicación total, aunque sí la parcial.

Sin embargo, hay una razón práctica que confirma, en definitiva, el criterio de la Contraloría:

Se podría dar una anarquía entre los oferentes, ya que unos podrían presentar un monto por la caución de participación y otros uno distinto.

Efectivamente, se violan los principios de libre participación, igualdad de oportunidades y de trato.

6) Garantía de cumplimiento

El artículo 57, vigente es ilegal porque establece que la caución de cumplimiento será determinada por la Administración interesada entre un 1% y un 10% del monto de la cotización, debiendo fijar el porcentaje en el respectivo cartel. El ilegal, porque la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) en su artículo 102, inciso d) manda que esa garantía debe ser del 5% del monto adjudicado. Aclarando que la Contraloría puede autorizar un monto mayor, en cada caso concreto; y, no en forma genérica.

Otra irregularidad que tiene ese numeral 57, es que se refiere a un porcentaje (entre un 1% y un 10%) del monto de la cotización, siendo lo correcto "del monto adjudicado", ya que la caución juega respecto de lo que efectivamente adjudicado y no sobre lo cotizado. Sí, es pertinente

establecer el monto de la caución respecto del monto cotizado, cuando se trata de la garantía de participación; pero, de ninguna manera en tratándose de la de cumplimiento.

Este punto de vista lo expresa, también, la Contraloría en el oficio de marras.

7) Modo de rendir la garantía

Antes de 1982, el artículo 61, decía:

"Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento, se rendirán independientemente para cada negocio, mediante depósito de bono de garantía del Instituto Nacional de Seguros o de uno de los bancos de la Nación; bonos del Estado o de sus instituciones; cheque certificado o de gerencia de un banco de la Nación; dinero efectivo mediante depósito de un banco también nacional, acompañando la boleta respectiva o, depósito directo en la administración interesada, de no existir en el lugar sucursal o agencia bancaria que preste ese servicio".

Por decreto ejecutivo N° 13441-H, del 10 de marzo de 1982 (cf. Gaceta N° 56 del 23 de ese mismo mes y año), se reformó ese primer párrafo del artículo 61, en este sentido:

"Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento, se rendirán independientemente para cada negocio, mediante depósito de: bono de garantía del Instituto Nacional de Seguros o de uno de los bancos del sistema bancario nacional, bonos del Estado o de sus instituciones; cheque certificado o de gerencia de un banco del sistema bancario nacional; certificados de depósito a plazo extendidos por el sistema bancario nacional; dinero en efectivo, mediante depósito a la orden de un banco del mismo sistema, presentando la boleta respectiva; depósito directo con la oferta o en la Administración interesada, de no facilitarse tal servicio bancario".

La actual normativa hizo caso omiso de la redacción de 1982, para volver a la normativa anterior a este año. La Contraloría advierte que este error es injustificado y que, probablemente, los que redactaron la actual reforma no tenían ante sus ojos el decreto citado N° 13441-H de 1982.

Por otra parte, la actual redacción eliminó lo relativo a que los bonos se recibirán por su "valor nominal". La Contraloría también hace ver esta deficiencia.

Compartimos aquí también lo expresado por el ente contralor.

8) Naturaleza de las garantías

El artículo 55 expresaba antes:

"El procedimiento de licitación pública exige, en beneficio de los intereses de la administración, dos tipos diferentes de garantía: la garantía de participación y la garantía de cumplimiento".

En la actualidad, ese numeral expresa:

"El procedimiento de licitación pública exige, en beneficio de los intereses de la administración, dos tipos diferentes de garantía: la garantía de participación y la garantía de cumplimiento. La primera tiende a respaldar el mantenimiento y la seriedad de la oferta hasta la rendición de la garantía de cumplimiento cuando proceda, dentro de los plazos respectivos. La segunda está destinada a garantizar la correcta ejecución del contrato, según las estipulaciones del mismo y la buena fe".⁽⁴⁾

Esta reforma es importante porque:

- a) define la naturaleza de cada una de las cauciones o garantías;
- b) establece el plazo de vigencia contractual de la garantía de participación ("hasta la rendición de la garantía de cumplimiento y formalización por escrito del contrato"); y
- c) indica que la caución de cumplimiento respalda la ejecución del contrato de acuerdo a sus cláusulas totales y el principio negocial de la buena fe.

9) Modo de devolución de las garantías

El artículo 63 anterior decía lo siguiente:

"Las garantías serán devueltas, salvo disposición en contrario del pliego de condiciones, de la siguiente manera:

- a) *la de participación, dentro de los 8 días siguientes a la firma en vía administrativa del acto adjudicatario.*
- b) *La de cumplimiento, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que la administración licitante tenga por definitivamente ejecutado el contrato a satisfacción. Sin embargo, la garantía de participación no se devolverá al adjudicatario, en tanto éste, no rinda la garantía de cumplimiento y satisfaga las demás formalidades conducentes a asegurar el control*

(4) Decreto ejecutivo N° 14475-H, del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88, martes 10 de mayo de 1983).

dentro del plazo que a tal efecto haya dispuesto el cartel. En el silencio del cartel, el adjudicatario se entiende obligado a asegurar el contrato dentro de los 15 días hábiles posteriores a la firmeza del acto adjudicatario.

En vez de la sustitución de la garantía de participación por la garantía de cumplimiento, el adjudicatario podrá disponer completamente el monto de ésta rindiendo una garantía adicional, sin perjuicio de la vigencia requerida".

La reforma agrega que queda prohibida la devolución parcial de la garantía de cumplimiento.

La Contraloría omite cualquier comentario al respecto. La reforma nos parece procedente.

10) Cláusula penal

El artículo 69 mandaba:

"En ningún caso de multa a que de lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal excederá del 20% del importe total del contrato".

Actualmente dice:

"En ningún caso la multa a que de lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal excederá del 20% del importe total del contrato, salvo disposición en contrario del cartel".

De acuerdo con el numeral 712 del Código Civil:

"Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y, en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquel".

Nos parece adecuado el criterio de la Contraloría (oficio cit.) cuando afirma que el límite de la multa a que dé lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal fijado en un 20% ante de la reforma en comentario, se origina en la doctrina del Código Civil sobre la materia (arts. 708 a 714 de este cuerpo normativo), no se trata de un límite antojadizo; y, es nuestro criterio que no puede quedar librado a la administración el fijar porcentajes mayores. Ese 20% es un porcentaje razonable conteste con las disposiciones del citado código; y, por consiguiente, estimamos que el "salvo disposición en contrario" no debió haberse estipulado.

11) *Cotizar total o parcialmente*

"Salvo, cuando el cartel disponga de otra manera, el oferente se entiende obligado a cotizar por la totalidad del objeto de la licitación. Sin embargo, en el caso de que el cartel se refiera a una pluralidad de objetos o renglones diversos se permitirá presentar oferta respecto a uno o varios de éstos. En los supuestos que impliquen adquisición de tecnología, la oferta deberá detallar el precio cotizado para cada uno de los ítems que lo integran". (La recta es nuestra).

(Artículo 91, decreto ejecutivo N° 14475-H, de 20 de abril de 1983, Gaceta N° 88 del 10 de mayo de este año).

Esta reforma era necesaria y conveniente.

12) *Objeción al cartel*

El cartel puede ser impugnado u objetado ante la Contraloría. Del anterior numeral se eliminó que ese recurso se presentara autenticado y en papel sellado de un colón. Lo demás quedó igual.

Artículo 76.—"El recurso debidamente razonado se interpondrá dentro del primer tercio del plazo, abierto por el pliego de condiciones para recibir ofertas y se acompañará de una copia. La Contraloría General dictará su resolución dentro del segundo tercio del plazo indicado, procediendo de inmediato a comunicarlo a la administración interesada y al recurrente. Para los efectos del cómputo respectivo se hará caso omiso de las fracciones"

La Contraloría aquí no efectuó comentario alguno.

Por nuestra parte esta reforma nos parece procedente.

13) *Partes que componen la oferta*

La parte primera del primer párrafo del artículo 92 quedó así:

"La oferta deberá acompañarse de sus anexos, de la garantía de participación y de las muestras requeridas y otros complementos debidamente incorporados a la misma..."

La redacción que tenía antes de la reforma era más adecuada técnicamente, pues su redacción era esta:

"La oferta deberá presentarse acompañada de sus anexos, de la garantía de participación y de las muestras requeridas, unos y otros complementos debidamente incorporados a la misma..." (La recta es nuestra).

En el último párrafo de este artículo se le agregó que bajo juramento se puede no presentar muestras de productos vendidos a la administración, en los últimos doce meses. La Contraloría encontró que este requisito es innecesario y perjudicial (oficio cit.).

Compartimos el criterio de la Contraloría, ya que si el oferente engaña a la administración, se puede recurrir a la garantía de cumplimiento, a la cláusula penal, cobro de daños y perjuicios; y, a excluirlo en futuras licitaciones por pésimos antecedentes (historial), por ejemplo.

14) *Certificaciones de las cuotas y acciones de una sociedad costarricense*

En este artículo 96, inciso b) omitieron una palabra importante que sí estaba en la anterior redacción: "período".

Se trata de una certificación de las cuotas y acciones de una sociedad inscrita con un año de anticipación a la licitación respectiva, aquella puede ser extendida por un notario o por el registro de marras o modificaciones hechas "dentro del período indicado" (la reforma omitió la palabra subrayada, dejando la frase sin sentido: "dentro del indicado").

Además eliminaron la necesidad de presentar una "copia certificada" respecto de que la propiedad de las acciones se mantiene inalterada. Ambas observaciones también las comparte la Contraloría (oficio cit.).

15) *Distribuidores exclusivos o a nombre propio*

Es el artículo 98 el que se refiere a este asunto.

La redacción anterior decía:

"En el caso de intervención de distribuidores exclusivos o autorizados para ofrecer en nombre del principal, o en el de representantes de casas extranjeras, será necesaria la presentación de las cotizaciones o precios de catálogo recibidas del principal".

La redacción vigente expresa:

"En el caso de distribuidores exclusivos o en nombre propio o autorizados para ofrecer en nombre del principal o en el de representante de casas extranjeras, será necesaria la presentación de las cotizaciones o precios de catálogos recibidos del principal".

La Contraloría, por su parte, recomienda esta normativa:

"En el caso de intervención a nombre y por cuenta propia de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación de

precios de catálogo o proformas recibidas del fabricante o exportador, según corresponda. Cuando se trate de intervención de representante de casas extranjeras, éste se concretará a someter la oferta proveniente del principal. Todo sin perjuicio del sometimiento de ofertas conjuntas".

La redacción de la Contraloría nos parece más adecuada y precisa, ya que en lo que toca al representante de casas extranjeras debe tenerse en cuenta que es un colocador de órdenes de compra o venta.⁽⁵⁾

16) Oferente extranjero

El artículo 99 se refiere al que presenta una plica y es extranjero.

La redacción actual indica:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y a los tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, debiendo manifestarlo así en su propuesta, o bien aportando tal manifestación antes de que se realice la adjudicación correspondiente". (La recta es nuestra).

La norma derogada expresaba:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y a los Tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, debiendo manifestarlo así en su propuesta". (La recta es nuestra).

La Contraloría propone esta norma:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y Tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, por el solo hecho de presentar su oferta a concurso y sin necesidad de manifestación expresa de su parte. Quedan a salvo exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza". (La recta es nuestra).

(5) Artículo 360 del Código de Comercio: se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, toda persona natural o jurídica, que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal, actúe colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de comisión o porcentaje, o prepare, promueva o facilite la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste. (La cursiva es nuestra.)

La norma ofrecida de la Contraloría es más técnica y correcta, pues si se entiende sometido a nuestro ordenamiento y los tribunales nacionales, ¿por qué tiene que exigírsele que manifieste que sí se somete a ellos? Tanto la anterior normativa como la vigente carecen de sentido en lo que respecta a este punto. Claro está, como bien lo apunta la Contraloría, que deben quedar a salvo "exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza".

17) Acuerdo de adjudicación y declaratoria concurso desierto

El numeral 129 se refiere al acuerdo de la adjudicación respectiva; o, en su caso, al que declara desierto el concurso correspondiente.

La redacción derogada contemplaba ambas posibilidades: adjudicación y la no selección.

La norma actual eliminó lo relativo a la publicación del contenido del resumen que contendría los datos más importantes de la selección efectuada.

La Contraloría hace bien en apuntar esa deficiencia grave, que provocará más de una situación conflictiva (oficio cit.), pues se refiere al hecho relevante de la publicación en La Gaceta del contenido del resumen del acto de adjudicación, a los efectos que se quede firme y con efectos, conforme a derecho; o, en su caso, que corra el plazo para apelar y se ubiquen bien ciertos parámetros que le dan fundamento al recurso, tanto para su interposición como para el estudio que del mismo haga la Contraloría.

Esta es otra laguna que tiene que ser solucionada a corto plazo.

La norma actual quedó así:

"Tomado que haya sido el acuerdo declarando desierto el concurso de la adjudicación total o parcial y firme el mismo conforme las disposiciones internas del ente, deberá disponerse lo necesario a efecto de que aparezca publicado en el Diario Oficial el resumen de su contenido a la mayor brevedad posible". (La recta es nuestra).

18) Alegato de bien probado

El numeral 152 decía:

"Una vez listos los autos para dictar el fallo, se dará traslado a los interesados por el término de tres días hábiles a efecto de que aleguen lo que estimen de su interés".

La reforma derogó este artículo; lo cual es otro error por cuanto el artículo 102, *in fine*, de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) así lo manda (es decir, *queda vigente por el rango superior de la ley respecto del reglamento*).

En otras palabras esa derogatoria no tiene ningún efecto, pues queda vigente y eficaz esa norma al estar en la LAFR.

19) Notificación del acto de adjudicación a los oferentes

El numeral 170 vigente manda:

"El acto adjudicatario se notificará resumidamente por escrito a los concurrentes, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de adjudicación".

El artículo reformado decía:

"El acto adjudicatario se notificará resumidamente por escrito a los concursantes, dentro de los 15 días siguientes".

La redacción vigente es más clara y técnica. En este numeral la Contraloría omite comentario alguno.

Claro está que no hay sanción alguna si la Administración viola este numeral. ¿Qué sucede si no notifica a los oferentes en ese plazo o no lo hace en ningún momento? No pasa nada. No hay sanción. Debería establecerse alguna sanción para que la Administración se vea obligada a efectuar esa notificación.

Por otra parte, la notificación por *Gaceta* es la que vale para los efectos de la firmeza del acto de selección, como para la interposición de la apelación respectiva; y, aquí el plazo que cuenta es de 3 días hábiles posteriores a aquel en que sale publicado el aviso de adjudicación en el Diario Oficial.

20) Contratación directa: monopolio en el mercado de oferentes

Este es el tercer supuesto de la contratación directa: cuando la administración negocie con un solo oferente, por razón de la estructura monopólica del mercado de oferentes. Se trata del artículo 200, inciso donde la Contraloría hace ver un error esencial, ya que en el penúltimo renglón en lugar de decir "al inmueble", redactaron "el inmueble".

Lleva razón la Contraloría en esta observación.

La reforma agrega un inciso e) que dice:

"La compra de bienes y servicios producidos por empresas nacionales a precio de mayoristas, para aquellos casos de que existat un único fabricante".

La Contraloría (oficio cit.) no hace comentario alguno aquí.

Por nuestra parte nos parece procedente esta innovación.

21) Licitación infructuosa

La normativa actual, en su artículo 206 manda:

"Como novena excepción a los procedimientos de concurso se autorizará la contratación directa con ocasión de una licitación infructuosa, entendida como tal aquella en la que no se recibieron ofertas dentro del término señalado para su recepción, o en la que habiéndose recibido, fueron desestimadas por determinarse que no convenían a los intereses de la administración licitante, cuando a juicio de la misma, deba repetirse el procedimiento seguido para obtener ofertas sobre las mismas bases, o cuando dichas bases deban sufrir variantes para permitir una conveniente participación. Sin perjuicio de la intervención que al efecto pueda realizar la Contraloría General de la República". (La recta es nuestra).

En este artículo se eliminó "a juicio de la Contraloría" para que quede "a juicio de la Administración" cuando existe la licitación infructuosa. Con ello se quita la correspondiente autorización del ente contralor, para reducir la acción de éste a la frase: "sin perjuicio de la intervención que al efecto pueda realizar la Contraloría". Consideramos que esa acción o intervención ya no es la de autorizar o no la contratación directa, porque hubo "licitación infructuosa", sino la de una "intervención" que se podría traducir en una nulidad de oficio que haga la Contraloría; pero ya no en punto a la autorización o no de la procedencia de la contratación directa.

Aquí la Contraloría no hizo comentario alguno.

22) Intervención de la Proveduría Nacional

De acuerdo con el artículo 225 se dan dos errores en el texto reformado vigente:

a) Hace alusión al artículo 220 del reglamento, cuando se trata, en verdad, del 221 (referente a las partes que integran el contrato administrativo;⁽⁶⁾ y;

(6) Artículo 221: forman parte integrante del contrato, por su orden: a) las disposiciones legales y reglamentarias que lo afecten; b) las condiciones y especificaciones particulares de la contratación (cartel), la oferta completa, el acto de adjudicación y la orden de compra, provisión o venta. El artículo 229 se refiere al modo de perfeccionarse el contrato administrativo.

- b) Se refiere al cargo de "subdirector de la Proveduría Nacional", cargo que no existe en la administración pública. Debió de indicarse "el subproveedor nacional". En esta dependencia existe un proveedor y un subproveedor, pero no director y subdirector.

La intención de ese numeral es que el subproveedor nacional pueda firmar el documento respectivo del contrato en concordancia con el numeral 221 (y, no 220, como equivocadamente afirma la reforma).

Artículo 225:

"El documento respectivo, que deberá armonizar con el artículo 220, será suscrito por el funcionario que ostente la representación legal del ente administrativo interesado y por el contratista o su apoderado o representante. En los negocios que tramite la Proveduría Nacional, suscribirá el contrato el proveedor nacional o, en su defecto, el subdirector de la proveduría nacional por delegación de aquel, salvo cuando directamente quieran suscribirlo los representantes de los respectivos poderes u organizaciones contratantes". (La recta es nuestra).

- 23) *Aumento, disminución o modificación del objeto del contrato*

Este numeral 233 presenta en su reforma estos cambios:

- a) Eleva el monto de la modificación de un 20% a un 50%.
- b) *Eliminó la numeración el inciso f)* anterior para dejar como un párrafo final suelto lo que ya existía: "en los casos en que se incremente o reduzca el monto del contrato, podrá revisarse el monto de las garantías establecidas".

Además, cita con error el artículo 237 (derechos de los contratistas), cuando lo correcto era indicar el artículo 238 (cuando el contrato se interrumpa por parte de la administración, debido a causas de interés público o fuerza mayor) (cf. inciso c) de este numeral 233).

También, en el inciso b) se nota otro error: en lugar de decir (como es lo correcto): "en el estado de ejecución del contrato", afirma erróneamente: "en el caso de ejecución del contrato". Se ve que confundieron la palabra *estado* por *caso*. Equivocación grave, pues ambas palabras tienen significados diferentes.

La Contraloría también se pronunció sobre estos aspectos.

Los errores son tan evidentes, que se tornan obvios.

- 24) *Gastos por caja chica*

En el artículo 279 eleva los montos asignados para efectuar pagos mediante la caja chica.

Así los aumenta:

Total de sumas asignadas ¢	Gasto máximo asignado	
	antes	ahora
25.000	2.500	20.000
75.000	5.000	25.000
75.000	10.000	30.000

La Contraloría advierte (oficio cit.) que se da una contradicción en la reforma de este numeral pues por un lado se establecen límites a esos gastos; y, por otro lado esos límites se rompen, ya que "podrán tramitarse gastos por montos *mayores* a los establecidos para el caso de compras al almacén del fondo circulante de la Proveduría Nacional" (*in fine* de este numeral), además de que distorsiona la naturaleza de la caja chica.

- 25) *Derogatoria artículos 6 y 152*

Se derogan, por la reforma, los artículos 6 y 152 del citado reglamento.

Artículo 6: se refiere a los almacenes de la Proveduría Nacional y al fondo circulante.

"Los poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General, podrán proveerse de los artículos y útiles de oficina o de mantenimiento que requieran, en los almacenes de la Proveduría Nacional, en cuanto ésta los suministre de la clase y en la cantidad necesaria. Otros entes públicos podrán suscribir convenios con la Proveduría Nacional para que les supla tales efectos.

A tal propósito la citada Proveduría procederá a contratar, por iniciativa propia y siguiendo los procedimientos que establece el presente reglamento, bienes y servicios mediante el uso del fondo circulante...". (La recta es nuestra).

Este numeral quedó derogado, con evidente perjuicio para tales Poderes y entidades estatales. Se ve un claro error aquí también.

Este numeral tiene su fundamento en el artículo 90 y 90 bis de la LAFR, que se refiere al fondo circulante.

Necesariamente, aquí también se tendrá que hacer la corrección.

III. CONCLUSIONES.

En este trabajo se ha querido mostrar los errores y lagunas de la reforma efectuada al reglamento de la contratación administrativa, por decretos ejecutivos Nos. 14694-PLAN del 15 de julio de 1983 (Gaceta N° 143 del 29 de julio de 1983), 14475-H del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88, del 10 de mayo de 1983), y 14078-P-H del 13 de febrero de 1985 (Gaceta N° 54 del 18 de marzo de 1985).

Es probable que ante los errores tan evidentes y graves del decreto N° 14078-P-H, el Poder Ejecutivo emita otro decreto para enmendar tales equivocaciones.

Volvemos a insistir en la necesidad de contar con una ley de contratos del Estado que armonice la normativa y le dé la coherencia necesaria.

Ya estando en prensa este trabajo se publicó —con errores— en La Gaceta N° 138 del lunes 22 de julio de 1985 un nuevo Decreto sobre estas reformas. Esto obligó a otra impresión en el periódico oficial, el 1° de agosto de este año, (ver págs. 5 y 6) conteniendo las observaciones hechas por la Contraloría General de la República (que aquí hemos comentado).

Este decreto último lleva el número 16411-P-H.

IV. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

a) *Ensayos*: Nos remitimos a la bibliografía que hemos venido usando en los trabajos anteriores sobre este tema:

La licitación pública en Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, agotado).

Contribución al estudio de la selección del contratista público (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 25, 1975)

El concurso de antecedentes (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 40, 1980).

b) *Normativa*:

1) *Constitución Política*

2) *Leyes de*: Administración Financiera de la República, Administración Pública

3) *Reglamento de la Contratación Administrativa*

4) *Decretos ejecutivos* Nos. 14475-H del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88 del 10 de mayo de 1983), 14694-Plan del 15 de julio de 1983 (Gaceta N° 143 del 29 de julio de 1983) y 14078-P-H del 13 de febrero de 1985 (Gaceta N° 54 del 18 de marzo de 1985).

INDICE

	Pág.
Presentación	9
La Recentralización Administrativa en Costa Rica. <i>Lic. Jorge R. Calderón A.</i>	14
El Secreto de Estado en el Derecho Constitucional Costarricense. <i>Licda. Elvira Batalla</i>	47
Bases Teóricas para el Análisis Jurídico del Crédito Agrario. <i>Dr. Ricardo Zeledón</i>	53
El Arbitraje Privado en las Convenciones Colectivas de Trabajo <i>Lic. Ricardo Vargas</i>	71
Algunas consideraciones en torno a la Teoría de la Acción de Hans Welzel. <i>Lic. Henry Issa El Khovry</i>	81
Neutralidad y Seguridad. <i>Dr. Héctor Gros Espiell</i>	97
Las Diligencias de Conciliación en los Conflictos Colectivos de Carácter Económico Social y la Jurisprudencia. <i>Dr. Bernardo Van Der Laet</i>	105
Formación del Acto Público Notarial: —La Escritura Pública— <i>Dr. William R. Muñoz C.</i>	129
Algunas Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa: —Análisis y Comentario— <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	151